



Función Pública

Sentencia 19880 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C quince (15) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880)

Actor: INDUSTRIAS MCLAREN LTDA

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Proceso: Acción contractual

Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Industrias McLaren Ltda. contra la sentencia del 7 de diciembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 4 de junio de 1999¹ contra el Municipio de Pereira y contra la Señora María Liry Saavedra de Giraldo, Industrias McLaren Ltda. pidió que se decretara la nulidad absoluta del contrato de suministro No. 05-99 que los demandados celebraron el 30 de abril de 1999.

Pide además que como consecuencia de la anterior pretensión se condene al Municipio de Pereira a pagar a la demandante la suma de \$20.158.011, por concepto de la utilidad que dejó de percibir por no haber celebrado ella el contrato con la entidad municipal, suma ésta que deberá ser actualizada y pagada con intereses.

Finalmente, en las pretensiones dice que se invoca como fundamento de la nulidad absoluta del contrato su ilegal e irregular adjudicación contenida en la Resolución No. 560 del 30 de abril de 1999.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 18 de marzo de 1999 el Municipio de Pereira hizo una invitación pública en la que anunciaba que recibiría ofertas tendientes a la adquisición de bonos escolares.

Industrias McLaren presentó oportunamente su oferta mientras que, según el libro de correspondencia, la adjudicataria del contrato no entregó dentro del término su propuesta ni las muestras que exigía la invitación, toda vez que el citado libro no da cuenta de haberse hecho en tiempo esas entregas.

Como el Comité Asesor recomendó adjudicar el contrato a María Liry Saavedra de García, propietaria del establecimiento de comercio denominado Creaciones María Liry, y la invitación exigía presentar muestras, se sigue que se violó la Ley 80 de 1993 porque no se allegó oportunamente la oferta junto con las muestras exigidas.

De otro lado, agrega, el Municipio de Pereira aplicó equivocadamente los criterios de selección porque aplicó al plazo la fórmula prevista para el aspecto económico sin que el pliego de condiciones la contuviera para aquel.

Como soporte de sus pretensiones aduce que "como la ley cierra la posibilidad de demandar el acto de adjudicación una vez se firma el contrato (artículo 32 de la Ley 446 de 1998 inciso 2), debe pedirse la nulidad del contrato invocando como fundamento la ilegalidad del acto previo de

adjudicación del contrato."²

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiados los demandados del auto admisorio, el asunto se fijó en lista pero sólo el Municipio de Pereira le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de celebrar una audiencia de conciliación que resultó fracasada por la ausencia de ánimo conciliatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo aprovecharon la demandante y el Municipio de Pereira.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 7 de diciembre de 2000 el Tribunal Administrativo del Risaralda decidió negar las pretensiones de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Empieza el sentenciador de primera instancia por traer a cuento la afirmación que hizo el Municipio de Pereira al contestar la demanda en el sentido de sostener que *"cuando el acto de adjudicación sea el supuesto que genere la nulidad, invalidez o inexistencia del contrato, debe ser previamente demandado mediante la acción correspondiente, para que se pueda lograr pretensión buscada"*.

Seguidamente el Tribunal recuerda que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 prevé como causal de nulidad absoluta de los contratos estatales el evento de la nulidad de los actos administrativos en que ellos se fundamentan.

Rememora además que la actora solicita la declaratoria de nulidad del contrato invocando como fundamento que el acto de adjudicación es ilegal e irregular, de lo que deduce el Tribunal que según la demandante el perjuicio se deriva del acto previo y no del contrato y por consiguiente ha debido demandarse el acto de adjudicación pues, mientras no se declare la nulidad de este, se presume su legalidad y por ende no puede dar lugar a indemnización alguna.

Argumenta entonces que como en este asunto la demandante no pidió la nulidad del acto de adjudicación, el juzgador no puede oficiosamente declarar esa nulidad por ser ésta una jurisdicción rogada y por no poder fallar *ultra petita*.

Concluye el Tribunal que al no demandar la nulidad del acto de adjudicación no hay lugar a estudiar el contrato para determinar si se encuentra viciado puesto que no es suficiente demandar la nulidad del contrato sino que es indispensable pedir también la nulidad del acto de adjudicación pues es éste en últimas el que ha causado el perjuicio.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra ésta decisión se alzó la parte demandante con fundamento en las razones que se resumen así:

Dice la recurrente que el Tribunal resolvió la cuestión de manera equivocada porque no aplicó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y además interpretó erróneamente el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Sostiene la apelante que de acuerdo con la disposición primeramente citada, una vez que se celebra el contrato, sólo se puede pedir su nulidad absoluta y por ende queda cerrada la posibilidad de demandar el acto de adjudicación ya que éste *"solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato,"* motivo por el cual no hay lugar a demandar esa actuación administrativa previa sino a redargüirla como fundamento o razón de la invalidez contractual.

Y en cuanto a la errónea interpretación del segundo precepto mencionado la demandante afirma que la disposición en comento en parte alguna está exigiendo que para demandar *"la nulidad absoluta del contrato estatal por vicios en la adjudicación deba demandarse el acto administrativo que le sirve de sustento"* sino que está simplemente señalando *"la consecuencia obvia"* que se produce cuando se declara la nulidad de los actos previos.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. En reciente providencia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³ precisó algunas reglas procesales para el cuestionamiento por vía judicial de los actos precontractuales, precisión que justificó expresando que *"de cuanto antecede se concluye que más que modificar el criterio antes referido [la providencia se refiere a aquel que se esbozó en auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777, y que cataloga como un obiter dictum, según el cual cualquier persona dentro del plazo previsto en la ley puede demandar la nulidad de cualquiera de los actos previos, incluido el de adjudicación], 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,⁴ 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 interpretación de las normas."*⁵

Precisó entonces la Corporación en ese fallo que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no vario la regla según la cual *"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 que por lo tanto *"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."*

Se señaló allí que la reforma que en verdad hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 fue permitir el control judicial de otros actos que se produzcan en la fase precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción contractual, siempre y cuando, claro está, que sean definitivos o que impidan continuar con el procedimiento de selección.

Ahora, en punto de la legitimación para cuestionar el acto de adjudicación y habida cuenta de los efectos que él produce, la Sección Tercera concluyó en la providencia que se viene comentando que *"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 estima vulnerado (sic) por el acto demandado."*

Puntualizó además la Sección Tercera que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo otra modificación importante y que consistió en permitir que sólo quien tenga y demuestre un interés directo puede pedir la nulidad absoluta del contrato estatal.

De todo lo anterior concluye la Corporación que *"tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquel, 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."*

Finalmente remata y resume las conclusiones sosteniendo que *"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."*

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

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

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

Así lo expresó:

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

Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del c.c.a, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras.

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

"(...)

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

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

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

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

Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio."⁷

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

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

Pero ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión "*una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato*", hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁹ al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

"Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

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

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

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

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

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

3. Como podrá recordarse Industrias McLaren Ltda. pidió que se decretara la nulidad absoluta del contrato de suministro No. 05-99 que los demandados celebraron el 30 de abril de 1999 y que además, como consecuencia de la anterior pretensión, se condene al Municipio de Pereira a pagar a la demandante la suma de \$20.158.011, por concepto de la utilidad que dejó de percibir por no haber celebrado ella el contrato con la entidad municipal, suma ésta que deberá ser actualizada y pagada con intereses.

También se rememora y se advierte que la demandante si bien es cierto que pidió la nulidad absoluta del referido contrato, alegando que el acto de adjudicación es ilegal, no es menos cierto que no pretendió la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y por ésta razón el *a quo* decidió negar las pretensiones de la demanda argumentando que como según aquella el perjuicio se deriva del acto previo y no del contrato, ha debido demandarse el acto de adjudicación pues, mientras no se declare la nulidad de este, se presume su legalidad y por ende no puede dar lugar a indemnización alguna.

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

Esta sola razón es suficiente para confirmar la sentencia apelada como en efecto se resolverá.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

F. A.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 84 a 100 del c. No. 1.

2 Folio 93 del c. No. 1.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 2011, Expediente 19.936.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de 14 de julio de 2004, exp. 14.318 (R-0617). (Esta cita de pie de página corresponde al texto transcrito.)

5 García Morillo, Joaquín "La cláusula general de igualdad", en *VVAA Derecho Constitucional*, Volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 194. (Esta cita de pie de página corresponde al texto transcrito.)

6 Recuérdese que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo al establecer 30 días para demandar los actos proferidos antes de la celebración del contrato.

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 7 de 2000, expediente 12.856.

8 Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777.

10 Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:32:36