

## **ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedencia**

En la actualidad es posible adelantar la acción de controversias contractuales tanto para los actos contractuales, esto es, los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación; al igual que para los actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, como, por ejemplo, el de la adjudicación del contrato. Es decir, los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

## **ACCION DE NULIDAD Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Antes de la adjudicación**

El artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta [30] días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos –como el de la adjudicación- solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales. De lo anterior se concluye que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D.C., ocho (08) de mayo dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00747-01(24218)**

**Actor: SOCIEDAD SESAC LTDA Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera -, el 24 de octubre de 2000, a través de la cual se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y consecuentemente se negaron las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Lo pretendido**

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de marzo de 1999<sup>1</sup>, la sociedad SESAC LTDA., y los señores José Jairo Nieto García, Orlando Fajardo Castillo y Luís Gabriel Nieto García, integrantes de la Unión Temporal Diseño y Construcciones Vías D.C., a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual, formularon demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU-, con el fin de que se declarara (i) la nulidad absoluta del contrato No. 017 celebrado el 28 de enero de 1999, - de estudios, diseño y construcción- suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y la Unión Temporal Conalvías S.A. – Jorge Paz y Cía. Ltda., resultante de la adjudicación de la licitación pública IDU-LP-GPL-029-98, contenida en la resolución n° 0048 de 22 de enero de 1999., (ii) Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- a pagar a la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., a título de perjuicios causados, la utilidad que hubiere podido percibir de haberse ejecutado el contrato que tenía derecho y que de manera ilegal le fuera adjudicado a otra firma y los gastos en que incurrió como consecuencia de su participación en la referida licitación y (iii) que el monto de la condena se actualice a la fecha de pago y se cancelen los intereses moratorios correspondientes, de acuerdo con la tasa máxima permitida por la ley.

### **2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

Los demandantes narraron en síntesis, los siguientes hechos:

---

<sup>1</sup> Fls 42 a 57. C. 1.-

i) Por las resoluciones números 682 y 751 de 10 y 24 de agosto de 1998, respectivamente, se ordenó la apertura de la licitación pública IDU-LP-GPL-029-98, cuyo objeto era la contratación del estudio y diseño a precio global fijo y construcción a precios unitarios con reajustes de pavimentos locales y accesos a barrios de la localidad de Santafé, en la ciudad de Bogotá.

ii) A la licitación pública se presentaron ocho (8) propuestas, entre ellas las de Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., y Unión Temporal Conalvías S.A. Jorge Paz y Cía. Ltda.

iii) En los numerales 3.2.17.2 y 4.7.5.2.1., de los pliegos de condiciones, respectivamente, se señaló que el Director de Construcción debería acreditar una experiencia general no menor a ocho (8) años, de los cuales “debe tener como mínimo cinco (5) años de experiencia específica en Dirección de Obras en el área de carreteras, vías urbanas y/o pistas de aeropuerto; y en lo relacionado con la calificación de la experiencia del citado director, se estableció que el puntaje máximo por concepto de estudios sería de diez (10) puntos, dentro de los que se tendrían en cuenta, entre otros, el título de doctorado, PhD o maestría, asignándole a estos estudios la máxima calificación, es decir, diez (10) puntos.

Igualmente se señaló que por el factor de experiencia, los proponentes obtendrían un puntaje máximo de cuarenta (40) puntos, asignando cinco (5) puntos por cada año de experiencia como Director de Construcción en proyectos de carretera, vías y/o pistas de aeropuerto o por cada año laborado como profesional en entidades de carácter estatal, en las cuales tenga o hubiese tenido a su cargo los proyectos mencionados anteriormente, en cargos de nivel directivo, asesor o ejecutivo.

iv) Que en la propuesta presentada por la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., se presentó la experiencia específica del Director de Construcción, Ingeniero Luís Gabriel Nieto García, detallando el número de contrato, el objeto del mismo, la entidad contratante, la localización, el cargo desempeñado, la duración del proyecto en meses, el período laborado y el porcentaje de dedicación, certificando un total de 200 meses, lo que equivale a decir dieciséis (16) años y ocho (8) meses.

v) En el informe de evaluación de las propuestas y específicamente, en el cuadro No 3.7 – relacionado con la evaluación y calificación de la experiencia específica

del Director de Construcción, la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., obtuvo una calificación de 0.0., sin que la entidad –como es su obligación-, motivara la asignación de dicho puntaje, ya que lo único que señaló en el cuadro fue la observación de “no cumple experiencia específica mínima”.

vi) El 23 de noviembre de 1998, el apoderado de la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., solicita al IDU la corrección de la evaluación relacionada con la experiencia del Director de Construcción; respondiendo el referido Instituto que “revisado el original de la propuesta a folio 385 en la licitación IDU-LP-GPL-028-98, a folio 385 en la licitación IDU-LP-GPL-028-98 y a folio 385 en la licitación IDU-LP-GPL-029-98, se puede constatar que el profesional propuesto como Director de Obra. Ing. Luís Gabriel Nieto García, presenta una experiencia específica de 4 años, menor a la mínima exigida en el pliego de condiciones. En consecuencia se modifica el puntaje otorgado a este profesional de 10 puntos a cero (0) puntos y no procede su observación”.

vii) En la audiencia de adjudicación de 22 de enero de 1999, la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., solicitó aclaración o explicación por las cuales sólo se aceptaron 30 0 40 meses de experiencia a su Director, siendo que en su propuesta certifica 220 meses; observación que no fue atendida so pretexto “de que en dicha audiencia no se podían dejar ni siquiera constancias”.

viii) Que el 22 de enero de 1999, el Director Técnico de Construcciones del IDU, expidió la Resolución No 0048, por medio de la cual adjudicó la licitación pública IDU-LP-GLP-029/98 a la Unión Temporal Conalvías S.A., Jorge Paz y Cía. Ltda., hasta por la suma de \$ 1.500.000.000.

ix) Que el 28 de enero de 1999, se suscribió el contrato No. 017 entre el IDU y la Unión Temporal Conalvías S.A., Jorge Paz y Cía. Ltda., como resultado de la adjudicación de la licitación pública relacionada en el numeral precedente.

### **3.- Fundamentos de derecho y normas violadas**

Como sustento jurídico de las pretensiones se invocan los artículos 29 de la Constitución Política; 23, literal b) numeral 5° del artículo 24, numeral 7° del artículo 24, 29 y numeral 2° del artículo 30 de la ley 80 de 1993, así como el Decreto Reglamentario 287 de 1996.

“Que el contrato suscrito se fundó en un acto viciado, por lo que deviene en absolutamente nulo por objeto ilícito y por la ocurrencia de la causal contenida en el ordinal 2° del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

#### **4.- Actuación Procesal**

4.1.- Mediante auto de 6 de mayo de 1999<sup>2</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, admitió la demanda y dispuso la notificación personal al Director del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, al Agente del Ministerio Público., ordenó la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

4.2.- Por auto de fecha 4 de mayo de 2000<sup>3</sup>, se abre el periodo probatorio y por auto de 12 de diciembre del mismo año<sup>4</sup>, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.2.1.- La parte actora en escrito presentado el 22 de enero de 2001<sup>5</sup> alega de conclusión relatando los antecedentes del proceso y afirma que *“(...) en el proceso se evidencia el actuar negligente e irresponsable del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, ya que además de modificar, con posterioridad a la apertura de la licitación, los criterios que debían tener en cuenta los oferentes para la elaboración y presentación de sus propuestas y de no motivar los informes de evaluación como lo exige la ley de contratación, violó el derecho que tenía mi representada de ser adjudicataria de la licitación en comento. No puede aceptarse que una entidad pública elabore unos pliegos de condiciones para una licitación y que en la audiencia de adjudicación, al dar respuesta a una exigencia planteada, se limite a señalar que utilizó un criterio diferente al planteado en dichos pliegos para la evaluación de las propuestas.*

“(..)

4.2.2.- La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

---

<sup>2</sup> Fls 62 y 63. C. 1.

<sup>3</sup> Fls 92 y 93, ib.

<sup>4</sup> Fl 116, ib.

<sup>5</sup> Fls 118 a 127, ib.

## 5. Contestación de la demanda

Oportunamente el representante legal del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, mediante apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento factico y jurídico. Con relación a los hechos aceptó unos y negó otros y formuló las excepciones que denominó: *“Ineptitud de la demanda por falta de requisitos sustanciales”, “Ineptitud de la demanda por no comprender los litisconsortes necesarios” y “legalidad del acto administrativo de adjudicación de la licitación pública IDU-LP-GPL-029-98”*<sup>6</sup>.

## 6.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “A” en sentencia proferida el 24 de octubre de 2002<sup>7</sup>, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y negó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso, fundamenta su fallo diciendo que *“(...) en el evento sub lite, la pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del contrato No 017 de 28 de enero de 1999, se fundamenta en la ilegalidad del acto de adjudicación de la licitación pública No IDU-LP-GLP-029-98, adjudicación (acto previo) que dio origen o generó la celebración del aludido contrato e ilegalidad que se fundamenta en los cargo de nulidad claramente expresados en el libelo de demanda, pero no se formula pretensión de declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, es decir, se aduce su ilegalidad pero no se solicita se declare la consecuencia o sanción necesaria de dicha ilegalidad, cuál es su declaratoria de nulidad. A este respecto cabe anotar que, no es procedente, en un esfuerzo de interpretación de la demanda arribar a la conclusión de que dicha pretensión sí fue formulada, dado que como se desprende, con absoluta claridad, del escrito contentivo del alegato de conclusión de la parte actora, ésta no formuló dicha pretensión porque en su entender, ello no se requiere, dadas las modificaciones introducidas al artículo 87 del C.C.A., por el artículo 32 de la ley 446 de 1998.*

---

<sup>6</sup> Fls 67 a 76. C. 1.

<sup>7</sup>Fls 65 a 82. C. 2ª instancia.

*Afirma la Sala que no es jurídicamente dable pretender la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación de la licitación, acto previo en que aquel se fundamenta, sin aducir pretensión de nulidad de dicho acto de adjudicación, en razón a que la deducción de ilegalidad del acto, sin pronunciamiento que la concrete en la consecuente declaración de nulidad, no tiene alcance, la fuerza o la virtualidad jurídica de desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara y, por tanto, de enervar sus efectos de obligatoriedad o de ejecutoriedad en los cuales continúa amparado el contrato, desde el punto de vista del acto que lo originó en relación con la persona que como contratista suscribió el contrato con fundamento en dicho acto de adjudicación (...).”*

## **7.- El recurso de apelación.**

El 21 de febrero de 2003, la parte demandante sustenta el recurso de apelación<sup>8</sup>, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

La parte actora fundamenta el recurso, relatando los antecedentes del proceso y reiterando que “(...) el cuerpo normativo anterior a la ley 446 de 1998, distinguía entre las acciones relativas a los actos administrativos y las concernientes al contrato propiamente dicho, tal como hoy también acontece. Sin embargo, preceptuaba que cuando lo que se pretendía era atacar la adjudicación o la selección de un contratista, el interesado no tenía necesidad de impugnar el contrato, sino que se concentraba en el acto administrativo que contenía una determinación tal para lo cual empleaba, en caso de aspirar a un reconocimiento pecuniario, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicha concepción también encontraba fundamento en el artículo 44, numeral 4 de la ley 80 de 1993, de cuya lectura se tiene que el pronunciamiento judicial sobre la selección del contratista se concentraba exclusivamente sobre el acto y no sobre el contrato, y que la caída de dicho acto generaba la nulidad absoluta del contrato, e incluso la terminación unilateral del mismo, de conformidad con el inciso segundo del artículo 45 de la ley 80.

“(...)

---

<sup>8</sup> Fls 173 a 180. C. 2ª instancia.

*Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998 y de acuerdo con su artículo 32, modificadorio del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su notificación, comunicación o publicación, según el caso, siempre y cuando no se hubiere celebrado el contrato, porque de ello suceder, lo que se demanda es la nulidad absoluta del contrato, siendo la ilegalidad del acto previo el fundamento de tal pretensión. La norma no puede ser más manifiesta, en tanto que dispone que “una vez celebrado éste (el contrato), la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.*

## **8. Actuación en segunda instancia.**

8.1. El recurso fue admitido el 7 de Marzo de 2003<sup>9</sup> y luego por auto de 28 de marzo del mismo año se ordenó correr traslado a las partes para alegar,<sup>10</sup> término dentro de cual la parte demandante alega de conclusión,<sup>11</sup> reiterando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, porque *“(…) independientemente de las bondades o no del cambio legislativo, lo cierto es que el texto es muy claro cuando asevera categóricamente que “una vez celebrado éste (el contrato) la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”. Es decir, que el acto previo no se ataca sino que su ilicitud sirve de apoyo para la petición de nulidad del contrato. Bajo ninguna circunstancia la norma indica o da a entender, así sea remotamente, que el acto previo debe demandarse si se cumple la condición, esto es, si se celebra el contrato (...)*”.

8.2. La parte demandada, alega extemporáneamente y el Ministerio Público rinde concepto, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que cuando el daño por el cual se reclama proviene de un acto administrativo presuntamente ilegal, éste debe ser demandado para que sea el juez contencioso

---

<sup>9</sup> Fl182, ib.

<sup>10</sup> Fl 184, ib.

<sup>11</sup> Fls 186 a 189, ib.



administrativo quien resuelva sobre su validez y en consecuencia, sobre las pretensiones restablecedoras e indemnizatorias<sup>12</sup>.

## **9.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 9.1. Competencia; 9.2. hechos probados; y 9.3 Caso concreto.

### **9.1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones se estimó en la suma de \$ 180.000.000.00 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda en acción contractual - 5 de marzo de 1999<sup>13</sup> – para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 18.850.000.00

### **9.2. Hechos probados**

Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al proceso, se acreditan los siguientes hechos, relevantes para la litis:

9.2.1. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad SESAC Ltda.; certificado de inscripción en el registro mercantil de los señores José Jairo Nieto García, Orlando Fajardo Castillo y Luís Gabriel Nieto García<sup>14</sup>.

Certificado de inscripción, clasificación y calificación en el Registro de proponentes de la referida sociedad y de las personas naturales relacionadas en el inciso precedente.<sup>15</sup>

9.2.2. Acuerdo de Unión Temporal, suscrito el 8 de octubre de 1998, entre la sociedad SESAC Ltda., y los señores José Jairo Nieto García, Orlando Fajardo

---

<sup>12</sup> Fls 194 a 211. C. 2ª instancia.

<sup>13</sup> FL 57. C. 1.

<sup>14</sup> Fls 1 a 5. C. 1

<sup>15</sup> Fls 6 a 41, ib.

Castillo y Luís Gabriel Nieto García, a fin de presentar oferta dentro de la licitación pública No IDU-LP-GLP-029-98, y para suscribir y ejecutar el respectivo contrato, en el evento de resultar favorecidos<sup>16</sup>.

9.2.3. Documentos contentivos de la evaluación de las propuestas, entre los que se destaca el cuadro No 3, en el cual se asigna 0.0 puntos a la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C.<sup>17</sup>.

9.2.4. Oficio fechado 23 de noviembre de 1998, suscrito por el representante legal de la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C., y dirigido al IDU, en donde se solicita corregir la evaluación de su oferta en lo concerniente a la puntuación asignada al Director de construcciones, por concepto de experiencia. <sup>18</sup>

9.2.5.- Documentos contentivo de las respuestas dadas por el IDU a las observaciones formuladas en el oficio relacionado en el numeral precedente; y a las constancias formuladas por los proponentes en la audiencia de adjudicación.

9.2.6. Resolución n° 0048 de 22 de enero de 1999, por medio de la cual se adjudica a la Unión Temporal Conalvías S.A., Jorge Paz y Cía Ltda., la licitación pública No IDU-LP-GLP-029-98, hasta por la suma de \$ 1.500.000.000.oo.<sup>19</sup>

9.2.7. Contrato No 017 de 28 de enero de 1999, suscrito entre el IDU y la Unión Temporal Conalvías S.A., Jorge Paz y Cía. Ltda., el cual tuvo como fundamento la adjudicación hecha a través de la resolución y la licitación pública relacionadas en el numeral que antecede<sup>20</sup>.

#### **9.4. El caso concreto**

Precisa la Sala que la demanda fue presentada por la sociedad Sesac Ltda, José Jairo Nieto García, Orlando Fajardo Castillo y Luís Gabriel Nieto García, quienes conformaban la Unión Temporal Diseños y Construcciones Vías D.C.

---

<sup>16</sup> Fls 1 a 5. C. pruebas 2.

<sup>17</sup> Fls 11 a 30 y 530 a 550, ib.

<sup>18</sup> Fls 31 a 35, ib.

<sup>19</sup> Fls 55 a 58 y 505 a 507. C. 2.

<sup>20</sup> Fls 59 a 66 y 662 a 669, ib.

Se trata, entonces, de sujetos de derecho que formularon una propuesta en forma conjunta, dentro de una licitación pública que culminó con la adjudicación del contrato a otro proponente, situación que faculta a cada uno de ellos para ejercer el derecho de acción encaminado a la declaratoria de un derecho subjetivo individual y concreto.

Como la demanda se presentó por las personas antes citadas, debe considerarse que estas actúan como personas independientes y el proceso debe resolverse con ellas, en el entendido de que formulan pretensiones formuladas como sujetos individualmente considerados., porque las personas que integran la unión temporal son titulares de derechos subjetivos sustanciales autónomos y del correspondiente derecho de acción que, de conformidad con lo explicado, pueden ejercitarlas individualmente, tal como ocurre en este caso”.<sup>21</sup>

Aplicando las reflexiones que anteceden, la Sala observa en el caso concreto:

El Legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones para ser impetradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

Una de esas acciones es aquella prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998<sup>22</sup>, denominada de las Controversias Contractuales, a cuyo tenor:

*“ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sentencia 5 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, expediente: 23087. MP. Olga Mélida Valle de De la Hoz

<sup>22</sup> “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas....”

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.***

*El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.*

*En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”*

En la actualidad es posible adelantar la acción de controversias contractuales tanto para los actos contractuales, esto es, los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación; al igual que para los actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, como, por ejemplo, el de la adjudicación del contrato.

Es decir, los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

En efecto, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos

antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, **pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos –como el de la adjudicación- solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales.**

De lo anterior se concluye que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales.

A renglón seguido hay que anotar, que el recurrente afirma que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, cuando dijo que, una vez que se celebra el contrato, sólo se puede pedir su nulidad absoluta y por ende queda cerrada la posibilidad de demandar el acto de adjudicación ya que éste *"solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato;"* porque según él la disposición en cita en parte alguna está exigiendo que para demandar *"la nulidad absoluta del contrato estatal por vicios en la adjudicación deba demandarse el acto administrativo que le sirve de sustento,"* porque " de hecho, la norma apenas transcrita no se refiere a la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, o de alguno de los actos previos, sino, se refiere simplemente a la invocación de la ilegalidad de los mismos, exigiendo eso sí, que se invoque dicha ilegalidad como fundamento de la nulidad absoluta (...), *sin que el acto previo que le sirve de fundamento, vale decir el de adjudicación, no requiere ser demandado, y en consecuencia sobra la pretensión de declaratoria de nulidad del mismo*".

En reciente jurisprudencia, esta Subsección, refiriéndose al tema materia de estudio, posición que cobra actualidad al momento de decidir, por ser aplicable en su integridad a este caso, la cual compartimos íntegramente, dijo lo siguiente:

*“Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser esto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.*

*2 Sin embargo este concreto punto ya ha sido abordado no sólo por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sino también por la Corte Constitucional cuando examinó la exequibilidad del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la modificación que le hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.*

*En efecto, la Sección Tercera precisó que si una vez celebrado el contrato se pretende obtener alguna reparación argumentando que el acto de adjudicación es ilegal y que esta actuación es la que ha causado el daño, se torna ineludible pedir no sólo la nulidad absoluta del contrato sino también la nulidad de ese acto administrativo porque de no impugnarse, se mantendrían incólumes su presunción de legalidad y las consecuencias que de ésta situación se derivan.*

*Así lo expresó:*

*"Si bien es cierto la acción que se invocó en la controversia que ocupa la atención de la Sala fue la de nulidad y restablecimiento del derecho y lo fue en tiempo (dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la audiencia en la cual se adjudicó el contrato),<sup>6</sup> también lo es que como el actor aspira igualmente a que se anule el contrato, bien pudo acumular estas dos pretensiones dentro de una controversia de nulidad contractual, para lo cual el plazo de caducidad habría sido de dos años.*

*Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del c.c.a, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que*

*continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras.*

*En este sentido ya la Sala en sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10.065 con ponencia de quien ahora lo es en el presente proceso expresó que*

*"(...)*

*De conformidad con el artículo 1746 del código civil, la sentencia que declara la nulidad del contrato sólo "da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo" y el demandante no es parte en el contrato celebrado en virtud de la adjudicación sino partícipe en el procedimiento de selección.*

*Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora.*

*La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.*

*Repárese como en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este.*

*Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el*

*restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio."*<sup>7</sup>

*La Corte Constitucional por su parte al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos:*

*"De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato."*<sup>8</sup>

*Pero ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión*

*"una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato", hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>9</sup> al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:*

*"Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como*



consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado. "10

(Las subrayas no corresponden al texto).

Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.

Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten."

En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los

*actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.*

*Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.*

*(...)*”.

*Pues bien, en términos generales las razones del Tribunal se ajustan a los precedentes que atrás se reseñaron y por consiguiente resulta acertada su decisión de negar el petitum puesto que, se insiste, cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en que los actos previos son ilegales, es ineludible pedir también la nulidad de estos”<sup>23</sup>.*

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada, sin condenar en costas a la parte actora, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que aquella hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” el 24 de octubre de 2002, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 15 de febrero de 2012, radicado: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente de Sala

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**