

ACTO DE ADJUDICACION DE CONTRATO - Acción idónea para demandar la nulidad / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acción idónea / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Titular de la acción. Legitimación / ENJUICIAMIENTO DE ACTOS DE LA ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL - Evolución de la jurisprudencia / ACCION IDONEA PARA DEMANDAR LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Precisión de la jurisprudencia. Acción de nulidad simple no es la acción idónea

La Sala se plantea este tema por virtud de que en las dos demandas que dieron lugar a la acumulación de los procesos que ahora se deciden mediante sentencia de segunda instancia, se dijo intentar la acción de nulidad contra un acto de adjudicación de un contrato. Tales demandas fueron presentadas el 6 y el 27 de noviembre de 1998, esto es en vigencia de la Ley 446 de 1998 que entre otras reformas al artículo 87 del C. C. A., le agregó el inciso segundo en punto del enjuiciamiento de los actos propios de la actividad precontractual, normativa en relación con la cual esta Corporación no ha adoptado una decisión cuya ratio haya sido la determinación de la acción idónea para enjuiciar el acto de adjudicación. (...) Sobre el alcance de esta disposición, la Sala en decisiones anteriores concluyó que el acto de adjudicación puede discutirse a través del contencioso de simple legalidad, con el único propósito de defender la regularidad de la actuación administrativa. (...) La Sala destaca que lo esbozado en esa oportunidad es un obiter dictum, habida consideración de que tema tratado relacionado con el tipo de acción procedente fue diferente: la acción intentada no era de nulidad simple y las pretensiones esgrimidas por el entonces demandante, en consecuencia, no perseguían solamente la defensa de la legalidad. (...) Más recientemente la Sala al estudiar una acción de nulidad interpuesta contra unas resoluciones que ordenaban la suspensión del plazo de una licitación y la prórroga en dos ocasiones de la misma, consideró que la acción de nulidad simple respecto de actos de naturaleza precontractual debe leerse de manera concordante con las reglas generales sobre esta acción, contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. A partir de ello encontró que: (i) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de un acto precontractual siempre que esta sea definitivo o impida continuar con el proceso de selección; (ii) a través del ejercicio de la acción de nulidad simple; (iii) siempre que se trate de actos administrativos; (iv) que infrinjan normas superiores, o que sean expedidos de manera irregular, o por organismos o funcionarios incompetentes, o con violación al debido proceso, con falsa motivación, o con desviación de poder; y (v) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Este último pronunciamiento da a entender que el acto de adjudicación es pasible de ser enjuiciado en sede del contencioso objetivo de anulación. Sin embargo, nuevamente se advierte que esta conclusión no se constituye en la ratio del problema jurídico que debía decidirse: si los actos de trámite demandados eran o no susceptibles de ser enjuiciados de manera autónoma. No sobra destacar que el fallo fue finalmente inhibitorio. Conviene anotar que la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES las expresiones “Una vez celebrado éste” y “solamente”, contenidas en el segundo inciso del artículo 87 del Decreto 01 de 1984 (Código contencioso Administrativo), modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Y al hacerlo hizo un detallado recorrido sobre el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo mismo que de la legislación nacional, en punto de los “actos separables”. Reflexiones que no sólo no constituyen la ratio decidendi de la decisión de constitucionalidad, sino que además no abordan directamente el asunto que hoy se decide, ni formulan un criterio de esa Corporación sobre esta materia.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 INCISO 2

NOTA DE RELATORIA: En relación con los antecedentes jurisprudenciales acerca de la acción idónea para demandar el acto de adjudicación de un contrato, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de septiembre 19 de 2007, exp. 26649, Actor: Carolina Arango Uribe, Demandado: Instituto Nacional de Concesiones, M.P. Enrique Gil Botero. Así mismo, consultar las sentencias de la Corte Constitucional, C-1048 de 2001 y C-712 de 2005.

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO - Reglas procesales / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - No es violatorio del derecho a la igualdad / POTESTAD DEL JUEZ - Rectificación de jurisprudencia

De cuanto antecede se concluye que más que modificar el criterio antes referido, se hace necesario precisar con claridad las reglas procesales a que está sometido el enjuiciamiento en sede jurisdiccional, del acto de adjudicación. Con todo y aún admitiendo -en gracia de discusión- que se trata de un genuino “cambio de jurisprudencia” las reflexiones que a continuación se harán son legítimas desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación de la ley, pues, como se advirtió en oportunidad precedente, la adopción de un nuevo criterio, que se juzga más ajustado al contenido de la norma, es connatural al ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto que es propio de ella poder rectificar su precedente en la interpretación de las normas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la potestad del juez para rectificar el precedente, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de julio 14 de 2004, exp. 14.318 (R-0617).

ACTOS PRECONTRACTUALES - Enjuiciamiento en vigencia de la Ley 80 de 1993 / ACTO DE ADJUDICACION DE CONTRATO - Acción idónea para su enjuiciamiento en vigencia de la ley 80 de 1993

Cabe destacar que conforme al parágrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, de los actos que se producían antes de la celebración del contrato, solo el acto de adjudicación podía discutirse bajo la égida del contencioso subjetivo de anulación, en tanto para los demás actos producidos con ocasión de la actividad contractual, se reservó la acción contractual. (...) Redacción que por su forma excluyente en materia de acciones, daba lugar a entender que los actos que se producían con ocasión de la actividad precontractual, excepto el de adjudicación, no eran susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de manera autónoma, dado que la única acción que se estableció en esa norma para su impugnación, fue la relativa a controversias contractuales en los términos consagrados en el C.C.A., cuya norma vigente para la época en que empezó a regir la Ley 80, establecía esta acción sólo para las partes del contrato, lo cual suponía, de un lado que para su ejercicio se necesitaba la existencia del contrato; y de otro, que los proponentes carecían de legitimación para demandar en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, puesto que la regla general de legitimación para intentar la acción contractual, la radicaba sólo en las partes del contrato y por excepción en el Ministerio Público y el tercero con interés directo, siempre que la pretensión sea de nulidad absoluta del contrato. Frente a esa normativa, decisiones como la declaratoria de desierta de la licitación, a pesar de su capacidad de afectar derechos subjetivos, no tenían consagrada en el ordenamiento positivo una acción para su enjuiciamiento, dado que la norma partía de que el único acto que disponía de una acción diferente a la contractual para su revisión de legalidad ante

la jurisdicción, era el de adjudicación, para el cual previó, como ya se anotó, la de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello por cuanto la norma dispuso que los actos que se produjeran con ocasión de la actividad contractual solo serían susceptibles del recurso de reposición y de la acción relativa a controversias contractuales, en los términos establecidos en el código contencioso administrativo. Pero, a renglón seguido y en relación con el acto de adjudicación, dándole un tratamiento totalmente distinto que aquel que estableció para los demás actos producidos con ocasión de la actividad contractual, en forma expresa consagró de un lado, que no tendrá recursos por la vía gubernativa y del otro, que podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo, regulación que se justifica en el contenido particular del acto que puede comportar, para un sujeto determinado, la vulneración de un derecho amparado en una norma, concretamente para los licitantes vencidos, o para aquellos que se vieron inhibidos a participar en el proceso de selección, por cuenta de la actuación irregular de la entidad contratante, o para la misma administración.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 PARAGRAFO 1

ACTOS PRECONTRACTUALES - Enjuiciamiento en vigencia de la ley 446 de 1998 / ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO - Noción. Concepto / ACTOS PRECONTRACTUALES - Control judicial en vigencia de la ley 446 de 1998 / ENJUICIAMIENTO DE ACTOS PRECONTRACTUALES - La escogencia de la acción depende de la naturaleza del acto

Para dar una solución legislativa a la situación que se presentaba, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2 al artículo 87 del C.C.A, en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente “actos separables” (les actes détachables) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión “según el caso”, con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas. (...) No es propio del diseño que dio el legislador a los medios de control de la actividad de la administración, bajo la denominación de acciones, que dos o más de ellas sean procedentes para enjuiciar una misma actuación. Al contrario, al enjuiciamiento de cada actuación corresponde una acción. (...) La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección, sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 de la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato. En otras palabras el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 en tanto introdujo un segundo inciso al artículo 87 del C.C.A., no autoriza el simple ataque de la legalidad, frente a todos los actos que se expiden por la administración en la etapa previa a la celebración del contrato, será la naturaleza del acto a enjuiciar, esto es su carácter principal o definitivo y la

ausencia de efectos vulnerantes frente a un sujeto concreto de un derecho amparado en una norma, lo que determinará la procedencia del contencioso objetivo de anulación. Contrario sensu, cuando el acto precontractual, además de su carácter de definitivo acusa la vulneración a una persona determinada, de un derecho amparado en una norma, el caso determinará el contencioso subjetivo como el medio de control judicial idóneo para enjuiciar su legalidad y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 INCISO 2

ACTO DE ADJUDICACION - Concepto. Noción. Definición. Alcance. Efectos / ACTO DE ADJUDICACION - Naturaleza jurídica / ACTO DE ADJUDICACION - Efectos / ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO ESTATAL - Puede ser impugnado por quienes hayan intervenido en el proceso de licitación y por el Ministerio Público

Así, el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y -desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes. Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades. De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama “fase integrativa”, con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: “Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”. Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico. En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Acerca de los efectos de la adjudicación, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de enero 16 de 1975, exp. 1503, M.P. Gabriel Rojas Arbeláez.

ACTO DE ADJUDICACION - Sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Legitimación / ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO ESTATAL - La acción procedente es nulidad y restablecimiento del derecho

El acto de adjudicación, conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE NULIDAD SIMPLE PARA ENJUICIAR EL ACTO DE ADJUDICACION - Precisión jurisprudencial / ACTO DE ADJUDICACION - Acción idónea para enjuiciar el acto. Acción pública de nulidad es improcedente / ACTO DE ADJUDICACION - Legitimación para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Interés directo y legítimo

Tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquél, son susceptibles de ser enjuiciados sólo por quien tiene un interés directo en uno y otro, generalmente, por el proponente vencido, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales que el legislador ha reconocido al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato. En otros términos, no resulta sensato y -por el contrario- carece de sentido afirmar que mientras en una norma de la Ley 446 se proscribió la amplitud de la titularidad de la acción de controversias contractuales tendiente a buscar la nulidad absoluta de los contratos estatales, en otra norma de esa misma ley se hubiera ampliado la titularidad para demandar el acto de adjudicación, por vía de la acción de nulidad que puede ser ejercida por cualquier persona, todo ello en perjuicio de la certeza y seguridad jurídica que deben mediar en estos eventos, particularmente en relación con el acto de adjudicación, en el que -como anota Escobar Gil- “se encuentra el núcleo fundamental del contrato” abriendo de esta suerte la posibilidad de que la acción sea empleada con intereses y fines ajenos a los propios de una relación comercial en ciernes. Con fundamento en las consideraciones precedentes se impone aceptar que la interpretación que en oportunidad precedente había hecho la Sala, en el sentido de que el acto de adjudicación del contrato es susceptible de ser demandado por cualquier persona interesada solamente en el restablecimiento de la legalidad, ampliaba sin soporte normativo la procedencia del contencioso objetivo de anulación a este evento, para en cambio precisar que el enjuiciamiento del citado acto solo procede, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a través del contencioso subjetivo de anulación. En otros términos, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, sea posible, a través de la acción contractual dirigida a buscar la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos que dieron origen a su celebración, pretender también la nulidad del acto de adjudicación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77

**LEGITIMACION EN LA CAUSA - Noción. Definición. Concepto /
LEGITIMACION EN LA CAUSA - Naturaleza jurídica**

La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones, o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. De manera que, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista.

**ENJUICIAMIENTO DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO
ESTATAL - Legitimación en la causa por activa / ACTO DE ADJUDICACION
DE UN CONTRATO ESTATAL - Puede ser impugnado por quienes hayan
intervenido en el proceso de licitación y por el Ministerio Público**

Como ya se precisó si lo que se impugna es el acto de adjudicación, el legitimado en causa por activa en estos casos será únicamente aquel que pretenda acreditar que el acto acusado lesiona sus derechos. Están legitimados en causa por activa entonces: (i) los terceros que resulten afectados, calidad evidente en los intervinientes en el proceso licitatorio quienes ostentan claramente un interés directo en que se declare la nulidad del acto de adjudicación; (ii) la entidad contratante, quien por regla general no está habilitada para revocar directamente el acto de adjudicación y (iii) igualmente lo está el Ministerio Público como pasa a explicarse.

**PARTICIPACION DEL MINISTERIO PUBLICO - Modalidades / MODALIDADES
DE PARTICIPACION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS PROCESOS
CONTENCIOSOS - Demandante o representante de la sociedad y del estado /
DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Deber del Ministerio Público**

La participación del Ministerio Público en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reviste dos modalidades: o bien lo hace como demandante y en este evento sin lugar a dudas es una parte procesal, o bien interviene en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales en uso de su “facultad-deber” de intervención en los procesos, como representante de la Sociedad y del Estado, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de los derechos y garantías de las personas (art. 277 numeral 7 C.N.), en cuyo caso se trata de un sujeto procesal especial que no reviste el carácter de parte strictu sensu. Si bien en tratándose de su intervención como parte ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 127 del C.C.A., modificado por el artículo 35 de la Ley 446, la asigna al Ministerio Público la atribución de solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos, esto es, lo dota de titularidad del contencioso de anulación (...) La redacción de la norma transcrita que solo se refiere al ejercicio de la acción de nulidad, no es óbice para entender su titularidad también en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que la protección del patrimonio público comporta el ejercicio de esta clase de acciones y la defensa del patrimonio público es una función que le ha sido asignada tanto por la norma transcrita, como por la propia Carta Política. En efecto, el artículo 277

superior dispone que al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes le corresponde “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (...)”. Bajo este entendido, en el caso concreto, no hay lugar a discusión sobre la legitimación en la causa por activa del señor Personero Municipal de Cúcuta, habida cuenta que dentro de sus atribuciones constitucionales y legales está la defensa del patrimonio público y la impugnación de los actos administrativos que se estimen ilegales. De lo anterior se colige que el Ministerio Público (a través de la Personería de Cúcuta) ostenta la titularidad para formular pretensiones anulatorias y resarcitorias (en este caso en beneficio del erario) por cuanto si bien no es sujeto de la relación jurídica sustancial, es evidente que el ordenamiento jurídico lo ha llamado a la protección de intereses superiores: la legalidad y el patrimonio público. Y aunque en el sub lite, el Personero presentó una demanda de nulidad simple, la interpretación de la misma pone en evidencia que la finalidad buscada no era tan sólo asegurar la regularidad de la actuación administrativa, sino que además (dados sus cometidos constitucionales y legales) lo movía la protección del patrimonio público municipal, que deviene consecuencial y automáticamente de la anulación del acto de adjudicación, en tanto a título de restablecimiento, automáticamente, el ente municipal queda relevado de celebrar el contrato al que eventualmente se ha llegado a través de un trámite irregular.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 277 NUMERAL 7 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 127 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 35

NOTA DE RELATORIA: Sobre la participación del Ministerio Público, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-479 de 1995 y C-568 de 1997.

PODER DEL JUEZ - Adecuación de la acción / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Adecuación a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Por virtud de los poderes que el Juez tiene en relación con la dirección del proceso y dado que la demanda se presentó en el término que para la demanda en nulidad y restablecimiento del derecho establece el ordenamiento como adelante se analizará, la Sala entiende la acción ejercida como la de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto la eventual prosperidad de la pretensión de anulación expresamente formulada, trae como consecuencia, de manera automática, el restablecimiento del derecho para el municipio de Cúcuta, en tanto, desaparecería la obligación que recae sobre el mismo de celebrar el contrato adjudicado, lo cual comporta una serie de efectos que podrían conllevar afectación del patrimonio de ese Municipio.

ENJUICIAMIENTO DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO ESTATAL - Legitimación en la causa por activa / ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO ESTATAL - Puede ser impugnado por quienes hayan intervenido en el proceso de licitación y por el Ministerio Público / EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - Cámara de Comercio no estaba legitimada en causa por activa para impugnar el acto de adjudicación del contrato / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Adecuación a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control que se estableció en el artículo 77 de la Ley 80 y cuya estructura está contenida en el artículo 85 del C.C.A. no está diseñado para

enjuiciar sólo la legalidad del acto de adjudicación, sino que se reservó a quienes tuvieran interés directo, esto es a quienes participaron en el proceso licitatorio y vieron frustradas sus expectativas con el acto de adjudicación. Una interpretación en sentido diverso conduciría a la incertidumbre respecto de la celebración del contrato, todo lo contrario de que lo que se propuso la Ley 446. (...) Una conclusión se impone: la Cámara de Comercio de Cúcuta carece de interés jurídico sustancial para impugnar, toda vez que no presentó propuesta alguna en el proceso. Lo que da tanto como afirmar que aquella no tiene vocación para demandar el acto de adjudicación enjuiciado a fin de que la Jurisdicción Contencioso Administrativa resuelva las pretensiones anulatorias formuladas. La Cámara de Comercio de Cúcuta no se encuentra, pues, legitimada en causa por activa en tanto no existe identidad entre el demandante y el titular del derecho a quien la ley dota de vocación jurídica para exigir su cumplimiento. Como ya se explicó, la ley (Arts. 87 CCA y 77 de la Ley 80) limitó el ejercicio del control de legalidad sólo a quien reclame un restablecimiento, esto es que tenga un interés directo, o lo que es igual, el legislador desestimó la posibilidad de que frente al acto de adjudicación coexistan varios medios de defensa judiciales ordinarios para su impugnación. Definida la improcedencia de la acción pública de nulidad frente al acto de adjudicación, hay lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción en tanto la Cámara de Comercio de Cúcuta no estaba legitimada sustancial y procesalmente para impugnar dicha resolución, y por ello no tiene la parte actora interés jurídico para impugnar la adjudicación, sin que sea dable, como se dispondrá en relación con la demanda presentada por el señor Personero Municipal, entenderla adelantada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisamente en ausencia de legitimación en causa por activa de este demandante, para intentar esta acción.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Oportunidad para interponer la demanda. Término de 30 días para impugnar el acto de adjudicación / TERMINOS - Cómputo de términos en días

Tal y como lo señalaron el Tribunal a quo y el Ministerio Público, en el concepto rendido en esta instancia, la demanda presentada por el Personero Municipal y que dio lugar a este proceso fue incoada dentro de la oportunidad legal. En efecto, el artículo 87 del CCA (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) establece un término de 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación, para impugnar mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho un acto proferido antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual. (...) El artículo 121 del C.P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1, mod. 65), en consonancia con los artículos 70 del C.C. y 62 del C.R.P.M., que dispone que en los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. En tal virtud, la demanda presentada por el Personero Municipal fue promovida dentro del plazo indicado en el artículo 87 del CCA, esto es dentro de los 30 días siguientes a la notificación del acto administrativo proferido antes de la celebración del contrato, por lo que no operó la caducidad.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 121 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 70 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - Violación de los términos de referencia. Violación de la reserva de las propuestas

Dentro de los cargos formulados en la demanda instaurada por el Personero Municipal de Cúcuta, se acusa al acto enjuiciado de violación de los términos de referencia que sirvieron de fundamento a la selección, en tanto éstos preveían que el proceso debía declararse desierto por violación de la reserva y esta circunstancia se sustenta en tanto se verificó que José Leonel Torres Cortés hacía parte de los dos únicos proponentes (...) La Sala encuentra que el cargo de nulidad formulado y acogido por la sentencia recurrida efectivamente tiene vocación de prosperidad, habida cuenta de que en el pliego de condiciones de manera nítida se previó que habría lugar a la declaratoria de desierta cuando se hubiera violado la reserva de las propuestas durante el proceso concursal. Con arreglo a lo previsto por el numeral 6.2.2 de los términos de referencia de la convocatoria, el municipio de San José de Cúcuta debía declarar desierto el concurso, dentro del plazo previsto para adjudicar, “[c]uando se hubiere violado la reserva de las propuestas durante el proceso concursal”. Conforme a esta cláusula, no era posible considerar las dos únicas propuestas presentadas, al verificarse que José Leonel Torres Cortés, al momento de presentarse las ofertas poseía el 20% de las acciones de INGEOP LTDA., integrante de una de las uniones temporales participantes y simultáneamente hacía parte de la otra Unión Temporal en un porcentaje de 1.4286%.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936)

Actor: CAMARA DE COMERCIO DE CUCUTA Y PERSONERIA MUNICIPAL DE CUCUTA

Demandado: MUNICIPIO DE CUCUTA

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 31 de agosto de 2000, la cual será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

Este proceso se originó en las demandas presentadas el 27 de noviembre de 1998 por el Personero Municipal de Cúcuta en ejercicio de la acción de nulidad y el 6 de noviembre del mismo año por el Presidente de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de esa ciudad, quien también formuló un contencioso de anulación contra la Resolución 705 de 1998, expedida por el Alcalde de la ciudad de Cúcuta, por medio de la cual se seleccionó un socio inversionista con capacidad de operación para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de ese municipio.

En las dos demandas se pidió la nulidad de la mencionada resolución.

2. Hechos

De acuerdo con la demanda presentada por el Personero, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, mediante el acuerdo No.017 de 10 de junio de 1998, ordenó la liquidación de la E.I.S. Cúcuta E.S.P y facultó al Alcalde, entre otros, para gestionar créditos, pignorar rentas y en caso de ser necesario cubrir los pasivos de esa empresa. Asimismo, mediante Acuerdo No. 18 de 10 de junio de 1998 autorizó al Alcalde, entre otras actuaciones, para la constitución de una Sociedad por acciones para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado con la participación de inversionistas (privados o públicos).

En desarrollo de dichas facultades, el Alcalde Gélvez Albarracín adelantó el proceso para seleccionar un socio inversionista y mediante la Resolución Número 00705 de 1998 seleccionó a la Unión Temporal integrada por AQUA de Colombia ESP SA, José Rozen Wierbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El Personero municipal adujo como infringidas la Constitución Nacional: artículos 2 y 3, lo mismo que la Ley 80 de 1993 artículos 23, 24, 25 y 28. Estimó que omitir la aplicación de la Ley 80 de 1993 en el concurso público para buscar un socio inversionista con capacidad de operación, para la conformación de una empresa para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio de Cúcuta, supone desconocer la naturaleza pública del municipio y su capacidad de crear actos de esencia administrativa. Adujo que el procedimiento para la creación de la empresa de acueducto y alcantarillado debió regirse por las normas de la Ley 142 de 1994 y las resoluciones emanadas de la CRA.

Agregó que con la actuación demandada la administración violó los principios de “conurrencia”, “publicidad” e “igualdad”, en tanto el numeral 3.4 de los términos de referencia del concurso limitó la participación a empresas colombianas con capacidad de convocatoria que cumplan la condición de prestar los servicios en una ciudad capital, de tamaño mediano, del territorio colombiano que tenga entre cien mil y ochocientos mil habitantes. Acusó igualmente la violación de los artículos 24.5 y 30 de la Ley 80 por cuanto tampoco hubo un estudio específico que determinara la viabilidad de la contratación del socio inversionista, ni cómo debe ser su intervención en el campo financiero para que en la realidad se beneficie la ciudad.

Destacó que como JOSÉ LEONEL TORRES CORTEZ hacía parte de las 2 únicas empresas proponentes, el municipio debió aplicar la sanción establecida en el numeral 5.5 de los términos de referencia del concurso. Señaló que al no haberse procedido de tal manera, se violó el régimen de inhabilidades consagrado en la Ley 80 de 1993, artículo 8 h), además de que trajo como consecuencia que se violara la reserva (numeral 6.2.2 del pliego de condiciones) de las propuestas durante el proceso concursal, razón suficiente para que la administración declarara desierto dicho concurso.

4. Segunda demanda y solicitud de suspensión provisional

El Presidente de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cúcuta, por intermedio de apoderado, también formuló demanda en acción pública de nulidad contra la citada Resolución 705 de 1998. Invocó como normas infringidas el Art.29 C.P., el Art.84 del C.C.A., los artículos 3, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 los artículos 5, 17 59, 81.7, 121 y 180 de la Ley 142 de 1994 y el Art. 2 de la Ley 286 de 1996.

La trasgresión del artículo 29 de la C.P. deriva de apartarse de lo previsto en las Leyes 142 y 80, en tanto las autorizaciones dadas por el Concejo se oponen a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 180 de esa ley que señala el plazo para la transformación de estas empresas, el cual venció el 7 de enero de 1998 y la adjudicación impugnada se produjo con posterioridad.

Señaló que el procedimiento que debió haberse seguido era el señalado en el Estatuto General de Contratación de la administración Pública, atendiendo a los principios allí enunciados, en especial el de transparencia (art. 24 Ley 80) los cuales no pueden desconocerse en ningún contrato que celebre la administración pública.

5. Admisión y contestación de la demanda, acumulación de los procesos

Por auto de 20 de enero de 1999 se admitió la primera demanda. El Municipio de Cúcuta se opuso a las pretensiones. Explicó que conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1.994, la constitución y los actos de todas las Empresas de Servicios Públicos, en lo no dispuesto en dicha ley se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Expuso que debido a la no viabilidad de la Empresa ampliamente determinada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se hacía necesario incentivar el aporte de capital privado, para lo cual se diseñó la constitución de una sociedad por acciones, donde el Municipio participaría con el 30% de su capital social.

Indicó que de los estudios realizados con anterioridad a la iniciación del proceso de selección, se concluyó que crear una nueva Empresa para que entrara a asumir los pasivos de la EIS-CUCUTA-ESP, era imposible para lograr la reactivación en la prestación del servicio, ya que se requería de grandes inversiones y porque la carga laboral y prestacional era tan elevada que se optó por diseñar un plan que permitiera al Municipio hacerse cargo de dichas obligaciones las cuales amortizaría con los ingresos producto del usufructo de las redes, con el 30% de la utilidades de la operación del sistema y los recursos de Ley 60 que efectivamente pudiera destinar para el pago de estos pasivos.

En cuanto a la observación de beneficios excesivos al otorgarse en usufructo la explotación de la infraestructura por treinta (30) años y percibir las utilidades que genera la empresa recibiendo adicionalmente un porcentaje equivalente al 10% del recaudo efectivo anual, anotó que no se demuestra en que consisten dichos beneficios, ni se soporta lo afirmado. Preciso que no es cierto, como lo afirma el actor, que el esquema dado en los términos de referencia, delegue en los proponentes la fijación de todos los parámetros de calificación y que eso a su vez dificulte la comparación y calificación de las propuestas. Aclaró que en los términos de referencia, se determinaron mecanismos aritméticos para la comparación de las propuestas, en materia de valor presente del usufructo, porcentaje de incremento tarifario y consistencia de flujo de caja con el plan de inversión.

Sobre la presunta inhabilidad luego de un detenido estudio jurídico¹, concluyó que como se aplican las normas del derecho privado, ninguna normativa regula expresamente la posible inhabilidad prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y por tanto no había problema en estudiar y aceptar la propuesta. Respecto de la alegada violación de la Ley 80 de 1.993, en sus artículos 23, 24, 25 y 28, dijo que por virtud del Acuerdo No. 018, el cual no ha sido demandado ni suspendido, el Concejo Municipal autorizó al Alcalde para constituir una sociedad por acciones para la prestación de los servicios públicos de Acueducto y Alcantarillado, con la participación de

¹ Fundamentado en el concepto presentado por el Dr. Mauricio Fajardo Gómez, a la sazón asesor independiente.

inversionista públicos y privados, autorización para la cual se definió el procedimiento establecido en la Resoluciones CRA 03 y 18 de 1.995, en concordancia con los artículos 31 y 32 de la Ley 142, autorización cuyo término se amplió en 45 días calendario, según el Acuerdo No. 041 de octubre 9 de 1.998.

Por auto de 21 de enero de 1999 fue admitida la segunda demanda presentada y se negó la suspensión provisional solicitada. Ésta última decisión fue recurrida y la Sección Primera del Consejo de Estado -en providencia de 30 de septiembre de 1999- confirmó la negativa a decretar esa medida cautelar, toda vez que se precisaba un detenido estudio en donde se examinara, en primer lugar, cuál es la legislación aplicable al caso controvertido. El municipio accionado se opuso igualmente a las pretensiones de la segunda demanda.

Mediante providencia de 16 de julio de 1999 el Tribunal *a quo* decretó la acumulación de los dos procesos.

6. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 8 de junio de 2007 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La Cámara de Comercio reiteró que el acto administrativo de adjudicación transgredió los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 constitucional y el Art. 3 del C.C.A

A su turno, el municipio demandado explicó que en el proceso concursal llevado a cabo y que concluyó con la selección del socio inversionista, cuya Resolución de adjudicación se impugna, existió una irrazonada dualidad de sometimiento del mismo al marco de la Ley 142 de 1994 y de la Ley 80 de 1993, lo cual pudo llevar al error de realizar el proceso de selección mediante invitación pública y no mediante licitación como lo dispone el Art.30 de la Ley 80 de 1993. Observó además que la adjudicación infringió el punto 6.2.2 de los términos de referencia que establece la declaratoria de desierto del concurso, cuando se hubieren violado las reservas de las propuestas durante el proceso concursal.

El Ministerio Público conceptuó que el régimen aplicable para la escogencia del socio inversionista era la Ley 80 de 1993, porque el Municipio de Cúcuta es una entidad de derecho público y en tal condición debe regirse por ese Estatuto.

A su vez la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia ESP SA, José Rozen Wierbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres Cortés, parte impugnante, esgrimió que por corresponder a un asunto de servicios públicos domiciliarios el régimen de sus contratos es el de la Ley 142 de 1994 y no el de la administración pública, apoyándose para sostener tal tesis en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en respuesta a consulta que le elevara el Ministro del Interior a solicitud del Alcalde de San José de Cúcuta.

El ciudadano José Antonio Gálvez, antiguo alcalde de Cúcuta, como parte impugnante, presentó alegato en defensa de la legalidad del acto acusado. Apuntó que para la tramitación del proceso de selección del socio inversionista la administración municipal siguió los lineamientos dados por la Superintendencia de Servicios Públicos, acordes con lo dispuesto por la Ley 142 de 1994 y por las resoluciones de la CRA.

7. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró la nulidad del acto acusado y negó las demás pretensiones de la demanda. Razonó que la acción fue presentada en tiempo. Encontró que la Ley 142 de 1994 dado su carácter especial y además posterior a la Ley 80 de 1993, se aplica en este caso y al efecto citó el Art. 5 numeral 5.1 y el artículo 6 numeral 6.2. Resaltó que la Ley 142 de 1994 no desarrolla la figura de LA INVITACIÓN PÚBLICA, pero sí lo hace la Resolución CRA 03 de junio 8 de 1995 en su artículo 3º. Esta resolución define y establece las reglas que estimulan la participación de diversos oferentes en la contratación para la prestación de los servicios públicos de acueducto y de alcantarillado. Planteó que a pesar de haberse consignado formalmente en los considerandos de la

resolución municipal acusada, que el Municipio de San José de Cúcuta atendió el trámite dispuesto en dicha Resolución, no fueron acatados los lineamientos allí indicados.

Ello por cuanto en los términos de referencia, en el punto 3.4. CAPACIDAD DE OPERACIÓN, numeral 10², se estableció una condición que representa una evidente limitación o impedimento a la posibilidad de una amplia participación de diversidad de oferentes como lo pretende el espíritu participativo que inspira la Ley 142 de 1994. Igualmente vulnera los términos en que la Resolución CRA 003 de 1995 define los parámetros de la figura de “la Invitación Pública”.

Argumentó que el Municipio debió ajustar todas sus actuaciones al derecho público y a los principios que rigen la contratación estatal, puesto que éstos coinciden con los principios constitucionales que rigen la función administrativa (Art. 209). Preciso que frente a los contratos celebrados por entidades estatales pero regidos por el derecho privado, denominados “Estatales Especiales”, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que deben en todo caso observar los principios orientadores de la función pública. Manifestó que resulta evidente que al limitarse en los términos de referencia la posibilidad de participación en la convocatoria, solo a quienes fuesen propietarios de más del 40% del capital de una empresa de acueducto y alcantarillado que preste sus servicios en una ciudad capital de tamaño mediano del territorio colombiano que tenga entre 100.000 y 800.000 habitantes al menos durante los últimos 12 meses, se están infringiendo los mencionados principios de igualdad y publicidad.

Asimismo, encontró acreditado que el señor José Leonel Torres C. integró ambas firmas participantes admitidas como oferentes en el proceso de selección del socio inversionista con capacidad de operación. Puso de presente que en el punto 6.2.2. de los términos de referencia de la convocatoria, se estableció como casual para declarar desierto el proceso la violación de la reserva. De modo que la convocatoria o concurso ha debido declararse desierto, por violación de la reserva.

² “El inversionista con capacidad de operación deberá ser propietario en la actualidad, de más del 40 por ciento del capital de una empresa de acueducto y alcantarillado que preste sus servicios en una ciudad capital, de tamaño mediano, del territorio colombiano que tenga entre 100000 y 800000 habitantes al menos durante los últimos 12 meses”.

8. Los recursos contra la sentencia de primera instancia

Inconforme con la decisión el impugnante Gálvez Albarracín, ex-alcalde de la ciudad de Cúcuta, aseveró que la sentencia no guarda relación con los hechos alegados y tampoco se fundamentó en el concepto de violación. Reiteró lo expuesto en el proceso.

Arguyó que la exigencia contenida en los términos de referencia (numeral 3.4 capacidad de operación), que prevé la experiencia del operador en ciudades medianas, se explica en que la Administración no se podía exponer a que el manejo de su sistema de acueducto y alcantarillado se diera por quienes no tuvieran la experiencia en el manejo de este sistema en ciudades similares, pero en ningún momento excluía ciudades mayores, quedando demostrado que el retiro de Empresas Públicas de Medellín, se dio por circunstancias diferentes. Sostuvo que los términos de referencia en ningún momento fueron impugnados, ni se solicitó que se declarara la nulidad por parte del juez competente. A su parecer, se declaró la nulidad de un acto administrativo por hechos totalmente ajenos a los tratados en la demanda.

Por su parte, la UNIÓN TEMPORAL integrada por AQA DE COLOMBIA E.S.P. S.A. (hoy LAND DEVELOPER COLOMBIA S.A.), JOSÉ ROZEN WIERBICKA, ALIRIO MENDOZA MANTILLA y JOSÉ LEONEL TORRES también recurrió la sentencia de primera instancia y consideró que no existió vicio alguno generador de nulidad.

A su juicio, si bien el señor José Leonel Torres es miembro integrante de la Unión Temporal beneficiada con la adjudicación con una participación del 1.4286%, no es cierto, por el contrario, que él sea parte de la UNIÓN TEMPORAL integrada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA E.S.P., INGENIERIA TOTAL LTDA., OPERADORES S.A. E.S.P. OPSA S.A. E.S.P. y la sociedad INGEOP LTDA., como se indica en la sentencia impugnada. Indicó que

el hecho de que Torres Cortez sea, a su turno, socio de la firma INGEOP LTDA., no lo convierte en integrante de la Unión temporal antes reseñada y esta situación no está prevista en norma positiva, ni como causal de inhabilidad para contratar, ni muchísimo menos en una condición de violación de la reserva de las ofertas, motivo de anulación del concurso.

En su criterio cuando el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A., permitió que los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, fueran demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, incluyó los pliegos de condiciones y los términos de referencia.

9. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Por auto de 1º de noviembre de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Gélvez Albarracín, parte impugnante, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y adicionó que en ningún momento se desconocieron los principios de igualdad y moralidad previstos en el artículo 209 de la Carta Política.

El municipio accionado al alegar de conclusión solicitó que se confirmara en su totalidad la sentencia proferida por el Tribunal. Frente a la alegada ineptitud sustantiva de las demandas acumuladas, subrayó que en cuanto hace relación a los acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Cúcuta que ordenaron la liquidación de la empresa, es claro que eran actos administrativos que no era necesario impugnar. En cuanto hace al hecho de ser el señor JOSÉ LEONEL TORRES C. integrante de las dos propuestas, si bien es cierto que absurdamente ello no está consagrado expresamente como causal de inhabilidad para contratar con el Estado, es evidente que la circunstancia es inadmisibile por reñir contra los principios de transparencia y objetividad y es válido manejar el asunto como un caso típico de violación de la reserva de la licitación o concurso.

A su vez, la UNIÓN TEMPORAL impugnante insistió en lo expuesto en el recurso de apelación.

Por su parte, el Ministerio Público conceptuó que la sentencia recurrida debía ser confirmada. A su parecer el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos es el de derecho privado, sin embargo dada la naturaleza de tales servicios, la contratación que efectúen las entidades territoriales para la prestación de esos servicios debe respetar el interés general. Es del dictamen que efectivamente la resolución expedida por el alcalde de Cúcuta se encuentra viciada de nulidad. Anotó que el cargo de nulidad expuesto en relación con la inhabilidad alegada por aparecer una misma persona en las dos propuestas presentadas tiene vocación de prosperidad, pero únicamente porque la violación a los términos de referencia imposibilitaba jurídicamente que se expidiera el acto de adjudicación. Concluyó que la prueba documental demuestra que Torres Cortez tenía pleno conocimiento de esta situación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los señores Consejeros Mauricio Fajardo Gómez y Jaime Orlando Santofimio Gamboa pusieron, por separado, en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incursos en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. Los cuales se aceptarán.

En orden a estudiar los dos recursos interpuestos contra la decisión del *a quo* el primero por el impugnante Gélvez Albarracín, ex-alcalde de Cúcuta, y el segundo por la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia (hoy Land Developer Colombia S.A.), José Rozen Wiersbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres, la Sala analizará los siguientes temas: i) aspectos procesales: idoneidad de la acción, legitimación en la causa por activa y oportunidad para interponer las demandas incoadas y ii) cargo por violación de los términos de referencia.

1. Aspectos procesales

1.1 La idoneidad de la acción

La Sala se plantea

este tema por virtud de que en las dos demandas que dieron lugar a la acumulación de los procesos que ahora se deciden mediante sentencia de segunda instancia, se dijo intentar la acción de nulidad contra un acto de adjudicación de un contrato.

Tales demandas fueron presentadas el 6 y el 27 de noviembre de 1998, esto es en vigencia de la Ley 446 de 1998³ que entre otras reformas al artículo 87 del C. C. A., le agregó el inciso segundo en punto del enjuiciamiento de los actos propios de la actividad precontractual, normativa en relación con la cual esta Corporación no ha adoptado una decisión cuya *ratio* haya sido la determinación de la acción idónea para enjuiciar el acto de adjudicación.

El inciso que se comenta, es del siguiente tenor:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta 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 la nulidad absoluta” (se subraya)

1.1.1. Sobre el alcance de esta disposición, la Sala en decisiones anteriores concluyó que el acto de adjudicación puede discutirse a través del contencioso de

³ Su vigencia comenzó el 7 de julio de 1998.

simple legalidad, con el único propósito de defender la regularidad de la actuación administrativa.

En efecto, un primer pronunciamiento se dio con ocasión de demanda presentada por un proponente, en ejercicio de la acción contractual, quien demandó parcialmente la resolución en la que se le adjudicó una licitación, la resolución de adjudicación al proponente calificado en el segundo orden de elegibilidad y la resolución por medio de la cual se declaró ocurrido el siniestro de falta de seriedad de la propuesta amparado por la póliza respectiva, el actor solicitó como restablecimiento que se ordenara la celebración del contrato que le había sido adjudicado y que se declarara la nulidad absoluta del contrato celebrado por la Administración con el segundo en el orden de elegibilidad.

En esa oportunidad esta Sección estimó que cualquier persona puede demandar en interés de la legalidad cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato, incluido el acto de adjudicación al razonar que:

“El inciso segundo de la norma transcrita [art. 32 de la Ley 446 de 1998 que modificó el art. 87 del CCA], estableció una innovación considerable en materia de caducidad de las acciones en contra de los actos previos a la celebración del contrato, en tanto los sustrajo de la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses previsto en el art. 136 del c.c.a. para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que sólo podrán impugnarse dentro del término especial de los 30 días, siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso, cualquiera sea la acción que se escoja.

De la misma manera, debe entenderse modificado por la preceptiva anterior el párrafo 1º del art. 77 de la ley 80 de 1993, en tanto la impugnación del acto de adjudicación debe ejercerse dentro del término especial señalado por el art. 87 del c.c.a. y no en el general previsto por el art. 136; así mismo sufrió modificaciones lo estipulado en el párrafo segundo, pues aquello de que ‘para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina’, debe ahora armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 87, en cuanto en algunos casos si será necesario demandar la nulidad del contrato.

Como la norma lo indica, los actos previos a la celebración del contrato serán susceptibles de las acciones de nulidad y nulidad y

restablecimiento del derecho las cuales caducarán en un término de treinta días a partir de su comunicación, notificación o publicación. De ahí que pueda afirmarse que cualquier persona dentro de ese plazo y en interés de legalidad puede demandar la nulidad de cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato, incluido (sic) el acto de adjudicación. Y a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en el mismo término, sólo las personas interesadas o con interés jurídico directo.

(...) Estas consideraciones armonizan con las apreciaciones hechas por la Corte Constitucional en el examen de la expresión ‘*una vez celebrado este*’ y ‘*solamente*’ contenida en el inciso segundo del art. 87 del c.c.a, expresión que fue declarada exequible en la sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001.

(...) 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 que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos.

(...) En tales condiciones, la intención del legislador fue impedir que en contra de los actos previos al contrato se interpusieran acciones distintas a la contractual una vez este se hubiera celebrado. 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 contractuales⁴ (se subraya)

La Sala destaca que lo esbozado en esa oportunidad es un *obiter dictum*, habida consideración de que tema tratado relacionado con el tipo de acción procedente fue diferente: la acción intentada no era de nulidad simple y las pretensiones esgrimidas por el entonces demandante, en consecuencia, no perseguían solamente la defensa de la legalidad.

Además, la providencia en referencia se limitó a concluir que “como la norma lo indica” los actos previos a la celebración del contrato son susceptibles de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (sin hacer referencia a la restricción que consigna el precepto al indicar que dichas acciones se ejercen

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 13 de diciembre de 2001, rad. 25000-23-26-000-2000-2018-01(19777), Actor: Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., Demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital y otro, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

“según el caso”). Y a partir de esta premisa escuetamente infirió que “[d]e ahí que pueda afirmarse que cualquier persona dentro de ese plazo y en interés de la legalidad puede demandar la nulidad de cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato, incluido el acto de adjudicación”.

No obstante, el criterio expuesto fue “reiterado” al desatarse un recurso de apelación interpuesto contra un auto que había rechazado una demanda por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Después de citar *in extenso* el proveído antes referido, la Sala expuso:

“el artículo 87 del C. C. A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, según el cual **TODOS** los actos proferidos **antes de la celebración del contrato o con ocasión de la actividad contractual**, son demandables a través del ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los **30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.**”⁵ (negrillas originales).

Estas consideraciones no pasan de ser una motivación incidental que, por supuesto, constituye un mero *dictum* persuasivo en tanto -de nuevo- se trata de una reflexión ajena al objeto del asunto por decidir, toda vez que la demanda estudiada fue interpuesta en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por parte de unos integrantes de un consorcio directamente interesados en el acto de adjudicación y que, por lo mismo, reclamaron que se les pagara “los costos y gastos en que incurrieron para participar en la licitación pública (...) y a (...) \$105.146.647, valor que dejaron de percibir por la no adjudicación a su consorcio de la licitación”, como se lee claramente en los antecedentes de dicho proveído.

En auto de la misma fecha, al estudiar la apelación de una providencia que rechazó una demanda presentada por los integrantes de un consorcio, en ejercicio también de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra una

⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 2 de agosto de 2006, rad. 50001-23-31-000-2004-00377-01(30141), Actor: Carolina Tamayo Palacio y otro, Demandado: Departamento del Guaviare, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

resolución que había declarado desierta la licitación en la que participaron los demandantes, se observó:

“(…) resulta aplicable, tanto para el acto que adjudica como para el que declara desierto el proceso licitatorio o concursal, el artículo 87 del C. C. A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, según el cual los actos proferidos **antes de la celebración del contrato o con ocasión de la actividad contractual**, son demandables a través del ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los **30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.**”⁶
(negrillas originales)

Este razonamiento también constituye un *obiter dictum* en punto del ejercicio de la acción de nulidad, por cuanto el asunto que se estudiaba era igualmente una controversia planteada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y –además- su objeto era debatir un acto de declaratoria de desierto y no un acto de adjudicación del contrato.

Más recientemente la Sala al estudiar una acción de nulidad interpuesta contra unas resoluciones que ordenaban la suspensión del plazo de una licitación y la prórroga en dos ocasiones de la misma, consideró que la acción de nulidad simple respecto de actos de naturaleza precontractual debe leerse de manera concordante con las reglas generales sobre esta acción, contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

A partir de ello encontró que: (i) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de un acto precontractual siempre que esta sea definitivo o impida continuar con el proceso de selección; (ii) a través del ejercicio de la acción de nulidad simple; (iii) siempre que se trate de actos administrativos; (iv) que infrinjan normas superiores, o que sean expedidos de manera irregular, o por organismos o funcionarios incompetentes, o con violación al debido proceso, con falsa motivación, o con

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 2 de agosto de 2006, rad. 54001-23-31-000-2003-00434-01(29231), Actor: Consorcio Miriam Andrade Torrado y otro, Demandado: Departamento de Norte de Santander, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

desviación de poder; y (v) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Con esta perspectiva, la Sección resaltó:

“(…) ¿Cualquier acto administrativo de naturaleza precontractual, puede ser demandado ante el contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad? (…)

Del texto literal de las disposiciones revisadas, y sin una interpretación sistemática de las mismas, se derivaría una respuesta afirmativa, toda vez que en estas, no se distingue, ni se establece requisito o particularidad alguna de los actos demandables; basta que estos sean administrativos. Sin embargo, esta Sala considera que la respuesta debe ser en sentido contrario, por los argumentos jurídicos que procede a señalar:

1) En la etapa precontractual, la administración pública contratante, puede adoptar distintas decisiones, que sin duda alguna pueden calificarse en un sentido lato como actos administrativos. Los efectos producidos por algunos de ellos, sin embargo, son mediáticos y por consiguiente trascienden a los efectos de otros; estos se denominan: actos administrativos precontractuales ‘de trámite’.

2) No resulta lógico concebir la procedencia de la acción de nulidad para controvertir la legalidad de los actos administrativos precontractuales de trámite, toda vez, que si se llegara a producir una decisión al respecto, esta sería inocua a menos que se hubiera controvertido también la legalidad de un acto administrativo precontractual de carácter definitivo, como por ejemplo el acto de adjudicación.

3) Por lo anterior, es viable demandar a través de la acción de nulidad, actos administrativos precontractuales de trámite, siempre que no se produzca, o de ellos se evidencie que no se va a producir, un acto de adjudicación, es decir, si con ellos se da fin a la etapa precontractual de manera anómala⁷.

4) De no ocurrir lo anterior, la forma para cuestionar la legalidad de estos actos administrativos precontractuales de trámite, es a través de la acción de nulidad contra el acto que pone fin a esta etapa; en las más de las veces, el de adjudicación. En esta hipótesis no se cuestionaría la adjudicación en sí misma, sino la forma irregular como se llegó a ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 en concordancia con el 87 del Código Contencioso Administrativo.⁸ (se subraya)

⁷ Esta afirmación, resulta plenamente concordante, con lo establecido en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, respecto de los actos de trámite.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de septiembre de 2007, rad. 11001-03-26-000-2004-00004-01(26649), Actor: Carolina Arango Uribe, Demandado: Instituto Nacional de Concesiones, C.P. Enrique Gil Botero.

Este último pronunciamiento da a entender que el acto de adjudicación es pasible de ser enjuiciado en sede del contencioso objetivo de anulación. Sin embargo, nuevamente se advierte que esta conclusión no se constituye en la *ratio* del problema jurídico que debía decidirse: si los actos de trámite demandados eran o no susceptibles de ser enjuiciados de manera autónoma. No sobra destacar que el fallo fue finalmente inhibitorio.

Conviene anotar que la Corte Constitucional⁹ declaró EXEQUIBLES las expresiones “Una vez celebrado éste” y “solamente”, contenidas en el segundo inciso del artículo 87 del Decreto 01 de 1984 (Código contencioso Administrativo), modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Y al hacerlo hizo un detallado recorrido sobre el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo mismo que de la legislación nacional, en punto de los “actos separables”. Reflexiones que no sólo no constituyen la *ratio decidendi* de la decisión de constitucionalidad, sino que además no abordan directamente el asunto que hoy se decide, ni formulan un criterio de esa Corporación sobre esta materia.

1.1.2. La necesidad de la precisión jurisprudencial

De cuanto antecede se concluye que más que modificar el criterio antes referido, se hace necesario precisar con claridad las reglas procesales a que está sometido el enjuiciamiento en sede jurisdiccional, del acto de adjudicación. Con todo y aún admitiendo -en gracia de discusión- que se trata de un genuino “cambio de jurisprudencia” las reflexiones que a continuación se harán son legítimas desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación de la ley, pues, como se advirtió en oportunidad precedente¹⁰, la adopción de un nuevo criterio, que se juzga más ajustado al contenido de la norma, es connatural al ejercicio de la función

⁹ Corte Constitucional, sentencia C 1048 de 2001. En sentencia C 712 de 2005 se estuvo a lo resuelto en la primera.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio 2004, exp. 14.318 (R-0617).

jurisdiccional, en tanto que es propio de ella poder rectificar su precedente interpretación de las normas¹¹.

1.1.3. Los actos precontractuales y su enjuiciamiento en vigencia de la Ley 80 de 1993

Cabe destacar que conforme al parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, de los actos que se producían antes de la celebración del contrato, solo el acto de adjudicación podía discutirse bajo la égida del contencioso subjetivo de anulación, en tanto para los demás actos producidos con ocasión de la actividad contractual, se reservó la acción contractual.

Decía el artículo 77 de la Ley 80 de 1993:

“De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas.

En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

“El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo (...).”

Redacción que por su forma excluyente en materia de acciones, daba lugar a entender que los actos que se producían con ocasión de la actividad precontractual, excepto el de adjudicación, no eran susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de manera autónoma, dado que la única acción que se estableció en esa norma para su impugnación, fue la relativa a controversias contractuales en los términos consagrados en el C.C.A., cuya norma

¹¹ García Morillo, Joaquín “La cláusula general de igualdad”, en *VVAA Derecho Constitucional*, Volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 194.

vigente para la época en que empezó a regir la Ley 80, establecía esta acción sólo para las partes del contrato, lo cual suponía, de un lado que para su ejercicio se necesitaba la existencia del contrato; y de otro, que los proponentes carecían de legitimación para demandar en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, puesto que la regla general de legitimación para intentar la acción contractual, la radicaba sólo en las partes del contrato y por excepción en el Ministerio Público y el tercero con interés directo, siempre que la pretensión sea de nulidad absoluta del contrato.

Frente a esa normativa, decisiones como la declaratoria de desierta de la licitación, a pesar de su capacidad de afectar derechos subjetivos, no tenían consagrada en el ordenamiento positivo una acción para su enjuiciamiento, dado que la norma partía de que el único acto que disponía de una acción diferente a la contractual para su revisión de legalidad ante la jurisdicción, era el de adjudicación, para el cual previó, como ya se anotó, la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ello por cuanto la norma dispuso que los actos que se produjeran con ocasión de la actividad contractual solo serían susceptibles del recurso de reposición y de la acción relativa a controversias contractuales, en los términos establecidos en el código contencioso administrativo. Pero, a renglón seguido y en relación con el acto de adjudicación, dándole un tratamiento totalmente distinto que aquel que estableció para los demás actos producidos con ocasión de la actividad contractual, en forma expresa consagró de un lado, que no tendrá recursos por la vía gubernativa y del otro, que podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo, regulación que se justifica en el contenido particular del acto que puede comportar, para un sujeto determinado, la vulneración de un derecho amparado en una norma, concretamente para los licitantes vencidos, o para aquellos que se vieron inhibidos a participar en el proceso de selección, por cuenta de la actuación irregular de la entidad contratante, o para la misma administración.

1.1.4. Los actos precontractuales y su enjuiciamiento en vigencia de la Ley 446 de 1998

Para dar una solución legislativa a la situación que se presentaba, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2º al artículo 87 del C.C.A, en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente “actos separables” (*les actes détachables*) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión “según el caso”, con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas.

Un correcto entendimiento del alcance de la expresión “según el caso”, ubicada a continuación de la indicación de que las acciones idóneas para enjuiciar los actos que se producen antes de la celebración del contrato son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lleva a concluir sin mayor dificultad que serán los efectos de la sentencia, meramente anulatorios, o además de restablecimiento del derecho, los que a su vez son congruentes con el contenido de las pretensiones que permiten una y otra acción, lo que determina la acción a intentar, con las consecuencias propias de las exigencias que para su formulación establece la norma, tales como: presentación oportuna, agotamiento de vía gubernativa y legitimación en causa.

No es propio del diseño que dio el legislador a los medios de control de la actividad de la administración, bajo la denominación de acciones, que dos o más de ellas sean procedentes para enjuiciar una misma actuación. Al contrario, al enjuiciamiento de cada actuación corresponde una acción.

Así, el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos –generales o particulares- que al

desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado.

Y esa regla no sufrió variación en el inciso segundo que se adicionó al artículo 87 del C.C.A., para establecer las acciones a través de las cuales es posible el enjuiciamiento de los actos precontractuales. Es decir el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad pre-contractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones, según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación.

La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección¹², sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 de la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato.

En otras palabras el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 en tanto introdujo un segundo inciso al artículo 87 del C.C.A., no autoriza el simple ataque de la legalidad, frente a todos los actos que se expiden por la administración en la etapa previa a la celebración del contrato, será la naturaleza del acto a enjuiciar, esto es

¹² El control judicial de los actos administrativos está circunscrito a los que tengan el carácter de definitivos, actos éstos que corresponden a aquellos a través de los cuales se ha puesto fin a una actuación administrativa o a aquellos que constituyendo una actuación en principio de trámite, se erigen en definitivos en la medida en que impiden la culminación normal del procedimiento a través de una decisión contenida en el acto principal, según lo tiene establecido el inciso final del artículo 50 del C. C.A.

su carácter principal o definitivo y la ausencia de efectos vulnerantes frente a un sujeto concreto de un derecho amparado en una norma, lo que determinará la procedencia del contencioso objetivo de anulación.

Contrario sensu, cuando el acto precontractual, además de su carácter de definitivo acusa la vulneración a una persona determinada, de un derecho amparado en una norma, el caso determinará el contencioso subjetivo como el medio de control judicial idóneo para enjuiciar su legalidad y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

Y ello por cuanto el acto de adjudicación puede llevar consigo la vulneración a sujetos determinados, los participantes en el proceso licitatorio incluida la entidad estatal contratante, de un derecho amparado en una norma, lo cual excluye su control por la vía del contencioso objetivo, dado que al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación.

Interés que se explica en tanto el acto de adjudicación está precedido del acto de apertura de la licitación que es el llamado a un número plural e indeterminado de personas para que participen, en el marco de una libre concurrencia, en el procedimiento de selección de un oferente con quien la administración finalmente celebrará el respectivo contrato, participantes que dado su interés directo pueden verse afectados con la decisión que se adopte en el proceso de selección. En rigor, como advierte Marienhoff, más que una oferta de la entidad licitante es un pedido de ofertas, un llamado a que estas sean formuladas¹³.

Así, el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable

¹³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 196.

con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y –desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes.

Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional¹⁴ aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto *sine qua non* para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades.

De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama “fase integrativa”¹⁵, con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.¹⁶

Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: “Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”¹⁷.

¹⁴ Aunque en otras latitudes se entiende que por la adjudicación se perfecciona y celebra el contrato (De las Solas Rafecas, José María, *Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración*, Madrid, Tecnos, 1990, p.166), en tanto éste sólo existe jurídicamente cuando la autoridad pública competente ha tomado su decisión de celebrarlo, poniendo su firma y notificando la decisión de adjudicarlo (Jèze, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 113). O lo que es igual, luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado (Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Montevideo, 1974, pp. 565 y 566). En definitiva, en derecho comparado la adjudicación debe notificarse al proponente cuya oferta se acepta, momento desde el cual el contrato queda concluido sin necesidad de ninguna otra formalidad (Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 19080, p. 328).

¹⁵ Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 292.

¹⁶ El ordinal 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en este punto tenía una previsión idéntica.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez.

Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico.

En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado.

El acto de adjudicación, conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa.

La claridad de los textos legales arriba referidos impide interpretar que se puedan cuestionar todos los actos separables con independencia de los efectos que produzca la nulidad del acto e intentar así tanto la acción de nulidad, como la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación. El contencioso de simple legalidad en materia de actos precontractuales es viable en otras situaciones, como es la adopción de los pliegos de condiciones o el acto de autorización de los concejos o asambleas –según el caso- a los alcaldes y gobernadores para celebrar contratos.

1.1.5. Cabe hacer referencia, dada su estrecha relación con el tema que se trata, a otro aspecto en el cual la Ley 446 de 1998 introdujo una reforma importante al control de la actividad contractual del Estado. En efecto, al modificar el mismo artículo 87 del C.C.A., buscó restringir la titularidad de la acción que permite buscar la nulidad absoluta del contrato estatal, cuando, contrario a lo que había

preceptuado el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, exigió interés directo en el tercero que la demanda. Dice esta norma:

“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 (...)”.

El cambio, que por demás fue declarado exequible, es coherente con el contenido del párrafo del artículo 77 de la Ley 80 y con la interpretación que ahora precisa la Sala sobre los alcances del segundo inciso del artículo 87 del C.C.A., introducido por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en tanto circunscribe a los interesados la titularidad para lograr la nulidad absoluta del contrato así como en las últimas normas citadas, al establecerse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el enjuiciamiento del acto de adjudicación, exige legitimación en la causa del demandante, quien debe creerse lesionado por el acto administrativo, en un derecho amparado en una norma, en los términos del artículo 85 del C.C.A.

Con otras palabras, tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquél, son susceptibles de ser enjuiciados sólo por quien tiene un interés directo en uno y otro, generalmente, por el proponente vencido, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales que el legislador ha reconocido al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato.

En otros términos, no resulta sensato y -por el contrario- carece de sentido afirmar que mientras en una norma de la Ley 446 se proscribió la amplitud de la titularidad de la acción de controversias contractuales tendiente a buscar la nulidad absoluta de los contratos estatales, en otra norma de esa misma ley se hubiera ampliado la titularidad para demandar el acto de adjudicación, por vía de la acción de nulidad que puede ser ejercida por cualquier persona, todo ello en perjuicio de la certeza y seguridad jurídicas que deben mediar en estos eventos, particularmente en relación con el acto de adjudicación, en el que -como anota Escobar Gil- “se

encuentra el núcleo fundamental del contrato”¹⁸ abriendo de esta suerte la posibilidad de que la acción sea empleada con intereses y fines ajenos a los propios de una relación negocial en ciernes.

1.1.6. Con fundamento en las consideraciones precedentes se impone aceptar que la interpretación que en oportunidad precedente había hecho la Sala, en el sentido de que el acto de adjudicación del contrato es susceptible de ser demandado por cualquier persona interesada solamente en el restablecimiento de la legalidad, ampliaba sin soporte normativo la procedencia del contencioso objetivo de anulación a este evento, para en cambio precisar que el enjuiciamiento del citado acto solo procede, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a través del contencioso subjetivo de anulación.

En otros términos, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, sea posible, a través de la acción contractual dirigida a buscar la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos que dieron origen a su celebración, pretender también la nulidad del acto de adjudicación.

1.2 La legitimación en la causa por activa

La legitimación en la causa *-legitimatío ad causam-* se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual

¹⁸ Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 2000, p. 209.

según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones, o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas.

De manera que, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista.

Como ya se precisó si lo que se impugna es el acto de adjudicación, el legitimado en causa por activa en estos casos será únicamente aquel que pretenda acreditar que el acto acusado lesiona sus derechos. Están legitimados en causa por activa entonces: (i) los terceros que resulten afectados, calidad evidente en los intervinientes en el proceso licitatorio quienes ostentan claramente un interés directo en que se declare la nulidad del acto de adjudicación; (ii) la entidad contratante, quien por regla general no está habilitada para revocar directamente el acto de adjudicación y (iii) igualmente lo está el Ministerio Público como pasa a explicarse.

1.2.1 Del Personero de Cúcuta

La participación del Ministerio Público en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reviste dos modalidades: o bien lo hace como demandante y en este evento sin lugar a dudas es una parte procesal, o bien interviene en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales en uso de su “*facultad-deber*” de intervención en los procesos, como representante de la Sociedad y del Estado, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de los derechos y garantías de las personas (art. 277 numeral 7º C.N.), en cuyo caso se trata de un sujeto procesal¹⁹ especial que no reviste el carácter de parte *strictu sensu*.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 479 de 1995 y C 568 de 1997.

Si bien en tratándose de su intervención como parte ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 127 del C.C.A., modificado por el artículo 35 de la Ley 446, la asigna al Ministerio Público la atribución de solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos, esto es, lo dota de titularidad del contencioso de anulación, al establecer:

“El Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en las conciliaciones extrajudiciales ante los centros de conciliación e intervendrá en estos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Por consiguiente se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda, el que fije fecha para audiencia de conciliación, la sentencia proferida en primera instancia y el primer auto dictado en segunda instancia.

(...) Además tendrá las siguientes atribuciones especiales:

(...) 2. Solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos
(...)” (se subraya)

La redacción de la norma transcrita que solo se refiere al ejercicio de la acción de nulidad, no es óbice para entender su titularidad también en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que la protección del patrimonio público comporta el ejercicio de esta clase de acciones y la defensa del patrimonio público es una función que le ha sido asignada tanto por la norma transcrita, como por la propia Carta Política.

En efecto, el artículo 277 superior dispone que al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes le corresponde “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (...)”.

Bajo este entendido, en el caso concreto, no hay lugar a discusión sobre la legitimación en la causa por activa del señor Personero Municipal de Cúcuta, habida cuenta que dentro de sus atribuciones constitucionales y legales está la defensa del patrimonio público y la impugnación de los actos administrativos que se estimen ilegales.

De lo anterior se colige que el Ministerio Público (a través de la Personería de Cúcuta) ostenta la titularidad para formular pretensiones anulatorias y resarcitorias (en este caso en beneficio del erario) por cuanto si bien no es sujeto de la relación jurídica sustancial, es evidente que el ordenamiento jurídico lo ha llamado a la protección de intereses superiores: la legalidad y el patrimonio público.

Y aunque en el *sub lite*, el Personero presentó una demanda de nulidad simple, la interpretación de la misma pone en evidencia que la finalidad buscada no era tan sólo asegurar la regularidad de la actuación administrativa, sino que además (dados sus cometidos constitucionales y legales) lo movía la protección del patrimonio público municipal, que deviene consecuencial y automáticamente de la anulación del acto de adjudicación, en tanto a título de restablecimiento, automáticamente, el ente municipal queda relevado de celebrar el contrato al que eventualmente se ha llegado a través de un trámite irregular.

Concluida la legitimación de este funcionario para demandar en juicio la revisión de legalidad del acto enjuiciado, por virtud de los poderes que el Juez tiene en relación con la dirección del proceso y dado que la demanda se presentó en el término que para la demanda en nulidad y restablecimiento del derecho establece el ordenamiento como adelante se analizará, la Sala entiende la acción ejercida como la de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto la eventual prosperidad de la pretensión de anulación expresamente formulada, trae como consecuencia, de manera automática, el restablecimiento del derecho para el municipio de Cúcuta, en tanto, desaparecería la obligación que recae sobre el mismo de celebrar el contrato adjudicado, lo cual comporta una serie de efectos que podrían conllevar afectación del patrimonio de ese Municipio.

1.2.2 De la Cámara de Comercio de Cúcuta

Como ya se indicó, la expresión “según el caso” contenida en el texto vigente del artículo 87 del CCA descarta la posibilidad de que todos los actos previos a la

celebración del contrato puedan ser demandados por cualquier persona como es propio de la acción de simple nulidad.

El medio de control que se estableció en el artículo 77 de la Ley 80 y cuya estructura está contenida en el artículo 85 del C.C.A. no está diseñado para enjuiciar sólo la legalidad del acto de adjudicación, sino que se reservó a quienes tuvieran interés directo, esto es a quienes participaron en el proceso licitatorio y vieron frustradas sus expectativas con el acto de adjudicación. Una interpretación en sentido diverso conduciría a la incertidumbre respecto de la celebración del contrato, todo lo contrario de que lo que se propuso la Ley 446.

De allí que no ostenta legitimación en la causa por activa quien proponga, sin que tenga interés directo en el proceso licitatorio y en ejercicio de la acción de simple nulidad, una demanda contra el acto de adjudicación. Este acto sólo es susceptible de ser atacado por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo diseño comporta un demandante que se cree lesionado por el acto administrativo, en un derecho amparado en una norma.

No puede desconocerse que el interés que tutela en este evento el legislador no es sólo la defensa de la legalidad, como es lo propio del contencioso objetivo de anulación, sino que busca proteger un interés concreto, personal y directo, el que estaría o bien en cabeza de los licitantes vencidos contra el acto de adjudicación del contrato que estiman contrario al ordenamiento superior.

En el *sub examine* la Cámara de Comercio de Cúcuta no cumple tal presupuesto, toda vez que no expresó, ni del escrito de demanda se puede inferir, en qué medida el acto de adjudicación cuya nulidad solicita ha transgredido un derecho del que sea titular, lo cual deja entrever la falta de vocación del actor para ejercer la acción intentada, acción que -como ya se dijo- no es procedente para cuestionar el acto de adjudicación.

En efecto, la persona jurídica que demandó, en ejercicio de la acción de simple nulidad, es ajena al proceso licitatorio. Al revisar los considerandos de la Resolución 705 de 1998, expedida por el Alcalde de la ciudad de Cúcuta, por medio del cual se seleccionó un socio inversionista con capacidad de operación para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de ese municipio, se evidencia que el hoy demandante no fue uno de los oferentes (fls.42 y ss. c. 1).

Como se dejó dicho, el acto de adjudicación no es susceptible de ser enjuiciado por vía de acción de simple nulidad, en tanto no puede ser impugnado por quienes no hayan intervenido en el proceso de licitación, esto es, por quienes sean ajenos al mismo, quienes por tanto no pueden pretender desvirtuar la legalidad del acto de adjudicación.

Una conclusión se impone: la Cámara de Comercio de Cúcuta carece de interés jurídico sustancial para impugnar, toda vez que no presentó propuesta alguna en el proceso. Lo que da tanto como afirmar que aquella no tiene vocación para demandar el acto de adjudicación enjuiciado a fin de que la Jurisdicción Contencioso Administrativa resuelva las pretensiones anulatorias formuladas.

La Cámara de Comercio de Cúcuta no se encuentra, pues, legitimada en causa por activa en tanto no existe identidad entre el demandante y el titular del derecho a quien la ley dota de vocación jurídica para exigir su cumplimiento. Como ya se explicó, la ley (Arts. 87 CCA y 77 de la Ley 80) limitó el ejercicio del control de legalidad sólo a quien reclame un restablecimiento, esto es que tenga un interés directo, o lo que es igual, el legislador desestimó la posibilidad de que frente al acto de adjudicación coexistan varios medios de defensa judiciales ordinarios para su impugnación.

Definida la improcedencia de la acción pública de nulidad frente al acto de adjudicación, hay lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción en tanto la Cámara de Comercio de Cúcuta no estaba legitimada sustancial y procesalmente para impugnar dicha resolución, y por ello no tiene la parte actora interés jurídico para impugnar la adjudicación, sin que

sea dable, como se dispondrá en relación con la demanda presentada por el señor Personero Municipal, entenderla adelantada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisamente en ausencia de legitimación en causa por activa de este demandante, para intentar esta acción.

1.3 De la oportunidad para la interposición de la demanda

Tal y como lo señalaron el Tribunal *a quo* y el Ministerio Público, en el concepto rendido en esta instancia, la demanda presentada por el Personero Municipal y que dio lugar a este proceso fue incoada dentro de la oportunidad legal. En efecto, el artículo 87 del CCA (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) establece un término de 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación, para impugnar mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho un acto proferido antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual.

En el *sub lite* al momento en que fue presentada la demanda por el Personero Municipal de Cúcuta, no había operado la caducidad, toda vez que el acto acusado (la Resolución 000705 de 8 de octubre de 1998) fue notificado personalmente al representante legal de la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia ESP SA, José Rozen Wierbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres Cortés, el 14 de octubre de 1998 (según da cuenta copia autentica de ese acto, fl. 45 c. 1 de pruebas y fl. 24 c. 2), de manera que el término para presentar la demanda venció el 27 de noviembre siguiente y la demanda fue presentada precisamente en esa fecha.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 121 del C.P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod. 65), en consonancia con los artículos 70 del C.C. y 62 del C.R.P.M., que dispone que en los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho.

En tal virtud, la demanda presentada por el Personero Municipal fue promovida dentro del plazo indicado en el artículo 87 del CCA, esto es dentro de los 30 días siguientes a la notificación del acto administrativo proferido antes de la celebración del contrato, por lo que no operó la caducidad.

2. Cargo por violación de los términos de referencia

Dentro de los cargos formulados en la demanda instaurada por el Personero Municipal de Cúcuta, se acusa al acto enjuiciado de violación de los términos de referencia que sirvieron de fundamento a la selección, en tanto éstos preveían que el proceso debía declararse desierto por violación de la reserva y esta circunstancia se sustenta en tanto se verificó que José Leonel Torres Cortés hacía parte de los dos únicos proponentes (la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia ESP SA, José Rozen Wierbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres Cortés y la Unión Temporal OPSA SA ESP, Empresa de acueducto y alcantarillado de Pereira SA ESP, Ingeop Ltda-Ingeniería Total), de lo que se puede colegir violación de la reserva de las propuestas.

A su vez, el fallo impugnado encontró acreditado que Torres Cortés integró ambas firmas participantes admitidas como oferentes, lo cual suponía de acuerdo con lo dispuesto en el punto 6.2.2 de los términos de referencia que el proceso se declarara desierto.

Al impugnar esta providencia, la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia (hoy Land Developer Colombia S.A.), José Rozen Wiersbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres, adujo que si bien es cierto que José Leonel Torres era miembro integrante de esa Unión Temporal con una participación del 1.4286%, no es cierto que él fuera parte de la otra Unión Temporal proponente, como señala la sentencia.

Explicó que el hecho de que Torres Cortés sea a su turno socio de la firma INGEOP LTDA (integrante de esta última Unión Temporal) “no lo convierte en integrante de la Unión Temporal antes reseñada y esta situación no está prevista en ninguna norma positiva, ni como causal de inhabilidad para contratar, ni muchísimo menos en una condición de violación de la reserva de las ofertas, motivo de anulación del concurso, como sesgadamente lo señala el *a quo*.”

A este respecto, la Sala encuentra que el cargo de nulidad formulado y acogido por la sentencia recurrida efectivamente tiene vocación de prosperidad, habida cuenta de que en el pliego de condiciones de manera nítida se previó que habría lugar a la declaratoria de desierta cuando se hubiera violado la reserva de las propuestas durante el proceso concursal.

Con arreglo a lo previsto por el numeral 6.2.2 de los términos de referencia de la convocatoria, el municipio de San José de Cúcuta debía declarar desierto el concurso, dentro del plazo previsto para adjudicar, “[c]uando se hubiere violado la reserva de las propuestas durante el proceso concursal” (fl. 17 c. 5, 1 de pruebas).

Conforme a esta cláusula, no era posible considerar las dos únicas propuestas presentadas, al verificarse que José Leonel Torres Cortés, al momento de presentarse las ofertas poseía el 20% de las acciones de INGEOP LTDA., integrante de una de las uniones temporales participantes y simultáneamente hacía parte de la otra Unión Temporal en un porcentaje de 1.4286%.

La prueba documental da cuenta de que efectivamente José Leonel Torres Cortés hacía parte de las dos únicas firmas participantes admitidas como oferentes en el proceso de selección del socio inversionista con capacidad de operación del acueducto de la ciudad de Cúcuta. Torres Cortés era miembro como persona natural de la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia ESP SA, José Rozen Wierbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres Cortés, a la sazón la propuesta No. 1 -y que finalmente resultó seleccionada en el acto acusado- como lo resaltó el informe jurídico de evaluación de las propuestas (fls. 83 y ss. c. 1) y al mismo tiempo era socio de la Sociedad INGEOP Ltda. que era integrante

de la Unión Temporal Empresa de Acueducto y Alcantarilla y otros, a la postre la propuesta No. 2.

La cláusula segunda del contrato de Unión Temporal prevé que la Unión Temporal está conformada por AQA de Colombia SA ESP (94.2857%), José Rozen Wierbicka (1.4286%), Alirio Mendoza Mantilla (2.85710%) y José Leonel Torres Cortés (1.4286%), cuyo objeto -según la cláusula primera del mismo- es:

“constituir una Unión Temporal de Empresas, entre las sociedades que suscribe el presente acuerdo y que en adelante se denominará ‘Unión Temporal AQA’ y que se constituye con el único y exclusivo objeto de presentar una propuesta conjunta de acuerdo con la invitación pública efectuada por el Municipio de San José de Cúcuta, para la selección de un inversionista o grupo de inversionistas, con capacidad de operación para la conformación de una empresa para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de dicho municipio” (copia auténtica a fls.494 a 500 c. 4 y fls. 142 a 144 c. 5 y 1º de pruebas).

La participación de José Leonel Torres Cortés en esta Unión Temporal también está acreditada con la propuesta presentada por ésta (fls. 107, 120, 125, 139, 142 c. 5 y 1º de pruebas).

En cuanto a la participación de Torres Cortés como socio de la Sociedad INGEOP Ltda. (integrante de la Unión Temporal Empresa de Acueducto y Alcantarilla y otros, a la postre la propuesta No. 2), da cuenta la copia del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Cúcuta donde figura como socio de INGEOP Ltda. (fls. 257 a 260 c. 5 y 2º de pruebas).

Asimismo, el informe jurídico de evaluación de propuestas puso de presente que “La empresa INGEOP Ltda., presenta certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta, en fecha agosto 13 de 1998, siendo sus socios Jorge Barrera Cortés, Carlos Edgar Duarte Rodríguez, José Leonel Torres Cortés, Yaneth Samara Parada Pérez e Ignacio Duarte Gómez” (se subraya, fl. 86 c. 1).

Igualmente revela la circunstancia indicada, el anexo de la propuesta No. 2 en el que se adjuntó el acta de socio No. 3 de INGEOP Ltda. de 19 de agosto de 1998, a través de la cual los socios, entre ellos José Leonel Torres Cortés, otorgaron al gerente de la firma:

“la representación de la totalidad de socios para suscribir la carta de intención destinada a la conformación de la Unión Temporal o la sociedad de la cual hará parte INGEOP Ltda. para participar en el concurso para la selección de un socio inversionista con capacidad de operación para la conformación de una empresa para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en el municipio de Cúcuta, así como a la firma del documento o escritura pública que formalice la conformación de dicha unión temporal o sociedad de la cual hará parte INGEOP Ltda.” (fls. 261 a 263 c. 6 y 2º de pruebas).

Asimismo a fl. 263 del c. 6 obra copia del poder dado por José Leonel Torres Cortés a Carlos Iván Prada Rivera para:

“suscribir la carta de intención destinada a la conformación de la unión temporal, el Consorcio o forma de asociación de la cual hará parte INGEOP Ltda. para participar en el concurso para la selección de un socio inversionista con capacidad de operación para la conformación de una empresa para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio de Cúcuta (...)”.

Ahora bien, el comité evaluador de las propuestas presentadas para la selección del socio inversionista al verificar las causales de rechazo puso de presente que:

“El comité evaluador encuentra que el señor José Leonel Torres Cortés identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.040.571 de Bogotá, hace parte como persona natural de la unión temporal que presenta la propuesta No.1 (folio No. 7, 21, 26, 48) y a su vez es socio de la firma INGEOP LTDA sociedad que hace parte de la unión temporal que presenta la propuesta No. 2 (folio No. 98, 719).

En concepto de este comité dicha participación configura la inhabilidad contemplada en el literal h del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y aclarada por el contenido de la sentencia C-415 de septiembre 22 de 1994 de la Corte Constitucional.

Considera el Comité que lo anterior puede haber llevado a la violación de la reserva de las propuestas dentro del proceso concursal previsto en el numeral 6.2.2 de los Términos de Referencia, por cuanto por este hecho las dos Uniones Temporales pudieron haber conocido la propuesta de la otra parte” (fl. 96 c. 1, fl.428 c. 4 y fl. 95 c. 5 o 1º de pruebas)

En sentido similar aparece el informe jurídico de evaluación de propuestas, preparado por la abogada Luz Amparo Gélvez Reyes que también dio cuenta de que José Leonel Torres Cortés “identificado con la cédula de ciudadanía número 17.040.571 de Bogotá hace parte de la Unión Temporal AQA (sic) y a la vez es socio de la Sociedad INGEOP Ltda., quien hace parte de la Unión Temporal Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Pereira SA ESP, Ingeniería Total Ltda., Operadores SA ESP OPSA e INGEOP Ltda.” (fl. 88 c. 1 de pruebas).

Igualmente, en oficio fechado el 8 de octubre de 1998 y dirigido a José Antonio Gélvez, a la sazón alcalde de Cúcuta, dos miembros del comité evaluador dejaron la siguiente constancia:

“(…) Violación de la reserva (términos de referencia, numeral 6.2.2. página 22)

En cuanto a la posible violación de la reserva de las propuestas, el Comité Evaluador presentó su concepto en el informe de evaluación, sin embargo, se suma a lo ya dicho el hecho que con ocasión del plazo para presentar observaciones al mencionado informe por parte de los proponentes, el proponente No.2 elaboró y presentó en un volumen, fechado en agosto de 1998, un análisis comparativo de las dos propuestas, cuando apenas el día 31 de agosto/98 se conocieron las propuestas públicamente” (negrillas originales fls.11y 112 c. 1 de pruebas).

Estos documentos muestran con nitidez como José Leonel Torres Cortés tenía pleno conocimiento de la participación de la Sociedad INGEOP Ltda., de la cual era socio, en el concurso de selección de inversionista adelantado por el Municipio de Cúcuta, en el que también participó la Unión Temporal integrada por AQA de Colombia ESP SA, José Rozen Wierbicka, Alirio Mendoza Mantilla y José Leonel Torres Cortés, de la cual como persona natural era uno de sus integrantes.

Si Torres Cortés era integrante de ambas uniones temporales oferentes, de la primera en dicha condición y de la segunda, como socio integrante de una de las sociedades, como lo expuso la demanda, lo constató la providencia que se estudia y lo puso de presente en esta instancia el Ministerio Público, no podía existir reserva de las propuestas durante el proceso concursal y en consecuencia, al infringirse abiertamente lo dispuesto al efecto por los pliegos de condiciones en el punto 6.2.2, existía razón suficiente para que la Administración procediera a declarar desierto dicho concurso.

Circunstancia que al no registrarse, configura un vicio generador de nulidad de la Resolución No. 00705 de 8 de octubre de 1998, proferida por el Alcalde municipal de San José de Cúcuta, por medio de la cual se seleccionó un socio inversionista de una empresa para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en ese municipio (fls. 21 a 24 del expediente acumulado, fotocopia autenticada). La Sala acoge, entonces, el concepto rendido por el Ministerio Público en esta instancia. La prosperidad del cargo formulado, releva a la Sala del estudio de los demás cargos y -por ende- de la determinación del régimen jurídico aplicable a estos contratos²⁰.

²⁰ Se invocó como fundamento desde los mismos términos de referencia (fl. 7 c. 5) lo dispuesto por la Resolución CRA 03 de 1995, por la cual se establecen reglas para estimular la concurrencia de oferentes, en la contratación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo (acto administrativo cuya legalidad no se cuestionó en este proceso). En su artículo 5º numeral 5.6 la CRA estableció que los contratos que celebren las entidades territoriales con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de empresas de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo se someterán a las reglas de que trata el artículo 3º de esa resolución para estimular la concurrencia de oferentes. Resolución que fue modificada con posterioridad por la Resolución CRA 136 de 2000 y derogada por el artículo 6.1.1.1 de la Resolución CRA 151 de 2001.

Conviene anotar que sobre el punto, el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, luego de la modificación introducida por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, norma posterior al proceso de selección que ahora se revisa, prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

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

F A L L A

Primero.- ACÉPTANSE los impedimentos manifestados por los Señores Consejeros de Estado Mauricio Fajardo Gómez y Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Segundo.- DECLÁRASE probada la excepción de **INEPTA DEMANDA** en relación con aquella formulada por la Cámara de Comercio de Cúcuta.

Tercero.- CONFÍRMASE la providencia recurrida, esto es, la sentencia dictada el 31 de agosto de 2000 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a través del cual se resolvió declarar la nulidad de la Resolución No. 000705 de 8 de octubre de 1998, proferida por el alcalde municipal de San José de Cúcuta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Con aclaración de voto

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ (E)

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Con salvamento de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

CON ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil once (2011).

Número interno: 19936

Actor: Cámara de Comercio de Cúcuta y Personería

Demandado: Municipio de Cúcuta

Proceso: Acción de nulidad simple

Asunto: Aclaración de voto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien, desde luego, comparto la decisión adoptada el 13 de junio del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmado en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En el proveído ya señalado, en cuanto concierne a la legitimación por activa del Ministerio Público para interponer la acción de nulidad simple en contra del acto administrativo de adjudicación, se consignó lo siguiente:

“(...) en tratándose de su intervención como parte de la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 127 del C.C.A., modificado por el artículo 35 de la Ley 446, le asigna al Ministerio Público la atribución de solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos, esto es lo dota de titularidad del contencioso de anulación 8(...)

“La redacción de la norma transcrita que sólo se refiere al ejercicio de la acción de nulidad, no es óbice para entender su titularidad también en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que la protección del patrimonio público comporta el ejercicio de esta clase de acciones y la defensa del patrimonio público es una función que le ha sido asignada tanto por la norma transcrita, como por la propia carta política.

“En efecto, el artículo 277 superior dispone que al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes le corresponde “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos o garantías fundamentales (...)

“Bajo este entendido, en el caso concreto, no hay lugar a discusión sobre la legitimación en la causa por activa del señor Personero Municipal de Cúcuta, habida cuenta que dentro de sus atribuciones constitucionales y legales está la defensa del patrimonio público.”

2. Razones y fundamentos de la aclaración

La Sala, en el presente caso, fundamentó la legitimación en la causa del Personero para demandar el acto de adjudicación en el artículo 127 del C.C.A. y en el artículo 277 de la Constitución. En mi concepto, la razón por la cual el

Ministerio Público puede intervenir en esta clase de procesos, si bien debe buscarse en la norma constitucional referenciada, el fundamento legal debe sustentarse directamente en el artículo 87 del C.C.A., que preceptúa:

“De las controversias contractuales. (...) El Ministerio público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta...”

Por consiguiente, la legitimación para demandar el acto de adjudicación se encuentra consagrada de forma específica en el artículo 87; de modo que ante la existencia de un contrato, los agentes del Ministerio público deben utilizar la acción contractual para conseguir la nulidad de las decisiones asumidas por la Administración cuando éstas contravengan la legalidad. La norma citada consagra la exigencia procesal de acreditar un interés directo, por ende, la Personería puede aducir en el proceso contencioso administrativo la necesidad de proteger la integridad del ordenamiento jurídico, de defender el patrimonio público o de asegurar la moralidad pública.

Es cierto que el artículo 127 del C.C.A. señala que el Ministerio Público como parte puede solicitar la nulidad de los actos administrativos, sin embargo se trata de una norma general, mientras que lo dispuesto en el artículo 87 del mismo cuerpo normativo regula un supuesto concreto: la posibilidad de que la Procuraduría o los Personeros puedan solicitar la nulidad absoluta de los contratos estatales y de los actos administrativos proferidos tanto en su etapa de preparación como de ejecución. Así las cosas, ante dos disposiciones que regulan igual supuesto fáctico, debe aplicarse la regla según la cual: *“la norma especial prima sobre la general.”*

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Radicación número : 54001-23-31-000-1998-01333-01 (19936)
Actor : CÁMARA DE COMERCIO DE CÚCUTA Y
PERSONERÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA
Demandado : MUNICIPIO DE CÚCUTA
Proceso : ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

De manera respetuosa presento mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Sección en sentencia de junio trece (13) de 2011 dentro del expediente de la referencia, al declarar probada la excepción de **INEPTA DEMANDA** en relación con aquella formulada por la Cámara de Comercio de Cúcuta.

Antes de explicar las razones que me conducen a discrepar de la Sala, encuentro pertinente destacar algunos de los rasgos característicos de la acción pública de

nulidad cuando esta se ejerce respecto de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998²¹.

Entre las notas particulares de la acción pública de nulidad está el ser una herramienta que fortalece a un mismo tiempo la participación democrática y el acceso a la administración de justicia. Refuerza la participación ciudadana, pues puede ser ejercida por ciudadanas y ciudadanos directamente y si prospera, esto es, si la decisión es anulatoria tiene efectos “*erga omnes*”. Asegura el acceso a la administración de justicia, por cuanto le permite a la ciudadanía –sin que para ello sea necesario contar con la asistencia de abogado o ajustarse a formalismos excesivos–, promover el control de legalidad por vía jurisdiccional de los actos administrativos. En el caso específico contemplado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 puede la ciudadanía solicitar que prospere la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo durante el tiempo de formación y de celebración del contrato (pliegos de condiciones, acto que rechaza la propuesta, acto que declara desierta la licitación y el acto de adjudicación).

Es así como a partir de una lectura detenida del artículo 32 de la mencionada Ley 446 de 1998 –que versa sobre controversias contractuales–, resulta factible distinguir los siguientes aspectos:

- (i) Cualquiera de las partes envueltas en una relación contractual con el Estado puede solicitar: (a) que se declare la existencia del contrato o su nulidad y que se realicen declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (b) que se ordene la revisión del contrato; (c) que se declare el incumplimiento del contrato y se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.
- (ii) Los actos que se profieran antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante 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. El ejercicio de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato.

²¹ “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”. Esta ley reformó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

(iii) Una vez celebrado el contrato, sólo podrá invocarse la ilegalidad de los actos previos al contrato como fundamento de la nulidad absoluta del mismo. (a) El Ministerio Público o cualquier tercero –en la medida en que acredite un interés directo–, puede solicitar que se declare la nulidad absoluta del contrato. (b) El Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando ésta se encuentre plenamente demostrada en el proceso. De todos modos, tal declaración únicamente podrá hacerse bajo la condición de que intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

A mi juicio, la lectura textual del artículo 32 no deja duda alguna sobre la posibilidad de demandar las actuaciones efectuadas con anterioridad a la celebración del contrato mediante la acción pública de nulidad o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De igual modo, resulta claro que tales acciones deben ejercerse dentro de un término fijado por el mismo artículo, que es de treinta (30) días contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación o publicación de dichos actos previos al contrato.

Ahora bien, cierto es que tanto la ley como la jurisprudencia del Consejo de Estado han dado virajes en relación con este punto. No obstante, en la sentencia C-1048 de 2001 la Corte Constitucional abordó la cuestión al decidir una demanda de inconstitucionalidad mediante la que se acusaron algunos segmentos del citado artículo 32 que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. En aquella ocasión la Corte estimo indispensable establecer dos asuntos. En primer término, si la norma acusada tenía el efecto que el actor había establecido en el escrito de demanda, a saber, *“si la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad de la acción”*. Consideró la Corte que de ser cierto lo anterior, entonces era necesario precisar un segundo aspecto, es decir, si con la extinción anticipada del término de caducidad de la acción se habían vulnerado *“los principios y derechos de rango constitucional que el actor mencionó”*. Para tales efectos, encontró la Corporación conveniente estudiar la naturaleza jurídica de los actos separables así como examinar si la eventualidad de que fuesen demandados con independencia del contrato dichos actos era una exigencia que emanaba de la Constitución y hasta que término y bajo qué circunstancias debía extenderse la posibilidad de ejercer una demanda autónoma.

La Corte realizó un recuento histórico muy completo –legal y jurisprudencial–, que le permitió detectar las innovaciones que había traído consigo la Ley 446 de 1998 en su artículo 32 en los siguientes términos:

“Como puede apreciarse, las innovaciones que el texto anterior introduce, consisten en: i) Según el régimen de la Ley 80 de 1993, los actos previos por regla general no eran demandables separadamente, salvo las excepciones relativas al acto de adjudicación de la licitación, al que la declara desierta, o el que califica y clasifica a los proponentes inscritos en las cámaras de comercio. La modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., permite demandar independientemente, por la vía de la acción de nulidad o de la de nulidad y restablecimiento del derecho, todos los actos previos separables del contrato administrativo. // ii) El término para intentar el control judicial de dichos actos previos a través de las referidas acciones, se señala en 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Este señalamiento constituye una excepción a las reglas generales sobre caducidad, pues respecto la acción de simple nulidad en los demás casos puede interponerse en cualquier tiempo, es decir no tiene un término de caducidad (C.C.A. art. 136, numeral 1°); y respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, también el plazo señalado de 30 días resulta contrario a la regla general, la cual fija en cuatro meses el término de caducidad respectivo. (C.C.A. art. 136 numeral 2°). // iii) Por fuera del tema de la separabilidad de los actos previos, la disposición en comento también modificó el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que había ampliado la titularidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales, al haber dispuesto que podía ser alegada “...por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio...” Ahora, según el inciso tercero no acusado de la disposición bajo examen, solamente “cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta”.

Respecto del sentido y alcance que se le debe dar a los actos preparatorios o previos al contrato para efectos de su impugnación, concluyó la Corte que debía entenderse por “*actos separables*” aquellos “*actos preparatorios o previos al contrato, de contenido decisorio, que conducen a la formación de la voluntad contractual*”. Empero, constató la existencia de varios enfoques en la jurisprudencia y en la doctrina. De una parte, el punto de vista al tenor del cual sólo los actos previos al contrato son los que pueden considerarse separables para efectos de impugnación. De otra, la perspectiva encaminada a sostener que “*los actos unilaterales de la Administración llevados a cabo en la etapa de ejecución o de cumplimiento del contrato pertenecen asimismo a la categoría de actos separables y pueden ser atacados independientemente del contrato*”.

Por último, pudo establecer la Corte cómo en algunas oportunidades el Consejo de Estado ha precisado que el acto separable se equipara al acto precontractual²², lo que facilita, a juicio de la Corte, fijar quiénes son los sujetos que tienen derecho a impugnarlo y en otras ocasiones ha dicho que la “*calificación de los actos*

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

separables no se reserva a los precontractuales, sino que cobija también otros actos unilaterales de la administración proferidos en otras etapas de la actividad contractual”²³.

De todas formas, dejó claro la Corte Constitucional cuáles eran las consecuencias de la tesis de la separabilidad a saber **“que los actos separables pueden ser demandados independientemente del contrato a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, al paso que para los actos no separables se reservan las acciones contractuales”²⁴.** (Énfasis añadido).

Ahora bien, he extendido el análisis de la sentencia emitida por la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 32 (parcial) de la Ley 446 de 1998, pues parte del motivo que me condujo a separarme de la decisión mayoritaria radica en el equívoco entendimiento que realiza la Sala respecto de lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1048 de 2001 y se relaciona, de igual forma, con la noción de *obiter dictum* que utiliza la sentencia de la que discrepo como argumento para realizar una interpretación del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 que recorta sus alcances, pues no se compadece con la importancia que le confiere el ordenamiento jurídico a la acción de nulidad, la cual, como ya lo indiqué atrás, no sólo busca fortalecer la participación ciudadana en el ejercicio del control de legalidad de los actos de la Administración sino asegura, de igual forma, el acceso a la administración de justicia.

Tampoco se compagina la decisión mayoritaria con el tenor literal del mencionado artículo 32, ni con el sentido que le confirió la sentencia C-1048 de 2001, sentido éste, que le resultaba por entero indispensable fijar a la Corte Constitucional para poder decidir sobre la acusación. Así las cosas, lo dicho por la alta Corporación en

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 1994. Consejero Ponente, Juan de Dios Montes.

²⁴ La Corte llegó a la siguiente conclusión: “La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso si a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio”.

la sentencia C-1048 de 2001 sobre la impugnación de actos previos al contrato mediante la acción pública de nulidad, incide directamente en su decisión y no puede asimilarse a un *obiter dictum*, como lo sostiene la sentencia de la que salvo mi voto.

En varios apartes de la providencia que despierta mi inconformidad se asegura que la expresión “*según el caso*” contemplada en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 que reformó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo “*descarta la posibilidad de que todos los actos previos a la celebración del contrato puedan ser demandados por cualquier persona como es propio de la acción de nulidad*”. Para llegar a ese entendimiento, la sentencia reconoce que en pronunciamientos anteriores la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, había concluido “*que el acto de adjudicación puede discutirse a través del contencioso de simple legalidad, con el único propósito de defender la regularidad de la actuación administrativa*”. A renglón seguido, afirma sin embargo que los pronunciamientos sobre el punto tenían “un efecto persuasivo”, pues no se habían relacionado con el asunto por decidir.

A mi manera de ver, la Sala incurre aquí en una confusión conceptual en relación con los alcances que le confiere a la noción de *obiter dictum*. Para la Sala lo dicho en las providencias citadas y emitidas por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional –sentencia C-1048 de 2001–, puede equipararse a meras reflexiones que se citan con un efecto persuasivo sin mayor peso argumentativo. Desde luego, esa afirmación coincide con la definición de *obiter dictum* que significa “*dicho de paso*”. En lo que no estoy de acuerdo es en que lo afirmado por las citadas sentencias pueda equipararse a argumentos dichos de paso en la parte motiva sin mayor efecto sobre el fallo.

Estimo que en relación con lo anterior debe efectuarse la siguiente distinción. De un lado, siempre resulta factible que lo dicho en una providencia judicial no tenga una relación directa con lo que se resolverá en ella. De todos modos, aquí es necesario diferenciar entre *obiter dictum* o argumento persuasivo y argumentos jurídicos que aun cuando no influyen en la decisión muestran cuál es la posición jurisprudencial respecto de un tema en concreto. Esta distinción, creo yo, es importante y me permite mostrar que el argumento del *obiter dictum* utilizado por la decisión mayoritaria de la que disiento no encaja, pues en cada una de las providencias citadas lo que hace el Consejo de Estado o la Corte Constitucional es

fijar una posición respecto del control de los actos previos a la celebración del contrato, posición que concuerda, además, con lo dispuesto por el tenor literal del artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

Es por ello, insisto, que difícilmente podría afirmarse que los pronunciamientos hechos por los altos Tribunales –cuyas decisiones fueron citadas por la decisión mayoritaria–, respecto de la impugnación de las actuaciones previas al contrato *“no pasan de ser una motivación incidental que, por supuesto, constituye un mero dictum persuasivo en tanto –de nuevo– se trata de una reflexión ajena al objeto del asunto por decidir, toda vez que la demanda fue interpuesta en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (...)”*. En otras palabras, la Sala se vale de una concepción equívoca de *obiter dictum* que termina por restringir el tenor literal del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 en el sentido de concluir, sin que exista sustento alguno para ello, que sólo son impugnables los actos previos al contrato por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, algo que no puede deducirse de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, ni de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional luego de la puesta en vigencia de la mencionada Ley 446.

Sea este el lugar para recordar una vez más que ley 446 de 1998 tuvo entre sus propósitos principales fortalecer la participación ciudadana en el ejercicio del control de legalidad respecto de los actos previos separables del contrato administrativo y por ello aseguró una vía intermedia que garantiza, de un lado, el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia y procura, del otro lado, conferir estabilidad a los contratos administrativos. La ley, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-1048 de 2001, logró combinar *“las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual (...) con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política”*. Así las cosas, una vez suscrito el contrato administrativo éste se pone a salvo de acciones instauradas con propósitos extraños al bien común dado que, una vez en firme el contrato, la acción de nulidad sólo podrá ser incoada por personas que demuestren interés directo en el mismo sin perjuicio de las acciones que pueda promover el Ministerio Público o de la nulidad que decreta de oficio la autoridad judicial.

Espero que lo hasta aquí expuesto arroje claridad sobre las razones que me condujeron a apartarme respetuosamente de la decisión mayoritaria.

Fecha UT SUPRA

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO