**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedencia**

Es procedente incoar la mencionada acción para actos contractuales, es decir, aquellos que se expiden por parte de la entidad pública contratante con ocasión de la ejecución del 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.

**ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO – Acción procedente**

Los actos separables y previos al contrato, como el acto de adjudicación del contrato, si bien pueden ser demandados por las acciones de nulidad y 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. Así, el artículo 32 de la ley 446 de 1998 al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que hace alusión a la acción de controversias contractuales, permite que los actos separables proferidos con anterioridad a 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 del contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, pero una vez celebrado, la ilegalidad de los actos previos únicamente podrán invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato 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 del 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., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00094-01(27379)**

**Actor: CONSORCIO HOLSAN WET**

**Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - C.A.R.**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se decidió:

*“****PRIMERO. DECLÁRASE*** *la nulidad parcial del artículo primero de la resolución No. 1876 de noviembre 5 de 1999 proferida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, en cuanto hace a la parte que se refiere a la adjudicación del GRUPO UNO, diseño y construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales del municipio de La Calera.*

***SEGUNDO.*** *En consecuencia condenase a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, a cancelar al Consorcio HOLSAN WT (CHW) la suma de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($171.187.197,00)*

***TERCERO.*** *Deniéganse las demás pretensiones.*

***CUARTO.*** *A la sentencia deberá darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A.*

***QUINTO.*** *En caso de no ser apelada la presente providencia, consúltese con el superior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 C.C.A.”*

1. **ANTECEDENTES**
2. **Las demandas**

Debe advertirse que la sentencia impugnada resolvió sobre los procesos acumulados identificados con los radicados números 2000-0094 y 2000-0100, pasando a individualizarse cada uno de ellos en la siguiente forma:

* 1. **Proceso 2000-0094**

El Consorcio Holsan – Wet (CHW), por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho señalada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda el día catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)[[1]](#footnote-1), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Que la propuesta presentada por el CONSORCIO HOLSAN – WET dentro de la Licitación Pública Internacional 02 de 1997 a que se refiere esta demanda, era la más favorable a la entidad contratante de acuerdo con los pliegos de condiciones.*

1. *Que de acuerdo a las reglas del pliego de condiciones y el principio de selección objetiva, la licitación mencionada, ha debido adjudicarse al citado consorcio.*
2. *Que se declare la nulidad de la adjudicación de la licitación que acaba de mencionarse, lo mismo que de los actos administrativos que la contienen, que son los siguientes:*
	1. *Resolución No. 1876 del 5 de noviembre de 1999 expedida por el Sr. Director General de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA* ***CAR****.*
	2. *Adjudicación realizada por el Sr. Director General de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA* ***CAR*** *en el curso de la audiencia de adjudicación celebrada el 5 de noviembre de 1999.*
3. *Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a pagar a mi poderdante, las sumas mencionadas en el capítulo de cuantía de la demanda.*
4. *Que se ordene la actualización monetaria y el pago de intereses a mi mandante, para impedir de un lado el envilecimiento del valor intrínseco de la condena y de otro que sufra un lucro cesante injustificado.*
5. *Que se condene a costas a la entidad demandada, en las cuales deben incluirse las agencias en derecho.”*
	* 1. **Hechos**

Los hechos que sirvieron de fundamento de las pretensiones, son en síntesis los siguientes:

1. Mediante la resolución 2132 de 1997, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, declaró abierto el proceso licitatorio No. 02 de 1997, cuyo objeto era contratar el diseño, construcción y puesta en marcha de las plantas de tratamiento de aguas residuales de los municipios de Cogua y La Calera, así como también las obras complementarias de alcantarillado.
2. En el proceso de licitación se presentaron catorce (14) oferentes, dentro de las cuales se encontraban el Consorcio Holsan Wet, Consorcio Aquavip, la Unión Temporal Hidrotec – DAO – Sigma, y la Unión Temporal Pavco – Global.
3. Concluido el proceso de evaluación de las propuestas, la entidad contratante expidió un cuadro evaluativo, en la que se ubicó al Consorcio Holsan – Wet en el tercer lugar entre los participantes, con 718 puntos, y a la Unión Temporal Hidrotec – DAO – Sigma, en primer lugar con un total de 795 puntos.
4. La anterior evaluación, a juicio del demandante, fue errada toda vez que se otorgaron 120 puntos en el ítem “Factores Técnicos”, cuando en realidad merecía el mayor puntaje equivalente a 200 puntos, teniendo en cuenta que el Consorcio Holsan Wet propuso entre los elegibles, el proyecto más económico en su operación, en su construcción inicial y la tecnología ofertada era la más avanzada y ventajosa.
5. El BID, luego de recibir las evaluaciones, solicitó que se le ampliara la información y que se tuviera en cuenta el factor precio para definir el orden de elegibilidad, ya que la adjudicación debería recaer en la oferta más ventajosa y evaluada como la más baja; por tal motivo, mediante resolución 1038 del 30 de julio de 1998, se suspendió el procedimiento de selección hasta tanto la entidad crediticia se pronunciara sobre el informe de evaluación y el orden de elegibilidad.
6. El día 20 de octubre de 1999, mediante la resolución 1767 se solicitó la ampliación de las pólizas de garantía de seriedad de las propuestas a los proponentes calificados en primero, segundo y cuarto lugar, omitiendo inexplicablemente solicitar la misma ampliación al consorcio demandante.
7. Luego de lo anterior, la entidad demandada presentó como orden de elegibilidad del Grupo I La Calera, en primer lugar a la Unión Temporal Hidrotec Ltda – DAO Ltda y en segundo lugar la propuesta presentada por el Consorcio Aquavip.
8. Con posterioridad a una serie de comunicaciones entre la Car y el BID, este último aceptó el siguiente orden de elegibilidad: en primer lugar Consorcio Aquavip y en segundo lugar la Unión Temporal Hidrotec – DAO, por lo que se adjudicó el contrato al proponente que ocupó el primer lugar, incurriendo en violaciones al pliego de condiciones.
	1. **Proceso 2000-0100**

El Consorcio Holsan – Wet (CHW), por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho señalada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda el día dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)[[2]](#footnote-2), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Que la propuesta presentada por el CONSORCIO HOLSAN – WET dentro de la Licitación Pública Internacional 02 de 1997 a que se refiere esta demanda, era la más favorable a la entidad contratante de acuerdo con los pliegos de condiciones.*

1. *Que de acuerdo a las reglas del pliego de condiciones y el principio de selección objetiva, la licitación mencionada, ha debido adjudicarse al citado consorcio.*
2. *Que se declare la nulidad de la adjudicación de la licitación que acaba de mencionarse, lo mismo que de los actos administrativos que la contienen, que son los siguientes:*
	1. *Resolución No. 1876 del 5 de noviembre de 1999 expedida por el Sr. Director General de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA* ***CAR****.*
	2. *Adjudicación realizada por el Sr. Director General de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA* ***CAR*** *en el curso de la audiencia de adjudicación celebrada el 5 de noviembre de 1999.*
3. *Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a pagar a mi poderdante, las sumas mencionadas en el capítulo de cuantía de la demanda.*
4. *Que se ordene la actualización monetaria y el pago de intereses a mi mandante, para impedir de un lado el envilecimiento del valor intrínseco de la condena y de otro que sufra un lucro cesante injustificado.*
5. *Que se condene a costas a la entidad demandada, en las cuales deben incluirse las agencias en derecho.”*
	* 1. **Hechos**

Los hechos que sirvieron de fundamento de las pretensiones, son en síntesis los siguientes:

1. Mediante la resolución 2132 de 1997, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, declaró abierto el proceso licitatorio No. 02 de 1997, cuyo objeto era contratar el diseño, construcción y puesta en marcha de las plantas de tratamiento de aguas residuales de los municipios de Cogua y La Calera, así como también las obras complementarias de alcantarillado.
2. En el proceso de licitación se presentaron catorce (14) oferentes, dentro de las cuales se encontraban el Consorcio Holsan Wet y el Consorcio Aquavip.
3. Concluido el proceso de evaluación de las propuestas presentadas para las plantas de Cogua y de La Calera, la entidad contratante expidió un cuadro evaluativo, presentándose notables diferencias entre las puntuaciones otorgadas para los dos proyectos.
4. El consorcio demandante presentó para los dos grupos, la misma propuesta, salvo las particularidades de cada proyecto, debido a que los pliegos de condiciones establecieron reglas comunes de evaluación para ambos grupos; por lo anterior si en los grupos se hubiere evaluado con los mismos criterios, los puntajes otorgados para cada uno de los proponentes hubiesen sido iguales o al menos semejantes
5. Los puntajes otorgados en los diferentes grupos, fueron notablemente diferentes sin explicación razonable alguna.
6. La anterior evaluación, a juicio del demandante, fue errada toda vez que se otorgaron 120 puntos en el ítem “Factores Técnicos”, cuando en realidad merecía el mayor puntaje equivalente a 200 puntos, teniendo en cuenta que el Consorcio Holsan Wet propuso entre los elegibles, el proyecto más económico en su operación en su construcción inicial y la tecnología ofertada era la más avanzada y ventajosa.
7. El BID, luego de recibir las evaluaciones, solicitó que se le ampliara la información y que se tuviera en cuenta el factor precio para definir el orden de elegibilidad, ya que la adjudicación debería recaer en la oferta más ventajosa y evaluada como la más baja; por tal motivo, mediante resolución 1038 del 30 de julio de 1998, se suspendió el procedimiento de selección hasta tanto la entidad crediticia se pronunciara sobre el informe de evaluación y el orden de elegibilidad.
8. El día 20 de octubre de 1999, mediante la resolución 1767 se solicitó la ampliación de las pólizas de garantía de seriedad de las propuestas a los proponentes calificados en primero, segundo y cuarto lugar, omitiendo inexplicablemente solicitar la misma ampliación al consorcio demandante.
9. Luego de lo anterior, la entidad demandada presentó como orden de elegibilidad en primer lugar en el Grupo II Cogua al Consorcio Aquavip y en segundo lugar la Unión Temporal Hidrotec Ltda – DAO Ltda.
10. El BID aceptó el mencionado orden de elegibilidad y la entidad contratante adjudicó el contrato al Consorcio Aquavip, incurriendo en violaciones al pliego de condiciones.

**2. Actuación procesal**

**2.1. Proceso 2000-0094**

La demanda fue admitida mediante auto del veintisiete (27) de enero de dos mil (2000), y se dispuso notificar personalmente al Director de la Corporación Autónoma Regional – CAR y al Ministerio Público y se ordenó fijar en lista por el término de diez (10) días.

La Corporación Autónoma Regional – CAR, no contestó la demanda.

Por auto del veinticinco (25) de julio de dos mil (2000)[[3]](#footnote-3), se abrió a pruebas el presente proceso.

El cinco (5) de diciembre de dos mil (2000)[[4]](#footnote-4), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto por el término legal, contra el cual se interpuso recurso de reposición y fue revocado mediante auto del veintiocho (28) de agosto de dos mil uno (2001)[[5]](#footnote-5).

El veinticuatro (24) de abril de dos mil uno (2001)[[6]](#footnote-6), se dispuso decretar la acumulación del proceso 20000100 al proceso 20000094.

Por proveído del veintitrés (23) de abril de dos mil dos (2002)[[7]](#footnote-7), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto por el término común de diez (10) días.

El apoderado judicial de la parte demandante[[8]](#footnote-8), consideró que quedó claramente establecido que en el proceso licitatorio se adjudicó el contrato con base en criterios completamente ajenos a los contenidos en el pliego de condiciones, por lo tanto hubo violación al deber de selección objetiva que le asistía a la entidad contratante, en vista que se descalificó al consorcio demandante con unos criterios sobrevinientes y nuevos que no se encontraban contenidos en el pliego de condiciones.

El apoderado judicial de la sociedad Ilam Ltda., presentó alegatos de conclusión de manera extemporánea.

**2.2. Proceso 2000-0100**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el trece (13) de septiembre de dos mil (2000)[[9]](#footnote-9), admitió la demanda de la referencia y se dispuso notificar personalmente al Director de la Corporación Autónoma Regional – CAR, al Ministerio Público y como litisconsortes necesarios a Aquavip Ltda e Ilam Vic Ingenieros Civiles y se ordenó fijar en lista por el término de diez (10) días.

La entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de ausencia de legitimidad sustancial de la declaración de nulidad, procedimiento ajustado a preaprobación del BID, ausencia demostrativa del restablecimiento pretendido y pleito pendiente.

La sociedad Ilam Ltda., integrante del Consorcio Aquavip, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa y legalidad del acto e improcedencia de la indemnización[[10]](#footnote-10).

**3. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003)[[11]](#footnote-11), accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Consideró el *a quo*, que la oferta más favorable a la entidad es aquella que resulta de la aplicación estricta de los criterios de evaluación establecidos en los términos de referencia, por lo que el acto de adjudicación reflejará la declaración de la mejor propuesta y aquella más conveniente para la Administración.

En el presente asunto, por tratarse de una licitación de carácter internacional, en la cual se encontraban comprometidos intereses y dineros del BID, se estipuló en el pliego de condiciones que la oferta favorecida con la adjudicación sería aquella evaluada como la más baja, es decir, la más económica.

Expuso que contrario a lo sostenido por el demandante, la propuesta del consorcio no fue rechazada sino que fue evaluada durante todas las etapas del proceso hasta el punto de haber obtenido un tercer lugar en el orden de elegibilidad.

Sobre el hecho de que la propuesta del consorcio demandante no enviara el cuadro denominado “parámetros utilizados por los proponentes”, fue tomado por la Administración como una falta de profundización en el conocimiento de cada municipio, y no podría inferirse algo distinto, cuando al momento de presentar la propuesta para el municipio de Cogua, la parte actora presentó documentos que contenían diagnóstico de la situación actual, pronóstico de las necesidades de tratamiento y la formulación de alternativas del municipio de La Calera.

Seguidamente, para el Tribunal el dictamen pericial realizó una nueva valoración de las reglas establecidas en el proceso de licitación, en el cual se realizó un estudio de conveniencia, en donde determinaron que la mejor oferta para el grupo II La Calera, era la presentada por el consorcio demandante, toda vez que era la más económica, al presentar un valor de $66.82 pesos por metro cúbico de agua tratado, mientras que Aquavip lo fijó en $181.75 pesos, por lo que de la simple ponderación debió ser suficiente para asignarle al Consorcio Holsan Wet la máxima calificación de 200 puntos.

Adicional a lo anterior, la propuesta del demandante ofrecía una tecnología más eficiente para tratar las aguas residuales del municipio a través del sistema de lodos activados con flujo pistón, por lo que dicho sistema trae ventajas respecto de la tecnología a utilizar.

**4. El recurso de apelación**

El apoderado judicial de la parte demandante y la sociedad Ilam Ltda., interpusieron recurso de apelación contra la anterior decisión.[[12]](#footnote-12)

Igualmente la parte demandada, interpuso recurso de alzada en donde adujo que el Tribunal pasó por alto el régimen jurídico aplicable a la licitación pública internacional 02 de 1997, en vista de que el aplicable era el definido por el reglamento pertinente del Banco Interamericano de Desarrollo, en armonía con los términos de referencia de la entidad contratante y no de forma integral la ley 80 de 1993.

*“Bien es sabido el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa, en particular tratándose como en el presente de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en desarrollo de las cuales, el ejercicio del fallador consiste en la identificación de las causas de nulidad propuestas por el accionante y confrontación con la prueba recaudada. Tratándose de la invocación de violación directa de norma de carácter legal o reglamentaria a la que debió estar sujeta la administración pública, la confrontación que se efectúe, esta (sic) referida precisamente a las normas listadas por el demandante, no habiendo lugar a efectuar la declaración de nulidad, cuando quiera que la invocación normativa refiere a disposiciones a las cuales no debió estar sujeto el acto que es objeto de la demanda.”*

A su juicio, no es cierto que se hayan establecido parámetros de comparación de propuestas inexistentes en el pliego, sino que, por exigencia de la solicitud de ampliación de información efectuada por el Banco Interamericano de Desarrollo (para la cual estaba facultado), se hizo indispensable elaborar el cuadro informativo denominado parámetros utilizados por los proponentes.

El recurso de apelación fue concedido mediante auto del veintiuno (21) de abril de dos mil cuatro (2004)[[13]](#footnote-13).

**5. Trámite en segunda instancia**

El nueve (9) de julio de dos mil cuatro (2004)[[14]](#footnote-14), se corrió traslado a los recurrentes por el término de tres (3) días para sustentar el recurso de alzada.

El apoderado de la parte demandante manifestó que la inconformidad con la sentencia recurrida radica en la negativa del Tribunal de condenar en costas a la entidad demandada.

La sociedad Ilam Ltda., expuso en primer término que el consorcio demandante interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos de adjudicación habiéndose suscrito el contrato de obra entre la CAR y el Consorcio Aquavip.

*“En efecto, y teniendo en cuenta los documentos aportados al proceso, vemos que los contratos de obra No. 296 y 295, se suscribieron el día* ***12 de noviembre de 1999*** *y la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho se presentó ante el Tribunal de Cundinamarca el día* ***16 de diciembre de 1999****, situación que en los términos del Art. 89 Modificado (sic) Ley(sic) 446 de 1998 – Art. 32, obliga a presentar Acción Contractual teniendo como pretensión principal la Nulidad (sic) de los contratos celebrados, con fundamento en la ilegalidad de los actos de adjudicación.*

*No obstante lo anterior, la parte demandante únicamente solicitó la nulidad de la “adjudicación de la licitación” dejando de lado el debate frente a la validez del contrato, el cual, conforme al contenido de la sentencia atacada, es plenamente válido y no adolece de ninguna clase de causal de nulidad.*

*Frente a este caso, la ley es muy clara al establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato serán demandables* ***ÚNICAMENTE*** *a través de la acción de Nulidad (sic) y Nulidad (sic) y Restablecimiento (sic) del Derecho (sic), según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.*

*De la misma forma se establece que celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos* ***solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato****, pretensión que no se alegó con la demanda del demandante.”*

Mediante proveído del veintidós (22) de octubre de dos mil cuatro (2004), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, demandada y el litisconsorte Ilam Ltda., y el cuatro (4) de marzo de dos mil cinco (2005)[[15]](#footnote-15), se dispuso correr traslado por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión.

1. **Alegatos de conclusión en segunda instancia**

El apoderado judicial de la Corporación Autónoma Regional – CAR[[16]](#footnote-16), adujo que la parte demandante utilizó de manera inapropiada la acción contractual, toda vez que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determinó la procedencia de dos acciones tratándose de la impugnación de actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, los cuales serán demandables en primer término mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando el contrato no se haya celebrado, y en caso contrario a través de la acción contractual fundamentándose la pretensión en la declaración de nulidad absoluta del contrato.

Resaltó que el contrato fue celebrado el 12 de noviembre de 1999 y presentada la demanda el 16 de diciembre de 1999, imponía la utilización de la acción contractual para demandar la nulidad del acto de adjudicación y forzosamente debió solicitar la nulidad de los contratos celebrados con fundamento en la presunta ilegalidad de los actos de adjudicación.

El apoderado del Consorcio Aquavip y la parte demandante, reiteraron lo expuesto en el recurso de apelación.

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, mediante concepto del veinticinco (25) de abril de dos mil cinco (2005)[[17]](#footnote-17), solicitó respetuosamente la revocatoria de la sentencia impugnada y en su lugar se inhiba de resolver el fondo del asunto, por presentarse la ineptitud sustantiva de la demanda, en vista de que la parte demandante omitió incluir como pretensión principal la nulidad absoluta del contrato.

1. **CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección a pronunciarse sobre el asunto de la referencia, para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia; 2) acervo probatorio; 3) análisis del caso concreto y 4) condena en costas.

1. **Competencia**

La Subsección es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandante, la parte demandada y la sociedad Ilam Ltda., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo , modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado, contra la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de doble instancia[[18]](#footnote-18).

1. **Acervo probatorio**

Del material probatorio allegado al presente proceso se destaca:

* Contrato de obra No. 296 del doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)[[19]](#footnote-19), suscrito por el Director General de la CAR y el representante legal del Consorcio Aquavip:

*“****CONSIDERACIONES: PRIMERA:*** *Que en desarrollo del Programa de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Alta del Río Bogotá, para el cual está prevista la financiación parcial por parte del Banco Interamericano de Desarrollo B.I.D., según contratos de préstamos Nos. 616/OC-OC y 852/SF-CO, la CORPORACIÓN contrata el diseño, construcción y puesta en marcha de la planta de tratamiento de aguas residuales del área urbana y obras complementarias de alcantarillado de los municipios de Cogua y La Calera, departamento de Cundinamarca.* ***SEGUNDA:*** *Que mediante Resolución (sic) No. 2132 del 9 de diciembre de 1997, se ordenó la apertura de la licitación pública internacional No. 02 de 1997, con el objeto antes mencionado, a partir del 21 de enero de 1998. (…)* ***CLÁUSULAS: PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.*** *El objeto del presente contrato es el diseño, construcción y puesta en marcha de la planta de tratamiento de aguas residuales del área urbana y obras complementarias de alcantarillado del municipio de La Calera. (…)”*

* Contrato de obra No. 295 del doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)[[20]](#footnote-20), suscrito por el Director General de la CAR y el representante legal del Consorcio Aquavip:

*“****OBJETO DEL CONTRATO.*** *El objeto del presente contrato es el diseño, construcción y puesta en marcha de la planta de tratamiento de aguas residuales del área urbana y obras complementarias de alcantarillado del municipio de Cogua. (…)”*

* Acta de la audiencia pública de adjudicación de la licitación pública internacional 02 de 1997, del día cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).[[21]](#footnote-21)
* Resolución 1876 de 1999, por medio de la cual se ratificó la adjudicación de la licitación pública internacional 02 de 1997[[22]](#footnote-22).
* Resolución 2132 de 1997, por la cual se ordenó la apertura de la licitación pública internacional No. 02 de 1997.[[23]](#footnote-23)
* Propuesta presentada por el Consorcio Holsan Wet.[[24]](#footnote-24)
1. **Caso concreto**

Existe una relevancia singular de los presupuestos procesales que se proyecta en la estructuración regular o normal del proceso, la relación jurídica derivada de éste y las condiciones necesarias del fallo de fondo.

Se trata de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial.

*“No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer al proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93).”[[25]](#footnote-25)*

La omisión o deficiencia de los presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o inhibirse a fallar de fondo las pretensiones de la demanda, por lo que en este último caso, no exime al juzgador del deber de proferir una providencia indicativa de las razones por las cuales no define el mérito de la controversia.[[26]](#footnote-26)

Conforme con lo anterior, es menester mencionar que la ineptitud sustantiva de la demanda es aquella situación procesal caracterizada, fundamentalmente, por la no existencia en el proceso de la adecuada e idónea forma de la relación procesal, que imposibilita entrar al conocimiento del fondo de la cuestión debatida.

Por otra parte, 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, conocida como acción de controversias contractuales, la cual prescribe:

*“Artículo 87.* ***De las controversias contractuales****. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

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

Por lo anterior, es procedente incoar la mencionada acción para actos contractuales, es decir, *aquellos que se expiden por parte de la entidad pública contratante con ocasión de la ejecución del contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación”[[27]](#footnote-27)*, 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.”[[28]](#footnote-28)*

Es decir, los actos separables y previos al contrato, como el acto de adjudicación del contrato, si bien pueden ser demandados por las acciones de nulidad y 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.

Así, el artículo 32 de la ley 446 de 1998 al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que hace alusión a la acción de controversias contractuales, permite que los actos separables proferidos con anterioridad a 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 del contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, pero una vez celebrado, la ilegalidad de los actos previos únicamente podrán invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato 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 del 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.

Sobre dicho aspecto, esta Subsección ha señalado:

*“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 ésto 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), 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.”*

*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.”*

*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 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.” (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.”[[29]](#footnote-29)*

En el presente asunto, el Consorcio Holsan Wet mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como se observa en la demanda, pretende la declaratoria de nulidad de la resolución 1876 del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), y a título de restablecimiento el pago de las sumas mencionadas en el acápite de “cuantía” del libelo introductorio, no obstante tal pretensión, obra en el plenario los contratos de obra números 295 del doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) y 296 de la misma fecha, cuyo objeto como se transcribió *ad supra* era el diseño, construcción y puesta en marcha de la planta de tratamiento de aguas residuales del área urbana y obras complementarias de alcantarillado de los municipios de Cogua y La Calera, por tal motivo al encontrarse celebrados los mencionados actos jurídicos la parte demandante debió proceder a incoar la acción de controversias contractuales y establecer como pretensión principal la nulidad absoluta de los contratos 295 y 296, como no sucedió se procederá a declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

1. **Condena en costas**

Como quiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**Revocar** la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil tres (2003), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. Y en consecuencia se dispone:

*“****PRIMERO. Declarar*** *probada de la excepción de inepta demanda.*

***SEGUNDO.*** *Sin condena en costas.*

***TERCERO.*** *En firme esta providencia,* ***envíese*** *el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.”*

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

1. Folios 1 a 15 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 5 a 19 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 35 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 46 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 107 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 100 y 101 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 111 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 112 a 114 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 26 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 73 a 77 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 148 a 162 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 164 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 208 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 214 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 229 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 231 a 246 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 251 a 264 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. La pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda asciende a $245.644.922.21. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 1077 a 1081 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 1071 a 1075 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 1005 a 1017 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 1018 a 1021 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 005 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cuadernos 6, 7, 8 y 9. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del quince (15) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación: 68001310300620020019601. Magistrado Ponente: William Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 21 de julio de 1954, LXXVIII, 2144, 104, 19 de agosto de 1954, 348, 21 de febrero de 1966. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación: 05001233100020110151101 (44125). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del ocho (08) de mayo dos mil trece (2013). Radicación: 250002326000199900747-01(24218). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del quince (15) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 66001233100019990055101(19880). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-29)