**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia – Unificación jurisprudencial**

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 , en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, consideró que es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente. En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que esta Corporación o aquella elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en Sentencia de Unificación de la Sala Plena de 5 de agosto de 2014. (…) El fallo impugnado concluyó que la presente acción carecía del requisito de relevancia constitucional, habida consideración de que lo perseguido por la accionante es tornar la acción de tutela en una instancia adicional para reabrir el debate jurídico y probatorio sobre la ineptitud de la demanda, ya concluido en la instancia ordinaria. La Sala difiere de la posición del a quo, por cuanto la solicitud de amparo elevada por la sociedad CASTRO TCHERASSI S.A. plantea la vulneración, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso, derivada del presunto defecto procedimental por exceso ritual contenido en la sentencia proferida por la Sección Tercera, lo que amerita que el juez constitucional proceda a examinar el fondo de la solicitud, con miras a determinar si al declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, el juez accionado incurrió en un extremo rigor en la aplicación de las normas procesales que ocasionara la vulneración de sus derechos.

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia – Causales**

La Corte Constitucional ha reconocido dos modalidades de defecto procedimental: (i) uno absoluto, que se presenta cuando el operador judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y (ii) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

**INEPTITUD DE LA DEMANDA – Nulidad y restablecimiento del derecho – Improcedencia – Controversias contractuales – Procedencia**

En relación con la excepción de inepta demanda, la providencia indicó que, de acuerdo con el artículo 87 del CCA, a partir de la celebración del contrato ya no es posible interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera independiente, sino que debe ejercerse la acción contractual para demandar tanto la nulidad del contrato como la nulidad de los actos previos. (…) De la revisión de la providencia examinada, la Sala considera que es el resultado de una apreciación razonable de los aspectos procedimentales de la controversia y de la observancia del procedimiento establecido para decidir las excepciones del proceso. Atendiendo al contenido formal y material de la demanda resulta claro que la acción que debió instaurar la parte actora era la de controversias contractuales, de acuerdo con las previsiones del artículo 87 del CCA, situación que es admitida por la misma demandante, por lo que no puede alegar en su favor que “no conocía con certeza si el contrato se había celebrado o no”, para endilgar un exceso ritualismo a la decisión del juez ordinario.

**ACTOS PRECONTRACTUALES – Carga procesal**

La providencia de segunda instancia explicó ampliamente la carga procesal que asiste a quien tiene interés en controvertir judicialmente los actos precontractuales, la cual se limita a verificar si el respectivo contrato fue celebrado o no, ello con el fin de permitirle al juez de la controversia pronunciarse sobre la legalidad de tales actos con fundamento en la nulidad del contrato, tal y como le exigía el citado artículo 87 del CCA. (…) Las justificaciones expresadas por la accionante para señalar que no podía conocer la fecha de suscripción del contrato, fueron objeto de debate en la sentencia examinada, destacándose que fue la propia demandante la que en el acápite de pruebas de la demanda solicitó que se allegara “copia del contrato celebrado”

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ (E)**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03643-01(AC)**

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

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA SUBSECCION B**

La Sala decide la impugnación interpuesta por la actora contra la sentencia de 15 de noviembre de 2018, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró improcedente la presente acción de tutela.

**I – ANTECEDENTES**

**I.1. La acción**

La sociedad **CASTRO TCHERASSI S.A.**, actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, a la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, al acceso a la administración de justicia y a la confianza legítima, presuntamente vulnerados por la **Sección Tercera -Subsección B- del Consejo de Estado**[[1]](#footnote-1), con ocasión de la providencia proferida el 30 de noviembre de 2017, mediante la cual revocó la dictada el 1º de octubre de 2009 por la **Sección Tercera –Sub Sección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**[[2]](#footnote-2), dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con número único de radicación 25000 23 26 000 2004 00431 01 (38034).

**I.2-** La actora expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

**I.2.1.** La sociedad accionante se presentó al proceso de licitación pública número 3000068/OL/2003(1), adelantado por la **Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil**[[3]](#footnote-3), el cual fue adjudicado al Consorcio 2H, mediante Resolución núm. 0512 de 23 de diciembre de 2003.

**I.2.2.** El correspondiente contrato de obra fue celebrado al día siguiente de la adjudicación, esto es, el 24 de diciembre de 2003.

**I.2.3.** El 23 de febrero de 2004, la sociedad actora demandó la resolución de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2° del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo -CCA-[[4]](#footnote-4), según el cual los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La demanda estuvo fundamentada en la falsa motivación y expedición irregular del acto acusado.

**I.2.4.** El **Tribunal**, en providencia de 1º de octubre de 2009, declaró probada la excepción de caducidad de la acción y denegó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, al considerar que los 30 días establecidos en el artículo 87 del CCA habían vencido el 9 de febrero de 2004. Para fundamentar la decisión, el *a quo* indicó que el término de caducidad de la acción comenzó a correr a partir del 23 de diciembre, fecha en la que fue *“comunicado y notificado* el acto *administrativo de adjudicación, y venció el día 09 de febrero de 2004, y como la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2004, ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción”.*

**I.2.5.** La **Sección Tercera**,en sentencia de 30 de noviembre de 2017, revocó el pronunciamiento del Tribunal y, en su lugar, declaró la ineptitud sustantiva de la demanda, bajo la consideración de que la sociedad actora debió promover la acción de controversias contractuales, porque ya se había celebrado el contrato estatal adjudicado.

**I.3. Fundamentos de la solicitud**

La actora sostuvo que la sentencia de la **Sección Tercera** vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, a la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, al acceso a la administración de justicia y a la confianza legítima, por cuanto introdujo una nueva discusión jurídico-procesal, sin que la sociedad demandante tuviera oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Alegó que, previo a la escogencia del medio de control para acudir a la Jurisdicción, no tuvo la posibilidad de conocer si el contrato adjudicado había sido firmado, toda vez que: (i) no hay una norma que obligue a la entidad contratante a informar a los oferentes no adjudicatarios respecto de la firma del contrato; (ii) la publicación del contrato en el diario único de contratación se realiza de manera posterior; (iii) no es deber del proponente conocer a través de un *“funcionario contacto”*, si el contrato se suscribió o no.

A juicio de la accionante, la declaratoria de ineptitud de la demanda constituye un formalismo respecto de la acción y la pretensión, que ocasiona la negación del derecho de acceso a la justicia y el desconocimiento del principio de prevalencia de lo formal sobre lo sustancial.

Asimismo, que la decisión cuestionada incurrió en defecto procedimental por violación al derecho de defensa y exceso ritual manifiesto.

Expresó que no tuvo la oportunidad de conocer la fecha de la celebración del contrato, por lo que la suscripción del mismo no le era oponible, ello por cuanto la **Aeronáutica Civil** no notificó, comunicó ni publicó en el diario oficial la suscripción del contrato derivado de la licitación pública cuestionada.

Añadió que el Consejo de Estado impone una carga desproporcionada, puesto que no es de recibo que los demás proponentes deban tener en cuenta la proyección o estimación de la fecha de firma del contrato que se prevé en el pliego de condiciones, siendo que el único documento que podía dar fe de ese hecho era el diario único de contratación en el cual se publicaban los contratos estatales, bajo la legislación anterior.

**I.4. Pretensiones**

*« […] Solicito de manera respetuosa que, se declare que en el marco del proceso contencioso administrativo Nº* ***250002326000 2004 000431 01****, ventilado ante el aquí accionado, decidido en providencia judicial calendada el día veintisiete (30) (sic) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia:*

*1. Vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho a la defensa, el acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.*

*2. Incurrió en un defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto, según se expuso y argumentó en el presente escrito tutelar.*

*Y que como consecuencia de lo anterior,*

*3. Se ordene a esa corporación judicial, resolver de fondo el asunto sometido a su consideración […]».[[5]](#footnote-5)*

**I.5. Contestación**

**I.5.1.** La **Sección Tercera** solicitó desestimar la tutela considerando que la decisión de declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, se fundamentó en lo establecido en el artículo 87 del CCA, el cual indica que una vez celebrado el contrato estatal, la ilegalidad de los actos previos solamente puede invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

Sostuvo que la obligación de demandar el contrato, además del acto de adjudicación, no es desproporcionada en el caso en cuestión, considerando que el pliego de condiciones del proceso de selección advertía que la firma del contrato se daría dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la adjudicación, plazo que para el momento de la presentación de la demanda ya se había cumplido.

Sostuvo que la parte actora solicitó en la demanda que se allegara copia del contrato, lo que permite inferir que conocía su existencia; además, que en el pliego de condiciones quedó plenamente establecida la fecha de suscripción del contrato, lo que efectivamente ocurrió al día siguiente de adjudicación.

Añadió que esa Sección tiene establecido que le es dable al Juez pronunciarse, incluso de oficio, sobre aquellas excepciones que se encuentren plenamente demostradas.

**I.5.2.** La **Aeronáutica Civil**, a través de apoderada, solicitó que se denegara por improcedente la acción de tutela, al no cumplirse ninguno de los requisitos de procedibilidad señalados por la jurisprudencia. Agregó que se vislumbra que el propósito de la sociedad accionante es revivir una discusión judicial que ya surtió su trámite de instancias.

**II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante fallo de 15 de noviembre de 2018, declaró improcedente el amparo solicitado.

El *a quo* encontró que la solicitud de amparo no tiene relevancia constitucional, comoquiera que lo perseguido por la sociedad actora es tornar la acción de tutela en una instancia adicional para reabrir el debate jurídico y probatorio sobre la ineptitud de la demanda, ya concluido en la instancia ordinaria.

En respaldo de lo anterior adujo que, en el proceso ordinario cuestionado, la sociedad actora presentó similares argumentos a los indicados en la presente acción de tutela. Que, especialmente, en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Tribunal, la demandante se refirió al argumento de la inepta demanda, en un apartado denominado *“la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es idónea para demandar el acto de adjudicación pese a existir contrato*”.

Destacó que la **Sección Tercera,** en el fallo censurado, analizó el mencionado argumento, bajo la consideración de “*aptitud de la demanda para que sean estudiadas las pretensiones*”, encontrando acreditada la excepción de inepta demanda, como se desprende del siguiente aparte de la providencia:

*« […] En este orden, en el evento de que el contrato se encuentre perfeccionado, ya no es posible invocar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera autónoma sino la acción de controversias contractuales (…).Conforme a lo acreditado dentro del proceso, la Sala observa que en el caso concreto el contrato de obra objeto de la licitación pública referida se celebró al día siguiente de su adjudicación –el día 24 de diciembre de 2003- momento a partir del cual el actor debía acudir a la acción contractual en la que, conforme al artículo 87 del CCA y a la jurisprudencia reseñados, era menester impugnar la legalidad del contrato y de los actos previos, en este caso la adjudicación[…]».*

Que, en igual sentido, la **Sección Tercera** se refirió al argumento del desconocimiento de la firma del contrato por parte de la sociedad accionante y al respecto indicó:

*«[…] El artículo 87 del CCA no condiciona el ejercicio de la acción contractual a que el contrato celebrado haya sido conocido por quien ejerce el derecho de acción o que este haya sido publicado (…).Es tan claro que el actor debía suponer que el contrato ya se había celebrado, que en la propia demanda el mismo solicitó dentro del acápite denominado medios de prueba oficiar a la demandada para que enviara todos los antecedentes administrativos de la licitación dentro de los cuales especialmente “el contrato celebrado”. […]»*

Finalmente, sobre la interpretación de la demanda y su adecuación a otra vía procesal, haciendo referencia al principio de congruencia, advirtió que la sentencia en discusión sostuvo:

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

Las anteriores consideraciones condujeron a la Sección Cuarta a estimar que la intención de la sociedad es revivir el debate sobre la ineptitud de la demanda, el que se agotó en las instancias judiciales pertinentes, por lo que no resulta acreditado el requisito de la relevancia constitucional, dado que “*no hay un real cuestionamiento iusfundamental, en relación con la providencia judicial atacada sino, simplemente, una inconformidad de la sociedad actora con la decisión adoptada por el juez natural de la causa, y que resultó desfavorable a sus intereses*”.

**III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

La parte actora impugnó la decisión y adujo que no se trata de utilizar la acción de tutela como una instancia adicional, sino de cuestionar el evidente error en que incurrió el juez natural, al no considerar dentro del fallo la imposibilidad de conocer si se había suscrito el contrato estatal, para seleccionar acertadamente el medio de control procedente.

Argumentó que es desproporcionado exigirle tener la certeza de la suscripción del contrato estatal, previo a incoar el medio de control correspondiente, pues con ello se le cercena la posibilidad de obtener un fallo de fondo, lo cual atenta contra los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por cuanto se está fundamentando una decisión a partir de una condición cuya ocurrencia no tuvo la posibilidad de conocer.

Señaló que la sentencia reprochada no contiene una interpretación razonable pues, sobre la condición para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales, solo puede tenerse certeza de la ocurrencia de un hecho cuando se conoce su existencia, además de que, de acuerdo con la norma vigente para la fecha de los hechos, era la entidad pública la obligada a darle publicidad a los contratos perfeccionados.

Expuso que no es admisible que la sociedad accionante supusiera la existencia del contrato, pues existía la posibilidad de que el contrato nunca se hubiera firmado, por lo que la fecha probable de suscripción pactada en el pliego de condiciones no podía tenerse como un hecho cierto.

Agregó que es falso que con la demanda se haya solicitado copia del contrato.

Por último, destacó que la **Sección Tercera,** apegándose a la formalidad de la selección del medio de control y sin tener en cuenta el hecho de que la demandante no conocía el presupuesto fáctico de selección de la acción procedente, profirió una decisión inhibitoria que vulneró flagrantemente sus derechos, incurriendo en un exceso ritual manifiesto.

**IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

***(i) Problema jurídico***

El presente asunto se contrae a establecer si la **Sección Tercera -Subsección B- del Consejo de Estado** vulneró los derechos fundamentales invocados por la sociedad actora, con ocasión de la providencia proferida el 30 de noviembre de 2017, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, con número único de radicación 25000 23 26 000 2004 00431 01 (38034).

***(ii) La acción de tutela contra providencia judicial***

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012[[6]](#footnote-6), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, consideró que es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005[[7]](#footnote-7), proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que esta Corporación o aquella elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en Sentencia de Unificación de la Sala Plena de 5 de agosto de 2014[[8]](#footnote-8).

En la mencionada sentencia, la Corte señaló los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

« […] Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional [[[9]](#footnote-9)].

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable [[[10]](#footnote-10)].

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez [[[11]](#footnote-11)].

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna [[[12]](#footnote-12)].

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible [[[13]](#footnote-13)].

f. Que no se trate de sentencias de tutela [[[14]](#footnote-14)][[15]](#footnote-15)».

… Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [[[16]](#footnote-16)] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [[[17]](#footnote-17)].

i. Violación directa de la Constitución […].»

***(iii) Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales***

El fallo impugnado concluyó que la presente acción carecía del requisito de *relevancia constitucional,* habida consideración de quelo perseguido por la accionante es tornar la acción de tutela en una *instancia adicional* para reabrir el debate jurídico y probatorio sobre la ineptitud de la demanda, ya concluido en la instancia ordinaria.

La Sala difiere de la posición del *a quo,* por cuanto la solicitud de amparo elevada por la **sociedad CASTRO TCHERASSI S.A.** plantea la vulneración, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso, derivada del presunto defecto procedimental por exceso ritual contenido en la sentencia proferida por la **Sección Tercera**, lo que amerita que el juez constitucional proceda a examinar el fondo de la solicitud, con miras a determinar si al declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, el juez accionado incurrió en un extremo rigor en la aplicación de las normas procesales que ocasionara la vulneración de sus derechos.

Adicionalmente, se advierte el cumplimiento de los demás requisitos generales de procedibilidad, puesto que la sentencia de segunda instancia se notificó por edicto desfijado el 30 de abril de 2018[[18]](#footnote-18), y la acción de tutela se interpuso el 3 de octubre de 2018, es decir, en un plazo razonable[[19]](#footnote-19) y, también, porque la solicitud identifica de manera razonable los hechos que generaron la presunta vulneración y los derechos que se estiman conculcados.

***(iv) Causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela: el defecto procedimental***

La Corte Constitucional ha reconocido dos modalidades de defecto procedimental: (i) uno absoluto, que se presenta cuando el operador judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y (ii) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.[[20]](#footnote-20)

En lo concerniente al defecto procedimental absoluto, la Corte ha indicado que se puede configurar porque el funcionario judicial: (i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia[[21]](#footnote-21); (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes[[22]](#footnote-22) o (iii) *“pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales, al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales”*[[23]](#footnote-23).

Para que sea procedente la acción de tutela contra providencias judiciales por el defecto en comento, deben concurrir, al menos, los siguientes elementos:

*«(i) Que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales»*[[24]](#footnote-24).

***Caso concreto***

En la decisión judicial cuestionada, la **Sección Tercera** revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, declaró la ineptitud de la demanda y se inhibió para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la *litis*.

A juicio de la actora, dicha decisión constituye un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, habida consideración de que se atuvo a la “*formalidad del escrito de la demanda”,* sin tener en cuenta la imposibilidad de conocer *“el hecho que determina la escogencia de la acción procedente”*, esto es*,* que para la fecha de la presentación de la demanda ya se había celebrado el contrato estatal y, en consecuencia, la acción procedente era la de controversias contractuales, a la luz de lo dispuesto en la norma vigente (CCA).

De la lectura del fallo censurado, se destacan los aspectos que se exponen a continuación y que son relevantes para resolver la controversia planteada:

En relación con la excepción de inepta demanda, la providencia indicó que, de acuerdo con el artículo 87 del CCA, a partir de la celebración del contrato ya no es posible interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera independiente, sino que debe ejercerse la acción contractual para demandar tanto la nulidad del contrato como la nulidad de los actos previos. En respaldo de lo anterior, citó la posición jurisprudencial de la Corporación y añadió:

*« […]Conforme a lo acreditado dentro del proceso, la Sala observa que en el caso concreto el contrato de obra objeto de la licitación pública referida se celebró al día siguiente de su adjudicación – el día 24 de diciembre de 2003- momento a partir del cual el actor debía acudir a la acción contractual en la que, conforme al artículo 87 del CCA y a la jurisprudencia reseñados, era menester impugnar la legalidad del contrato y de los actos previos, en este caso la adjudicación. Sin embargo, el día 23 de febrero de 2004, es decir, después del perfeccionamiento del contrato, el actor interpuso demanda de nulidad y restablecimiento y del derecho en contra del acto administrativo de adjudicación sin cuestionar el citado contrato.*

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

Acerca de la imposibilidad de conocer la fecha de celebración del contrato o si este se había suscrito o no, la providencia señaló:

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

*(…)*

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

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

*(…)*

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

En cuanto con la posibilidad de interpretar la demanda y adecuarla a la vía procesal correspondiente, en observancia de la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la **Sección Tercera** sostuvo:

*« […] Ahora bien, el actor manifestó que, en todo caso, y para garantizar el derecho a la administración de justicia, el juez debía interpretar la demanda y adecuarla a la vía procesal correspondiente.*

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

*“Finalmente, no puede perderse de vista que siendo la solicitud de la nulidad absoluta del contrato un requisito legalmente consagrado, debió ser tenido en cuenta para hacer uso del derecho al acceso a la administración de justicia, y no puede pretender la parte que la demanda sea modificada en su causa petendi con base en el principio de iura novit curia, pues ello implica un flagrante desconocimiento de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que consagra el deber del juzgador de pronunciarse en la sentencia de manera congruente a las formulaciones de la demanda[[[25]](#footnote-25)].*

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

De la revisión de la providencia examinada, la Sala considera que es el resultadode una apreciación razonable de los aspectos procedimentales de la controversia y de la observancia del procedimiento establecido para decidir las excepciones del proceso. Atendiendo al contenido formal y material de la demanda resulta claro que la acción que debió instaurar la parte actora era la de controversias contractuales, de acuerdo con las previsiones del artículo 87 del CCA, situación que es admitida por la misma demandante, por lo que no puede alegar en su favor que “*no conocía con certeza si el contrato se había celebrado o no[[26]](#footnote-26)*”, para endilgar un exceso ritualismo a la decisión del juez ordinario.

En tal sentido, la providencia de segunda instancia explicó ampliamente la carga procesal que asiste a quien tiene interés en controvertir judicialmente los actos precontractuales, la cual se limita a verificar si el respectivo contrato fue celebrado o no, ello con el fin de permitirle al juez de la controversia pronunciarse sobre la legalidad de tales actos con fundamento en la nulidad del contrato, tal y como le exigía el citado artículo 87 del CCA.

Por lo demás, las justificaciones expresadas por la accionante para señalar que no podía conocer la fecha de suscripción del contrato, fueron objeto de debate en la sentencia examinada, destacándose que fue la propia demandante la que en el acápite de pruebas de la demanda solicitó que se allegara *“copia del contrato celebrado”*, como consta en el folio 18 del cuaderno original. Luego su recriminación, consistente en que *“es falso que con la demanda se haya solicitado copia del contrato”*, queda totalmente desvirtuada, al confrontar el expediente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Cosa distinta es que con el escrito de tutela se haya allegado una copia de la providencia censurada a la que le hace falta el acápite denominado “medios de prueba”, entre los folios 17 y 18[[27]](#footnote-27).

En este orden de ideas, para la Sala, no se probó un *extremo rigor en la aplicación de las normas procesales* que conllevara el defecto procedimental absoluto endilgado a la sentencia proferida por la **Sección Tercera del Consejo de Estado**. En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia, por cuanto lo procedente es denegar el amparo solicitado.

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

**F A L L A:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de primera instancia. En su lugar, **DENEGAR** la solicitud de tutela elevada por la sociedad **CASTRO TCHERASSI S.A.**

**SEGUNDO:** **NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito y eficaz.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y **DEVOLVER** al Despacho de origen el expediente solicitado en **calidad de préstamo**.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 28 de febrero de 2019.

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

**Presidente**

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

1. En adelante la **Sección Tercera**. [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante, el **Tribunal**. [↑](#footnote-ref-2)
3. En adelante, la **Aeronáutica Civil**. [↑](#footnote-ref-3)
4. Derogado por la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. folio 9. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, número único de radicación 11001 03 15 000 2009 01328 01(IJ), CP María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-6)
7. Magistrado ponente: doctor Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, número único de radicación 11001 03 15 000 2012 02201 01 (IJ), CP: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-8)
9. *[] Sentencia 173/93.*  [↑](#footnote-ref-9)
10. *[] Sentencia T-504/00.*  [↑](#footnote-ref-10)
11. *[] Ver entre otras la sentencia T-315/05.* [↑](#footnote-ref-11)
12. *[] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000.* [↑](#footnote-ref-12)
13. *[] Sentencia T-658/98.* [↑](#footnote-ref-13)
14. *[] Sentencias T-088/99 y SU-1219/01.* [↑](#footnote-ref-14)
15. La Corte Constitucional, en la sentencia SU- 627 de 2015 (Magistrado ponente: doctor Mauricio González Cuervo), admitió la procedibilidad de la acción de tutela contra fallos de tutela, en aquellos casos en que se compruebe que existió fraude y, además, se reúnan los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así lo expresó esa Corporación en la citada sentencia, al indicar que: “*Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. *[] Sentencia T-522/01.* [↑](#footnote-ref-16)
17. *[] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. folio 228 del cuaderno original. [↑](#footnote-ref-18)
19. Así lo determinó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 (Expediente núm. 2012-02201, Consejero ponente: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez). [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2010. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional, Sentencias T-996 de 2003, T-638 y T-781 de 2011. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2009. [↑](#footnote-ref-23)
24. Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002, C-590 de 2005 y T-737 de 2007, entre otras. [↑](#footnote-ref-24)
25. *[] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de mayo de 2015, expediente 28058. En esta providencia se citan las siguientes en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 20 de febrero del 2014, expediente 29425; Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero del 2014, expediente 27619, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Cuarta, sentencia de 18 de noviembre del 2007, expediente 15145, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Quinta, sentencia de 10 de abril del 2014, expediente 08001-23-31-000-2011-01474-01, C.P. Susana Buitrago Valencia.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. folio 98. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. folios 19 y 20 del expediente de tutela. [↑](#footnote-ref-27)