

CONTRATO DE SUMINISTRO – Acción de controversias contractuales – Incumplimiento

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del mismo código, procedente frente a aquellos actos administrativos que violan, vulneran, desconocen o amenazan derechos de los administrados y su finalidad última es la de obtener, como su nombre lo indica, el restablecimiento del derecho desconocido y/o la indemnización de los perjuicios ocasionados con el acto administrativo ilegal, para lo cual resulta presupuesto obligado la declaratoria de nulidad del acto demandado, para que pueda proceder el juez a ordenar tales restablecimiento o indemnización. Como lo ha dicho la Sala:

Específicamente en materia de actos administrativos, es necesario tener en cuenta que la acción impugnatoria procede siempre y cuando se considere que el acto administrativo en cuestión es ilegal, puesto que la declaratoria de nulidad del mismo, es presupuesto obligado de la orden de restablecimiento del derecho o de la indemnización de los perjuicios ocasionados; y dicha declaratoria, sólo podrá darse en el evento en que el juez contencioso administrativo encuentre probada en el proceso la configuración de alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos, legalmente establecidas en el artículo 84 del CCA, esto es, falta de competencia, expedición irregular del acto, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación o desconocimiento de la regla de derecho de fondo o violación de la ley.

Es decir que quien incoa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo, lo hace porque considera que mediante una decisión viciada, ilegal, contraria a derecho y por lo tanto improcedente, se le ha desconocido o vulnerado un derecho subjetivo y/o se le han ocasionado unos perjuicios, cuyo restablecimiento e indemnización sólo serán posibles mediante la demostración, dentro del respectivo proceso judicial, de la causal de nulidad que se alegue en la demanda, única forma de desvirtuar la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos, los cuales por lo tanto conservan su ejecutividad mientras no sean declarados nulos por el juez contencioso administrativo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13784-01(20965)

Actor: CONSORCIO GENEROSO MANCINI Y CIA LTDA. Y/O

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión Sección Tercera Sala de Decisión Sede Bogotá, el 5 de abril de 2001, que acogió favorablemente las pretensiones de la demanda, la cual será revocada (f. 99, c. ppl).

SÍNTESIS DEL CASO

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió un acto administrativo por medio del cual sancionó a su contratista consorcio Generoso Mancini & Cía. Ltda–Molinos Barranquillita S.A., por incumplimiento parcial del contrato de suministro suscrito por las partes en 1996 y a pesar de que la contratista impugnó en sede administrativa dicho acto, mediante recurso de reposición que fue resuelto a través de una segunda decisión, esta última no fue demandada.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 2 de abril de 1997, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad, el consorcio Generoso Mancini & Cía. Ltda–Molinos Barranquillita S.A., presentó demanda en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones (f.29, c. 1):

PRIMERA: *Es nulo en su integridad el acto administrativo contenido en la Resolución 2900 del 4 de Diciembre de 1996, por medio del cual:*

- a) *Declaró un incumplimiento parcial del Contrato 361, suscrito entre las partes de este proceso;*
- b) *Impuso a mi representada una sanción pecuniaria por \$33'840.000.00 y,*
- c) *Ordena suscribir un Acta, para determinar el manejo del producto afectado con el empaque que no corresponde.*

SEGUNDO: *En caso de existir la retención del valor de la multa impuesta por \$ 33'840.000.00 al Consorcio GENEROSO MANCINI & CIA LTDA.-MOLINOS BARRANQUILLITA S.A., se ordene su devolución junto con los intereses correspondientes.*

TERCERO: *La anterior declaración deberá ser comunicada a los funcionarios correspondientes.*

2. La parte actora relató que mediante resolución 1888 de 1996, se adjudicó el contrato 361 del 27 de septiembre de 1996, para la producción y distribución de 2290 T.M. de bienestarina cruda y entre sus estipulaciones, se pactó que si se encontraran defectos en el empaque o peso al momento de la entrega de algunos de los bultos, debía dejarse constancia mediante acta para que se procediera al retiro por parte del contratista, dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles después de recibida la notificación y de lo contrario el ICBF empezaría a cobrar costos de bodegaje equivalentes al 1x1000 del valor del cargamento por cada día hábil, corriendo los costos de transporte a cargo del contratista.

2.1. El 20 de noviembre de 1996, el subdirector administrativo avisó al contratista que el empaque de la bienestarina debía llevar la indicación de “cruda” y no la tenía, por lo que debía retirarla; el contratista explicó que pondría un sticker con la palabra “cruda” cubriendo la palabra “precocida” de los empaques existentes en las regionales, que el empaque contenía todas las especificaciones sobre los componentes y el modo de cocción, con lo cual se evitaban situaciones contrarias a sus efectos alimenticios y que desde hacía 10 días se estaba utilizando el empaque correcto. Sin embargo la entidad profirió la resolución 2900 del 4 de diciembre de 1996, mediante la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato e impuso una sanción pecuniaria, acto contra el cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto en forma desfavorable, dejando en firme el acto recurrido. Con dicho recurso se agotó la vía gubernativa y se procedió a presentar la demanda.

2.2. Como normas violadas y concepto de la violación, el demandante expuso la vulneración del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, y las cláusulas quinta, parágrafo segundo, décima y décima primera del contrato de suministro, así como el artículo 29 de la Constitución Política sobre el debido proceso y los artículos 1603, 1619, 1622 y 1624 del Código Civil, explicando el desconocimiento de la estipulación contractual que establecía el procedimiento en caso de defectos en el empaque y asegurando que se le impuso una multa cuando le correspondía al juez del contrato determinar la existencia y cuantía del supuesto incumplimiento parcial del contratista.

III. Actuación procesal

3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **contestó la demanda** (f. 21, c. 1) y se opuso a las pretensiones, alegando que el acto administrativo demandado fue expedido en virtud de lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que dice que las entidades adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar y el artículo 11 *ibídem*, que le otorga competencia al representante legal de la entidad para celebrar contratos e imponer sanciones. Que el contrato celebrado tenía como objeto la producción, distribución y suministro de 2290 toneladas métricas de bienestarina cruda y los empaques individuales del producto del contratista lo identificaban como bienestarina precocida y los sticker que puso de cualquier manera en los mismos lo que hicieron fue crear confusiones al consumidor final que podían generar consecuencias a nivel digestivo, todo lo cual demuestra el incumplimiento parcial del contratista, frente al cual la entidad con fundamento en lo pactado en el contrato, procedió a sancionarlo, mediante acto administrativo que le fue notificado en debida forma. Además, existió un acta de compromiso del 5 de diciembre de 1996, en la cual el contratista aceptó el incumplimiento parcial del contrato, asumió las consecuencias que se pudieran derivar del error en las etiquetas de 360 toneladas métricas de bienestarina cruda y se declaró conforme con el descuento de la sanción pecuniaria ordenado por la entidad de los saldos a su favor (f. 67, c. 1).

4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en **sentencia** del 5 de abril de 2001, resolvió:

PRIMERO: *Declarar la nulidad de la Resolución No. 2900 del 4 de diciembre de 1996, expedida por la Directora General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y, en consecuencia, la Resolución No. 3088 del 17 de diciembre de 1996 que confirmó la anterior.*

SEGUNDO: *Ordenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, la devolución de la suma de \$33'840.000,00 a favor del Consorcio GENEROSO MANCINI Y CIA. LTDA-MOLINOS BARRANQUILLITA S.A., en caso de haberse hecho efectiva la sanción pecuniaria impuesta por los actos administrativos cuya nulidad se declara por la presente providencia.*

TERCERO: *Disponer que el monto antes indicado se actualice a la fecha del presente fallo, con base en el IPC certificado por el DANE, tomando como fecha de la liquidación, aquella en que se haya hecho efectivo su pago, a favor del ICBF, y a cargo del consorcio ya identificado (...).*

5. Consideró el *a-quo*, que el acto administrativo demandado no tuvo en cuenta en sus consideraciones la estipulación contractual relativa al procedimiento que se seguiría en caso de encontrar defectos en el empaque de los productos, el cual desconoció para proceder a imponer la sanción pecuniaria; consideró que el ICBF violó el debido proceso y “(...) obró en forma exorbitante, rompiendo los principios orientadores de las actuaciones administrativas y de la actividad contractual, al asumir una actitud sancionadora, al margen de las previsiones contractuales, lo cual deriva, sin lugar a dudas, la obligación de responder patrimonialmente ante el contratista”. Agregó el tribunal que si bien obraba un documento denominado acta de compromiso en la que supuestamente el contratista aceptó su incumplimiento, la misma aparece firmada por persona distinta al representante legal del consorcio, a quien se le había conferido poder únicamente para notificarse del acto administrativo sancionatorio, por lo cual tal compromiso carece de obligatoriedad, permaneciendo incólume el vicio de nulidad (f. 99 a 110, c. ppl).

6. Inconforme con lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la parte demandada interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, para lo cual reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, respecto del fundamento legal de la decisión demandada y la comprobación del incumplimiento del contratista que dio lugar a la imposición de la sanción pecuniaria, luego de comunicarle al contratista sobre las deficiencias detectadas, con cumplimiento del procedimiento contractual para que procediera a retirar los empaques defectuosos y el contratista tuvo oportunidad de defenderse lo que hizo a través de varias comunicaciones, es decir que no se vulneró el debido proceso. Además, el contratista interpuso recurso en contra de la resolución expedida por la entidad (f. 112 y 124, c. ppl).

7. El Ministerio Público presentó **concepto** en el cual manifestó que hubo una indebida escogencia de la acción al presentar la demanda en ejercicio de la de simple nulidad, pero que de todas formas, teniendo en cuenta que se tramitan por el mismo procedimiento y que la demanda se presentó dentro del término de caducidad de la acción correcta, en virtud del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial, se podría admitir la adecuación del proceso, en el sentido de que la ejercida fue la acción de controversias contractuales. No obstante, solicitó revocar el fallo de primera instancia por existir ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que no se impugnó el acto administrativo que puso fin a la vía gubernativa. (f. 137, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme al artículo 265 del C.C.A., modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988 -aplicable en el *sub examine*-, la cuantía exigida en 1997 para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 13 460 000 y la mayor de las pretensiones de la demanda asciende a la suma de \$ 33 840 000, por concepto del reembolso de la sanción pecuniaria impuesta (f. 30, c. 1).

II. Hechos probados

9. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario¹, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis:

9.1. La sociedad Molinos Barranquillita S.A. y la sociedad Generoso Mancini y Cía. Ltda. conformaron una sociedad de hecho cuya actividad comercial fue la “*Asociación para la ejecución de un contrato o contratos, con fiduciaria La Previsora Ltda. para la producción de bienestarina con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*” y son propietarias del establecimiento de comercio denominado “Consortio Generoso Mancini y Cía. Ltda. – Molinos Barranquillita S.A., y el gerente de esta sociedad de hecho es el señor Eduardo Osio Carbonell, quien es la misma persona que suscribió el contrato celebrado con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a nombre del referido consorcio (certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, f. 50, c. 1 y copia autenticada del contrato, f. 323, c. 2).

9.2. El 27 de septiembre de 1996, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el consorcio Generoso Mancini y Cía. Ltda.-Molinos Barranquillita S.A., celebraron el contrato de suministro n.º 361 cuyo objeto fue la producción, suministro y

¹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

distribución de 2 290 toneladas métricas de bienestarina cruda con base en harina de trigo, en presentación de un kilo, para ser entregadas en las regionales y/o centros zonales del ICBF, con suministros parciales, contrato con una duración de 3 meses contados a partir de la entrega del anticipo y por valor de \$ 2 152 600 000,00 (f. 316, c. 2).

9.3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió la resolución n.º 2900 del 4 de diciembre de 1996, por medio de la cual resolvió declarar el incumplimiento parcial del contrato n.º 361 de 1996 e imponer al contratista una sanción pecuniaria por valor de \$ 33 840 000, suma equivalente al 10% de la parte incumplida del contrato y que sería descontada de los saldos a favor del contratista; así mismo, se ordenó la suscripción entre las partes de un acta en la que se acordaran las condiciones para el manejo del producto afectado con el empaque que no correspondía a las especificaciones señaladas en el pliego de condiciones de la licitación pública n.º 004 de 1996 (f. 222, c. 2).

9.4. El consorcio Generoso Mancini y Cía. Ltda.-Molinos Barranquillita S.A., interpuso recurso de reposición en contra de la resolución n.º 2900 del 4 de diciembre de 1996 (f. 256, c. 2).

9.5. El recurso de reposición interpuesto por el contratista en contra de la resolución n.º 2900 del 4 de diciembre de 1996, fue resuelto por la entidad demandada, mediante resolución n.º 3088 del 17 de diciembre de 1996, por medio de la cual decidió confirmar en todas sus partes el acto administrativo recurrido (f. 227, c. 2).

III. El problema jurídico

10. Teniendo en cuenta los hechos probados, deberá la Sala establecer si la demanda reúne los presupuestos procesales indispensables para la tramitación del proceso.

IV. Análisis de la Sala

La acción ejercida

11. Se observa que en el presente caso hubo una indebida escogencia de la acción, puesto que la parte actora presentó la demanda en ejercicio de la acción de nulidad, para impugnar un acto administrativo contractual. Al respecto, se advierte que el Código Contencioso Administrativo estableció las diferentes acciones que se pueden incoar ante la jurisdicción contencioso administrativa y su procedencia no se deja al arbitrio de los administrados ni depende de su voluntad, sino que corresponde a la determinada finalidad que se persiga con la demanda, de tal manera que su ejercicio debe corresponder a lo establecido en la ley.

12. El artículo 84 del C.C.A., estableció la acción de simple nulidad y dispuso que toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos; se trata de una acción pública, que carece de legitimación en la causa por activa, puesto que toda persona puede intentarla en contra de los actos administrativos, en principio de carácter general, impersonal y abstracto –excepcionalmente frente a actos de carácter particular y concreto-, con la sola finalidad de preservar el ordenamiento jurídico objetivamente considerado, de la presencia de decisiones administrativas ilegales que lo vulneren, razón por la cual, tampoco tiene un término de caducidad, puede ser intentada en cualquier tiempo y la única pretensión que se puede elevar en su ejercicio es la de nulidad del acto presuntamente ilegal, siendo también la decisión judicial que recaiga en dicha controversia, limitada a declarar la nulidad del acto, si la encuentra probada o a negar las pretensiones, en caso contrario.

13. Por otra parte, se encuentra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del mismo código, procedente frente a aquellos actos administrativos que violan, vulneran, desconocen o amenazan derechos de los administrados y su finalidad última es la de obtener, como su nombre lo indica, el restablecimiento del derecho desconocido y/o la indemnización de los perjuicios ocasionados con el acto administrativo ilegal, para lo cual resulta presupuesto obligado la declaratoria de nulidad del acto demandado, para que pueda proceder el juez a ordenar tales restablecimiento o indemnización. Como lo ha dicho la Sala:

Específicamente en materia de actos administrativos, es necesario tener en cuenta que la acción impugnatoria procede siempre y cuando se considere que el acto administrativo en cuestión es ilegal, puesto que la declaratoria de nulidad del mismo, es presupuesto obligado de la orden de restablecimiento del derecho o de la indemnización de los perjuicios ocasionados; y dicha declaratoria, sólo podrá darse en el

evento en que el juez contencioso administrativo encuentre probada en el proceso la configuración de alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos, legalmente establecidas en el artículo 84 del CCA, esto es, falta de competencia, expedición irregular del acto, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación o desconocimiento de la regla de derecho de fondo o violación de la ley.

Es decir que quien incoa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo, lo hace porque considera que mediante una decisión viciada, ilegal, contraria a derecho y por lo tanto improcedente, se le ha desconocido o vulnerado un derecho subjetivo y/o se le han ocasionado unos perjuicios, cuyo restablecimiento e indemnización sólo serán posibles mediante la demostración, dentro del respectivo proceso judicial, de la causal de nulidad que se alegue en la demanda, única forma de desvirtuar la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos, los cuales por lo tanto conservan su ejecutividad mientras no sean declarados nulos por el juez contencioso administrativo².

14. Por esta finalidad de defensa de los intereses individuales, personales y concretos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige una legitimación en la causa, como que sólo puede ser intentada por quien se crea lesionado en un derecho amparado por una norma jurídica y además, sólo puede ser incoada dentro de un cierto plazo establecido por la ley, es decir que cuenta con un término de caducidad impuesto por el legislador, como medida tendiente a brindar firmeza y estabilidad jurídica a las decisiones de la administración, definiendo un término más allá del cual, resulta imposible cuestionar judicialmente los actos administrativos. La regla general en materia de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es la consagrada en el artículo 136 del C.C.A., que establece un plazo para su ejercicio de 4 meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, aunque normas especiales pueden establecer también términos de caducidad diferentes.

15. De acuerdo con lo anterior, podría pensarse que la demanda que dio origen al presente proceso ha debido presentarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que la parte actora busca el reembolso de una suma de dinero que le fue descontada por la entidad demandada como consecuencia de la sanción patrimonial que le impuso a través del acto administrativo demandado. No obstante, se advierte que, en relación con los actos

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 14999, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

administrativos contractuales, es decir aquellos proferidos con posterioridad a la celebración del contrato estatal, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dispone que *“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”*.

16. El artículo 87 del C.C.A., consagra la acción relativa a controversias contractuales, la cual exige legitimación en la causa por activa, puesto que según la norma, no puede ser intentada por cualquier persona; pueden incoarla las partes de un contrato estatal, para pedir que se declare la existencia o nulidad del contrato 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 hagan otras declaraciones y condenas; y así mismo, el ministerio público o cualquier tercero que acredite un interés directo, podrán ejercerla, para pedir la nulidad del contrato; por otra parte, la acción contractual cuenta con una limitación temporal para su ejercicio, puesto que de acuerdo con el artículo 136 del mismo código, tiene un término de caducidad de 2 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento³.

³ El artículo 136 fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 y su numeral 10 establece además, las reglas para contabilizar el término de caducidad de la acción contractual, dependiendo de i) si se trata de un contrato de ejecución instantánea o ii) de un contrato que requiera de liquidación y en este último evento, iii) si el contrato fue efectivamente liquidado o no y iv) en caso afirmativo, si lo fue bilateralmente o en forma unilateral por la administración y v) si la pretensión es la de nulidad absoluta o vi) de nulidad relativa del contrato. Establece la norma: *“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. // En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: // a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato; // b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa; // c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta; // d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; // e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. // f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento”*.

17. En el presente caso, el contrato celebrado por las partes en 1996, estaba sujeto a las normas del estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, puesto que la entidad demandada es un establecimiento público del orden nacional y en consecuencia, los actos proferidos durante la ejecución del mismo son actos contractuales, controlables, por lo tanto, a través de la acción contractual del artículo 87 del C.C.A.; el acto demandado en el *sub-lite*, fue la resolución 2900 del 4 de diciembre de 1996, por medio de la cual el director general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, declaró el incumplimiento parcial del contrato n.º 361 celebrado con el consorcio Generoso Mancini y Cía Ltda – Molinos Barranquillita S.A., lo cual evidencia la indebida escogencia de la acción.

18. En efecto, se observa que la acción de simple nulidad no resulta procedente para la impugnación de actos contractuales, que deben ser controlados a través de la acción relativa a controversias contractuales; en primer lugar, porque aquella carece de término de caducidad, mientras que la acción contractual tiene un plazo de 2 años para su ejercicio; la acción de nulidad no exige legitimación en la causa, mientras que la contractual sí; en virtud de la acción de nulidad no puede pedirse sino la nulidad del acto demandado, mientras que la contractual permite solicitar otras declaraciones y condenas; en virtud de la acción de nulidad, el juez sólo puede declarar la nulidad del acto impugnado, mientras que en virtud de la acción contractual, el juez puede efectuar varias declaraciones y condenas a favor del demandante.

19. No se desconoce que en materia de impugnación de actos administrativos, existe la teoría *de los móviles y finalidades*, en virtud de la cual, si no se elude el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que procedía, en principio, en contra del acto demandado, resulta procedente estudiar las pretensiones que se han elevado en ejercicio de la acción de nulidad, cuya decisión por sí sola dará lugar al restablecimiento automático del derecho.

20. Lo anterior obedece a la importancia que reviste ese plazo perentorio y preclusivo legalmente establecido para impugnar los actos administrativos, con miras a brindar estabilidad a las situaciones jurídicas de carácter particular y concreto creadas o modificadas por esas decisiones de la administración, que se hallan expuestas a su impugnación judicial; se trata de acabar, por este medio, *“(...) con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de*

*la revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición*⁴, a través de un término que corre objetivamente, con prescindencia de las razones subjetivas para el no ejercicio de la acción y que, por lo tanto, sólo se suspende en los casos expresamente contemplados en la ley.

21. Por ello, es que no se puede permitir que, bajo el pretexto de que sólo se pide la nulidad del acto administrativo a través de la acción de simple nulidad -cuando se puede advertir que de la sola anulación del acto se desprende un restablecimiento automático del derecho del demandante-, se incoe tal acción en cualquier tiempo, eludiendo así el término de caducidad propio de la acción de restablecimiento del derecho; pero si se ejerce dentro de dicho plazo, no existe inconveniente para admitir como procedente la respectiva demanda.

22. En el presente caso, se observa que la demanda en ejercicio de la acción de nulidad fue presentada el 2 de abril de 1997; el acto administrativo demandado, fue objeto de recurso de reposición, que fue resuelto a través de la resolución n.º 3088 del 17 de diciembre de 1996, es decir que el término de caducidad de la acción, de 2 años, empezaba a correr a partir del día siguiente y en consecuencia, el plazo para presentar la demanda en su contra vencía el día 17 de diciembre de 1998, lo que evidencia que no se vulneró dicho límite temporal para la impugnación del acto contractual.

23. Teniendo en cuenta lo anterior, en consideración a que tanto la acción de simple nulidad como la acción contractual se tramitan por el mismo procedimiento ordinario y en acatamiento al mandato constitucional de prevalencia del derecho sustancial contenido en el artículo 228 de la Carta, tal como lo ha hecho con anterioridad la jurisprudencia de la Sección, puede entenderse que la acción promovida en el presente caso fue la relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989-. Sobre el tema se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corporación en los siguientes términos:

En consideración a que el actor manifestó en su demanda que ejercitaba la acción prevista en el artículo 85 del CCA (fol. 2 c. ppal), esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, y que al alegar de conclusión afirmó que ejercitaba la de controversias contractuales (fol. 266), la Sala, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 228 de la

⁴ Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, 7ª ed., 2009, p. 179.

Constitución Política que garantiza la prevalencia del derecho sustancial, entiende ejercitada esta última, como lo hizo también el Tribunal a quo.

En efecto, de conformidad con lo señalado por la Sala en anteriores oportunidades la acción de controversias contractuales es la procedente cuando se pretenda dirimir un litigio derivado del contrato estatal:

*“[s]i el daño alegado tiene como causa un acto administrativo, la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento; como no podrá ser sino de reparación directa cuando la lesión devenga de un hecho, de una omisión o de una operación administrativa; y como no podrá ser sino contractual cuando el perjuicio tenga como causa el contrato mismo, los hechos de ejecución o cumplimiento de su objeto contractual o los actos administrativos dictados por la entidad pública contratante con motivo u ocasión de la actividad contractual”.*⁵ (Se subraya).

En el presente caso, se solicitó la declaración de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte declaró la caducidad del contrato N° 073 de 1990, celebrado con el señor Nicolás Trejos Ossa, como también la consecuente indemnización de perjuicios. Se advierte así que la causa del perjuicio se radica en actos contractuales dictados por la entidad pública demandada, con ocasión de su actividad contractual, por lo cual la acción procedente es la consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo” (subrayas en el texto original)⁶.

24. De acuerdo con lo anterior, al interpretar la demanda y concluir que en realidad la acción incoada fue la contractual, resultaría procedente el análisis de las pretensiones; no obstante, observa la Sala que existe otro impedimento para ello, como pasa a explicar.

La ineptitud sustantiva de la demanda

25. Como se anunció en los antecedentes de la presente providencia, la parte actora presentó demanda en la cual solicitó que se declarara la nulidad de la resolución n.º 2900 del 4 de diciembre de 1996, por medio de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar declaró el incumplimiento parcial del contrato de suministro n.º 361 del 27 de septiembre de 1996 y le impuso al contratista una sanción pecuniaria y como consecuencia de tal declaratoria, pidió que se la condenara a reembolsar el monto de la sanción, en caso de que lo hubiera deducido del saldo a favor del contratista.

⁵ Sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 12456.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 12249, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, reiterada en sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17861, C.P. Mauricio Fajardo.

26. Se advierte entonces, que se demanda un acto administrativo contractual, para lo cual, como ya se dijo, resulta procedente la acción de controversias contractuales y el hecho de que sea ésta la acción a través de la cual se deba impugnar judicialmente el acto contractual, implica que el término de caducidad para hacerlo es el de 2 años que contempla el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

27. Sin embargo, en cuanto a la forma que ha de revestir la demanda, deben tenerse en cuenta no sólo los requisitos de todas las que se presentan ante la jurisdicción contencioso administrativa (art. 137 del C.C.A), sino también los propios de aquellas que están dirigidas a la impugnación de actos administrativos, en las cuales se exige incluir las normas violadas y el concepto de la violación⁷, identificando con precisión las disposiciones legales que se consideran vulneradas o desconocidas por el acto administrativo, alegando alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos y explicando en qué consiste la ilegalidad que se le atribuye al acto, es decir por qué se cree que éste vulnera o desconoce aquellas normas.

28. No obstante, los anteriores no son los únicos requisitos de una demanda en forma, cuando de la impugnación de actos administrativos se trata, pues el Código Contencioso Administrativo en su artículo 138, también exige la correcta individualización del acto, al establecer que *“Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión (...). Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar esta última decisión”*. Según el inciso final del artículo 50 del estatuto procesal administrativo, *“Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”*.

⁷ El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, relativo al contenido de la demanda, dispone: *“Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: 1º) La designación de las partes y de sus representantes; 2º) Lo que se demanda; 3º) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la acción; 4º) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación; 5º) La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer; 6º) La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia”*.

29. Se trata entonces, de aquellas manifestaciones de voluntad unilaterales con las cuales se culminan los procedimientos adelantados por las autoridades en ejercicio de la función administrativa, mediante una decisión de fondo, que crea, modifica o extingue una situación jurídica de carácter particular y concreto mediante el reconocimiento de derechos a favor del administrado o la imposición de cargas y deberes que recaen sobre él, a través de decisiones ejecutivas y ejecutorias, es decir que envuelven en sí mismas la obligatoriedad que el ordenamiento jurídico les imprime y pueden hacerse cumplir en forma directa y coercitiva por la misma administración. Una vez expedidos tales actos administrativos por la correspondiente autoridad, pueden ser objeto de impugnación en sede administrativa a través de la interposición de los recursos ordinarios que procedan en su contra: reposición, apelación o queja, como resultado de los cuales la administración expide una nueva decisión por medio de la cual resuelve el recurso interpuesto, confirmando, modificando o revocando la inicial, la cual entra a formar parte inescindible del acto administrativo; *“(...) para que se conforme una verdadera relación procesal y pueda cumplirse el objeto de la demanda, esto es, el restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de nulidad, en el evento de que el acto principal haya sido objeto de recursos, las decisiones que los resuelvan, sea que lo modifiquen o confirmen, deberán demandarse conjuntamente con aquél, pues todos ellos constituyen una unidad inescindible de contenido y de fin que materializa la voluntad de la administración”*⁸.

30. En relación con la individualización de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa en la forma ordenada por el artículo 138 del C.C.A, ha dicho la Sala:

25. Materialmente, entonces, existirán dos actos, el inicial y el que resolvió los recursos de vía gubernativa, lo cual dará lugar a varias situaciones:

25.1. Que se revoque totalmente el acto administrativo impugnado, en cuyo caso, éste desaparece del ámbito jurídico, subsistiendo únicamente el acto revocatorio; la determinación de dejar sin efectos una decisión anterior de la administración, puede a su vez causarle un daño a un tercero, evento en el cual podrá interponer los recursos de vía gubernativa en su contra y demandarlo posteriormente, sin que en tal caso haya necesidad de citar en su demanda, como acto demandado, aquel que fue objeto de la revocatoria, puesto que

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 1° de noviembre de 1992, expediente 12378, C.P. Juan Angel Palacio Hincapié.

precisamente, ya no existe, no es el que produjo el supuesto daño ni es su legalidad la que se cuestiona. A esto es a lo que se refiere el artículo 138, al decir que si el acto fue revocado, solo procede demandar la última decisión.

25.2. Que se reforme o confirme el acto administrativo impugnado, caso en el cual la decisión se convierte en una unidad jurídica completa contenida en dos pronunciamientos separados físicamente y expedidos en distinto tiempo pero componentes de un solo querer de la administración, que se torna inescindible. En este caso, el afectado con la decisión de la administración, está en el deber, si pretende que se declare su nulidad por considerarla ilegal, de demandar tanto el acto administrativo definitivo, es decir aquel que finalizó la actuación administrativa resolviendo la cuestión de fondo mediante la creación de una situación jurídica particular, como el acto mediante el cual se resolvió el recurso en su contra, confirmándolo o modificándolo, para que quede correctamente individualizado el acto administrativo objeto de la impugnación judicial. Tal y como lo ha dicho la doctrina:

“La vía gubernativa en el sistema colombiano no cabe sino contra los actos creadores de situaciones individuales o concretas; a instancia de las personas afectadas con los mismos y con miras a lograr una nueva decisión de la administración que los aclare, modifique o revoque; nueva decisión que se integra a la primera para formar así una unidad compleja que, como tal, deberá considerarse para efectos de una futura demanda ante la jurisdicción administrativa” (la Sala resalta)⁹

25.3. También puede suceder que en el acto que expida la administración para resolver el recurso interpuesto contra una decisión particular, aquella introduzca nuevas determinaciones, no relacionadas con el asunto sometido a su consideración en virtud del recurso, las cuales corresponderán, en tal caso, a un nuevo acto administrativo, respecto del cual el afectado podrá a su vez, agotar vía gubernativa y demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa, caso en el cual, obviamente, sólo dirigirá sus pretensiones contra ese segundo acto, contentivo de las nuevas disposiciones.

26. Ahora bien, cuando la norma exige que si el acto administrativo fue objeto de recursos, se demande también aquel acto por medio del cual los mismos fueron resueltos, está haciendo referencia a que si fue objeto de recursos el acto definitivo, es decir aquel por medio del cual se culminó la actuación administrativa y que produjo la creación, transformación o extinción de una situación jurídica particular, que es la decisión que la administración confirmó o modificó a través del segundo acto que expide.

27. Debe tenerse en cuenta que un mismo acto administrativo formalmente considerado –resolución, decreto, etc.,-, puede en realidad contener varias decisiones, que serán, cada una de ellas, un verdadero acto administrativo desde el punto de vista sustancial, por eso, cuando se controvierte, bien sea en sede administrativa o en sede judicial un acto administrativo, es la validez del contenido decisorio lo que se cuestiona y lo que es objeto de recursos o de demanda, a tal punto que

⁹ [3] “Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 5ª ed., 1999, pag. 172”.

estando contenidas en un mismo documento varias decisiones, pueden impugnarse independientemente por los directamente afectados con ellas.

28. Se concluye entonces, que cuando una decisión –acto administrativo- es confirmada por la administración, tanto aquella como su confirmación, deben ser objeto de la demanda.

29. Al respecto, observa la Sala que el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, antes de la modificación introducida por el artículo 24 del Decreto 2304 de 1989, establecía:

*Art. 138.- **Individualización de las pretensiones.** Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa. (La Sala resalta).*

30. De acuerdo con la redacción de la norma, es claro que el legislador en ese momento le dio preponderancia al acto que resolvía los recursos de vía gubernativa. Y en aquellos casos en los que el acto administrativo era impugnado mediante la interposición de recursos ante la misma Administración, dando lugar a la expedición de un segundo acto confirmándolo o modificándolo, sólo resultaba obligatoria la demanda de este último, mientras que en relación con el acto definitivo, es decir el que había sido confirmado o modificado, resultaba opcional su impugnación judicial, en tanto la norma dispuso que “se podía” indicar también en la demanda.

31. No obstante, dicha norma fue modificada en los términos analizados y ahora el Código Contencioso Administrativo exige la demanda tanto del acto definitivo como del acto que resuelve los recursos en su contra, cuando la decisión es modificar o confirmar aquél, para que se entienda debidamente individualizado el acto administrativo y la demanda, presentada en forma.

32. Esta exigencia tiene su explicación lógica, pues si se trata de excluir del tráfico jurídico una decisión ilegal que se halla contenida, como ya se explicó, en dos actos materialmente diferentes, los dos tienen que ser objeto de la declaratoria de nulidad, pues perviviendo uno de ellos, resulta inane la decisión judicial y se produce una situación contradictoria en virtud de la cual, subsistiría un acto que en esencia resulta ilegal, pero que por no haber sido demandado, no fue declarada su nulidad¹⁰.

31. En el presente caso el demandante sólo pidió la nulidad de la resolución n.º 2900 del 4 de diciembre de 1996, a pesar de que en el plenario consta que el contratista interpuso recurso de reposición en contra de esta decisión y que el mismo fue resuelto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la resolución n.º 3088 del 17 de diciembre de 1996, por medio de la cual decidió

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2011, expediente 20410, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

confirmar en todas sus partes el acto administrativo recurrido. No obstante, esta última resolución, no fue demandada. Y como lo dijo la Sala en la providencia referida:

39. La presentación de la demanda en debida forma es una carga procesal que recae en el demandante y por ello le corresponde soportar las consecuencias de los defectos que ella contenga, puesto que no puede el juez, sin atentar contra el principio de congruencia, proceder a modificar lo pedido, ya que como lo ha sostenido la Sala, "(...) la facultad que tiene el juez de interpretar la demanda, no constituye un instrumento que pueda, como lo pretende el recurrente, convertirse en el mecanismo idóneo para suplir las falencias de que adolece la misma, como quiera que el demandante, al momento de su presentación, debe señalar e individualizar no solo los hechos, sino las pretensiones -según lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes del Código Contencioso Administrativo-, que aspira le sean reconocidas en el trámite del respectivo proceso judicial"¹¹.

40. De acuerdo con el principio de congruencia de las sentencias, consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), la decisión del juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, por lo tanto el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, que resulta afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita).

41. La falencia advertida en la demanda que dio origen al presente proceso impide decidir sobre las pretensiones, pues no puede el juzgador, oficiosamente, pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo que no fue demandado y resultaría inane el estudio de la resolución que sí lo fue, pues no contiene la decisión de fondo que origina la inconformidad del actor, la cual en todo caso subsistiría como acto presuntamente legal¹².

32. En tales condiciones, encuentra la Sala que hay una ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que no fue individualizado en debida forma el acto administrativo objeto de la demanda al no ser incluida en la misma la resolución n.º 3088 del 17 de diciembre de 1996 que confirmó la resolución n.º 2900 del 4 de diciembre del mismo año y en consecuencia, resulta imposible proferir una decisión de fondo sin transgredir el principio de congruencia de las sentencias,

¹¹ [12] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente n.º 37513, C.P. Ruth Stella Correa Palacio".

¹² Sentencia del 9 de diciembre de 2011, ya citada.

razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se proferirá un fallo inhibitorio.

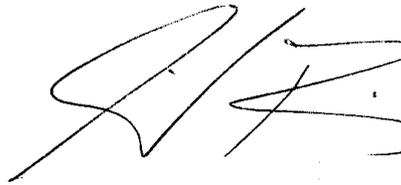
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de primera instancia, esto es la proferida por el Tribunal de Descongestión Sección Tercera Sala de Decisión Sede Bogotá D.C., el 5 de abril de 2001 y en su lugar se dispone:

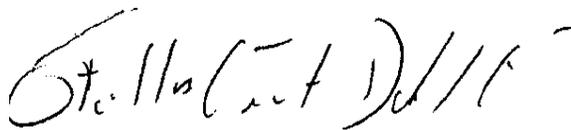
DECLÁRASE inhibida la Sala para fallar de fondo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE



DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Sala



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO