**ACTO PRECONTRACTUAL - Naturaleza jurídica**

Según la postura esgrimida por la Subsección A son actos administrativos porque, independientemente del régimen jurídico sustancial del contrato a celebrar, reúne todas las características atribuidas a este tipo de manifestaciones de las entidades públicas, a saber: provenir de una entidad estatal, el ejercicio de funciones administrativas y la definición unilateral de situaciones y efectos jurídicos particulares y concretos; por lo tanto, su control judicial se ejerce a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

**REPARACIÓN DIRECTA - Aplicación - Entidades de régimen especial - Actos**

De acuerdo con la Subsección C, los actos de las entidades públicas que ejercen el régimen de contratación del derecho privado no son actos administrativos sino actos jurídicos en los términos previstos las leyes civiles y mercantiles, circunstancia que cobija a los actos precontractuales. Estas manifestaciones de voluntad se enjuician ante lo contencioso administrativo por el medio de control de reparación directa.

**ACTO PRECONTRACTUAL - Unificación jurisprudencial**

Visto lo anterior, la Sala considera que los antecedentes y argumentos presentados hasta este momento procesal propician que la Sala, por razones de importancia jurídica, unifique criterios en torno a: (i) la naturaleza jurídica de los actos precontractuales proferidos por las entidades públicas sometidas al régimen contractual del derecho privado, (ii) el medio de control procedente para enjuiciar dichas manifestaciones de voluntad y, de contera, (iii) los términos de caducidad aplicables a dichos procesos. (…) Este escenario advierte fácilmente la relevancia que tiene, en el marco de una actividad económicamente sensible como lo es la contractual, para la seguridad jurídica de los usuarios de la administración de justicia y la certidumbre de las normas aplicables a los conflictos traídos ante los jueces administrativos, que el pleno de esta Sección especializada en este tipo de temáticas fije una posición unívoca sobre la materia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SALA PLENA**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-36-000-2016-00627-01(58562)**

**Actor: CONSORCIO CONSTRUCTORES PEREIRA**

**Demandado: FONDO NACIONAL DEL TURISMO (FONTUR) Y OTROS**

**Referencia: APELACIÓN AUTO**

**Temas:** Naturaleza jurídica de los actos precontractuales proferidos por las entidades públicas sometidas a regímenes especiales de contratación – Medio de control procedente - Importancia jurídica, económica y social

**AUTO QUE AVOCA CONOCIMIENTO DE LA SALA PLENA DE SECCIÓN TERCERA**

Conforme a los artículos 110, 125, 243 núm. 1 y 271 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA) y a los artículos 13, 14A y 14B del Acuerdo 58 de 1999 de la Sala Plena del Consejo de Estado, adicionado por el Acuerdo 140 de 2010, procede la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado a avocar conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del 10 de noviembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A” que rechazó la demanda por caducidad del medio de control.

En líneas generales, la demanda versa sobre los siguientes **supuestos fácticos**:

El 20 de enero de 2014, el Fondo Nacional de Turismo - FONTUR inició el proceso de selección denominado *“Invitación abierta”* nº FNT-001 cuyo objeto era elegir al contratista que se encargaría de la *“construcción del centro de convenciones de Pereira y Risaralda Expofuturo”*. La parte actora presentó propuesta.

Pese a que inicialmente FONTUR consideró que la oferta cumplía con las exigencias plasmadas en el pliego de condiciones, otro de los participantes del proceso de selección (Consorcio Pereira 2014) contradijo el informe de evaluación asegurando que el Consorcio Constructores Pereira no cumplía con las exigencias mínimas para participar toda vez que sus estados financieros no estaban suscritos por el revisor fiscal. FONTUR acogió estos argumentos y rechazó la propuesta presentada por la aquí demandante, y seleccionó a la sociedad Castell Camel S.A.S. como contratista.

La actora pidió la revocación directa de la adjudicación del contrato, petición respondida el 5 de mayo de 2014 por la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior - FIDUCOLDEX (en calidad de vocero de FONTUR) mediante un documento titulado “ACTA DE TERMINACIÓN”. Allí, la mencionada entidad le dio la razón a los argumentos de la solicitud y decide terminar la invitación abierta:

*“… sin lugar a la suscripción del contrato con la empresa Castell Camel S.A.S., a quien erróneamente se le adjudicó un contrato, por las razones expuestas en el presente documento, las cuales afectaron el orden de elegibilidad.”*

Inconforme con esta decisión, el Consorcio Constructores Pereira solicitó la revocación directa de esta acta de terminación, la cual fue denegada con fundamento en que el régimen jurídico contractual de FONTUR es de derecho privado.

El Consorcio Construcciones Pereira instauró **demanda** (f. 3-27, c. 1) en ejercicio del medio de control de **reparación directa**, en donde formuló como pretensiones principales:

a. Declarativas: (1) de haberse adelantado el mencionado procedimiento de invitación abierta; (2) que la propuesta del Consorcio como la más favorable y en consecuencia establecer que (2.1.) se perfeccionó el contrato objeto de la invitación en los términos de la oferta presentada por la demandante o, de no considerarse así, determinar que (2.2.) la demandada incumplió las condiciones de la invitación abierta y por ello (2.2.1.) condenarla al pago de los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento; (3) la responsabilidad *“por incumplimiento contractual de los demandados”* al no permitir la ejecución del contrato;

b. Condenatorias: (4) al pago de perjuicios por incumplimiento contractual de acuerdo al A.I.U. de la oferta; y (5) al pago de lucro cesante por la utilidad dejada de percibir.

Como pretensiones subsidiarias, la demanda persigue que se declare la responsabilidad de los demandados por la terminación de la invitación, dada la presentación de la oferta, y por ello se condene al pago de los perjuicios por lucro cesante en los términos del AIU de la propuesta, y al pago de los gastos en que el Consorcio actor incurrió para la confección de la oferta.

En la **decisión apelada** (f. 91-95, c. ppal.), el Tribunal estimó que el medio de control procedente para este asunto, en virtud de la fuente del daño identificado por la demanda, era el de nulidad y restablecimiento del derecho porque el *“ACTA DE TERMINACIÓN”* era un acto administrativo previo, desarrollado el marco de la actividad precontractual de la administración. De allí que, aplicando el término de caducidad dispuesto para esta vía procesal, la demanda fue rechazada por extemporánea.

El **recurso** (f. 97-103, c. ppal.) argumenta que el acto de terminación de la invitación pública emitido por FIDUCOLDEX no es un acto administrativo toda vez que no se profirió en ejercicio, autoridad ni cumplimiento de potestades o funciones administrativas. Precisa que la causa del daño está originada por la violación de la legislación aplicable a las licitaciones y ofertas, prevista por el Código de Comercio.

Visto lo anterior, la Sala **considera** que los antecedentes y argumentos presentados hasta este momento procesal propician que la Sala, por razones de importancia jurídica, unifique criterios en torno a: (i) la naturaleza jurídica de los actos precontractuales proferidos por las entidades públicas sometidas al régimen contractual del derecho privado, (ii) el medio de control procedente para enjuiciar dichas manifestaciones de voluntad y, de contera, (iii) los términos de caducidad aplicables a dichos procesos.

Pese a que históricamente se ha expresado la intención de expedir estatuto contractual que rija esta actividad en todas las entidades de derecho público[[1]](#footnote-1), leyes posteriores dieron cuenta de una tendencia contraria; en efecto, el legislador ha dispuesto que ciertos sectores de la actividad estatal o determinadas entidades públicas se sometan a regímenes jurídico-contractuales exceptuados del estatuto general de contratación estatal siendo, en su lugar, el del derecho común. Un ejemplo de ello es, precisamente, el de FONTUR, según el artículo 42 de la Ley 300 de 1996 modificado por el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011.[[2]](#footnote-2)

Las consecuencias jurídicas que trae consigo este tipo de decisiones legislativas son de variado orden, no sólo en lo que atañe a la celebración y ejecución del negocio sino particularmente a los actos de formación del contrato de las entidades orientadas, en esta actividad, por el derecho privado.

Para la decisión de segunda instancia, en el caso concreto es relevante resaltar que el medio de control procedente para los actos precontractuales, que determina los presupuestos procesales de la acción (entre ellos, la oportunidad de la demanda), depende necesariamente de la naturaleza jurídica que se le atribuya a estas manifestaciones de voluntad anteriores a la celebración del contrato, problemática respondida por la Sección Tercera en dos sentidos opuestos:

1) Según la postura esgrimida por la Subsección A[[3]](#footnote-3) son actos administrativos porque, independientemente del régimen jurídico sustancial del contrato a celebrar, reúne todas las características atribuidas a este tipo de manifestaciones de las entidades públicas, a saber: provenir de una entidad estatal, el ejercicio de funciones administrativas y la definición unilateral de situaciones y efectos jurídicos particulares y concretos; por lo tanto, su control judicial se ejerce a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2) De acuerdo con la Subsección C, los actos de las entidades públicas que ejercen el régimen de contratación del derecho privado no son actos administrativos sino actos jurídicos en los términos previstos las leyes civiles y mercantiles[[4]](#footnote-4), circunstancia que cobija a los actos precontractuales[[5]](#footnote-5). Estas manifestaciones de voluntad se enjuician ante lo contencioso administrativo por el medio de control de reparación directa.

Este escenario advierte fácilmente la relevancia que tiene, en el marco de una actividad económicamente sensible como lo es la contractual, para la seguridad jurídica de los usuarios de la administración de justicia y la certidumbre de las normas aplicables a los conflictos traídos ante los jueces administrativos, que el pleno de esta Sección especializada en este tipo de temáticas fije una posición unívoca sobre la materia.

En mérito de lo expuesto, se

**RESUELVE**

**AVOCAR** por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Constructores Pereira en contra del auto del 10 de noviembre de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A” que rechazó la demanda

**Notifíquese y cúmplase**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Presidenta de la Sección Tercera

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ MARIA ADRIANA MARÍN**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

**NICOLÁS YEPES CORRALES**

1. Expresado en estos términos por la exposición de motivos del proyecto de ley que antecedió a la Ley 80 de 1993:

*“1. Universalidad del Estatuto Contractual*

*La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.*

*Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.*

*La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. lncluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado.”* (en página web: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148> Consultada el 14 de marzo de 2019). [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Créase el Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, el cual se ceñirá a los lineamientos de la política turística definidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado.”* (Subraya la Sala. Actualmente el “Fondo de Promoción Turística” se denomina FONTUR de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1558 de 2012.) [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver: Sentencia del 24 de octubre de 2016. Rad. 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607) y Auto del 6 de julio de 2017. Rad. 25000-23-36-000-2012-00730-01(51920). [↑](#footnote-ref-3)
4. Entre otras providencias, ver: Sentencia del 8 de junio de 2018. Rad. 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120) [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver: Auto del 19 de junio de 2018. Rad. 25000-23-36-000-2017-01974-01 (61132) [↑](#footnote-ref-5)