



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C, dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015).

Radicación: 44001-23-31-000-2001-00155-01 (30.546)
Actor: SOCIEDAD FLOWTITE ANDERCOL S.A.
Demandado: MUNICIPIO DE MAICAO
Proceso: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 27 de enero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual se inhibió para decidir de fondo.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 23 de marzo de 2001¹ contra el Municipio de Maicao se pidió se declarara que es nula la Resolución 752 del 24 de noviembre de 2000 dictada por el Municipio de Maicao mediante la cual se adjudicó a Eternit Colombiana S.A el contrato de suministro de materiales, tuberías y accesorios para el construcción de la red de conducción del acueducto del Municipio de Maicao, dentro de la licitación pública No. 004 de 2000.

Consecuencialmente se solicitó la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Municipio de Maicao y Eternit Colombiana S.A, que se declare que la sociedad demandante tenía derecho a la adjudicación y se ordene el consecuente pago de indemnizaciones.

Lo anterior debido a que la propuesta de Eternit Colombiana S.A incumplió las condiciones fijadas en el Pliego de Condiciones y, por tanto, debió ser descalificada.

¹ Folios 1 a 21 del c. No. 1.



Subsidiariamente se solicitó se accediera a las mismas pretensiones en razón a que la demandante debió quedar en primer lugar dado que Eternit Colombiana S.A fue indebidamente calificada.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El Municipio de Maicao abrió licitación pública el 23 de octubre de 2000 a fin de contratar el suministro de materiales, tuberías y accesorios para el construcción de la red de conducción del acueducto del Municipio de Maicao

La sociedad Flowtite Andercol S.A presentó su propuesta para participar dentro de la licitación junto a Eternit Colombiana S.A, Pavco S.A Pam Colombia S.A y American Pipe and Construction International.

El 8 de noviembre de 2000 el Comité Evaluador valoró las propuestas presentadas obteniendo la sociedad demandante 860 puntos y el segundo lugar en el orden de elegibilidad al tiempo que Eternit Colombiana S.A ocupó el primer lugar con 950 unidades.

Corrido el traslado del acta de calificación a los oferentes Flowtite Andercol S.A presentó observaciones a la oferta de Eternit donde cuestionó su la experiencia específica, el certificado ISO 9002 allegado por ésta y el sistema de instalación de tubería ofrecido. Pam Colombia S.A y American Pipe and Construction International también presentaron observaciones respecto de Eternit.

El Comité Evaluador resolvió las objeciones formuladas el 23 de noviembre de 2000 ocupando Eternit la primera posición con 950 puntos y Flowtite Andercol la segunda con una sumatoria de 849.

El 24 de noviembre de 2000 se celebró audiencia de adjudicación en la cual el Alcalde de Maicao resolvió adjudicar el contrato a Eternit.



3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Después de decretar y practicar pruebas y de llevar a cabo una audiencia de conciliación que fracasó por falta de ánimo conciliatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que aprovecharon la parte demandante y el Agente del Ministerio Público.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 27 de enero de 2005 el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró probadas las excepciones de inepta demanda por falta de integración del acto administrativo complejo acusado y la de indebida escogencia de la acción.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

El *a-quo* consideró que se configuró la primera de las excepciones en comento dado que la adjudicación se hizo en audiencia pública y fue confirmada mediante la Resolución No. 752 de 24 de noviembre de 2000, siendo ello un acto administrativo complejo.

Por tanto, al haberse demandado únicamente la Resolución No. 752 se configura el vicio de ineptitud de la demanda, pues aun si se declarare la nulidad de dicho acto quedaría en firme la adjudicación contenida en el acta de la audiencia sin que el Tribunal pudiese pronunciarse oficiosamente sobre este punto.

Igualmente, el *a-quo* acogió la excepción de indebida escogencia de la acción, la que encontró configurada dado que en su sentir cuando se peticiona la nulidad del acto de adjudicación y del contrato la controversia es de naturaleza contractual siendo la pretensión principal la de nulidad del contrato. Así, la demanda resulta inepta dado que lo formulado por la sociedad accionante fue una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.



III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandada interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal erró al dar por probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Maicao.

Alegó que no le asiste razón al *a-quo* cuando afirma que el de adjudicación es un acto administrativo complejo; si bien es cierto que en el proceso licitatorio pueden existir varias decisiones administrativas el acto de la adjudicación es único.

El que la adjudicación se hubiere llevado a cabo en la audiencia pública no supone que se trata de otra adjudicación o paralela a la decidida en el acto administrativo demandado por el actor. Por lo tanto, la demanda no adolece de ineptitud por falta de integración de los actos demandados.

Frente a la declaratoria de indebida escogencia de la acción el recurrente precisa que al momento de entablar la demanda que ha dado origen al *sub judice* no se tenía suficiente claridad sobre los temas separables o no del contrato, la acción procedente contra estos así como el término de caducidad, la cual se vino a tener con pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-1048 de 2001) y el Consejo de Estado en julio de 2001 y en adelante. Con sustento en lo anterior el actor alega que no puede dictarse sentencia inhibitoria dado que es deber del juez hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades.

Finalmente recabó el actor sobre la prosperidad de las pretensiones de la demanda, dado que la propuesta de Eternit no se ciñó a las exigencias del pliego de condiciones dado que no se acreditó la experiencia específica del proponente, con lo cual se obtenía un puntaje inferior al de la sociedad actora.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.



V. CONSIDERACIONES

1. En este asunto se pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 752 de 24 de noviembre de 2000 mediante la cual el Municipio de Maicao adjudicó el contrato relativo al suministro de materiales, tuberías y accesorios para la construcción de la red de conducción del acueducto de Maicao, dentro de la licitación pública No. 004 de 2000. Consecuencialmente solicita se declare la nulidad del contrato suscrito entre el demandado y Eternit Colombiana S.A

2. Al respecto, vale traer a colación lo ya expuesto por esta Subsección en precedente oportunidad donde discurrió sobre el principio de publicidad en el procedimiento administrativo y los actos dictados en el momento de la adjudicación del contrato y analizó la impugnación de las decisiones administrativas en vía gubernativa y cuando se trata de actos que reiteran íntegramente el contenido de uno anterior. De estas cuestiones se ocupó la sentencia de 25 de mayo de 2011 en los siguientes términos:

"2.- Uno de los principios que orienta la actuación administrativa es el de publicidad² según el cual "las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código o la ley"³ y por lo tanto toda decisión administrativa debe ser dada a conocer para asegurar así el debido proceso en sus componentes, entre otros, de defensa y contradicción.

Ahora, la publicidad también permite hacer efectivo el principio de transparencia que debe regir en las actuaciones de la Administración, en especial si se trata de su actividad contractual.

Una de las maneras de comunicar o notificar consiste en entender que si una decisión se tomó en audiencia o diligencia, las partes quedaron notificadas de lo resuelto en el día en que ella se celebró aunque no hubieren concurrido.⁴

3. El artículo 273 de la Constitución Política permite que el acto de adjudicación de una licitación pública tenga lugar en una audiencia pública y deja en manos de la ley la reglamentación, entre otros aspectos, de las condiciones en que ella debe realizarse.

En desarrollo de aquel precepto superior el numeral 10° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 señala quienes pueden participar en esa audiencia y preceptúa que de ésta se

² Artículo 209 de la Constitución política.

³ Inciso 7° del artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

⁴ Artículo 325 del C. P. C.



levantará un acta en la que se hará constar "las deliberaciones y decisiones" que se hubieren producido.

Por su parte el numeral 11° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, vigente por aquel entonces en que se declaró desierta la licitación que ha dado lugar a esta controversia pero luego derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, disponía que el acto de adjudicación debía notificarse de manera personal al oferente seleccionado y que si no se hubiere realizado en audiencia pública, los no favorecidos debían ser enterados dentro de los cinco (5) días siguientes.

Este numeral en manera alguna consagraba que los proponentes no favorecidos no debían ser avisados del acto de adjudicación; por el contrario, lo que de allí se desprende es que en todos los casos ellos debían quedar enterados, bien porque se les comunicara dentro de los cinco (5) días siguientes si el acto de adjudicación no se produjo en audiencia pública, o bien en estrados si el acto se profirió en ésta.

Ahora, como la Ley 80 de 1993 en parte alguna señalaba o señala cómo debe comunicarse o notificarse el acto que declara desierta una licitación, es consecuencia obligada que para las situaciones que quedaron comprendidas en la vigencia del ya derogado numeral 11° de su artículo 30, debe aplicarse de manera analógica lo antes mencionado, es decir que si la decisión se tomó en audiencia pública se entiende que los oferentes quedaron enterados de lo decidido en el día en que ella se celebró y si no se adoptó en audiencia se les debía comunicar dentro de los cinco (5) días siguientes.

4. Por acto administrativo de contenido individual se entiende toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

En la actividad contractual del Estado el proceso de selección puede concluir o con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto del proceso de escogencia, eventos ambos en que debe proferirse un acto administrativo que así lo decida o declare.

La decisión de adjudicación, si bien hoy es obligatorio que se adopte en audiencia pública, en aquel entonces podía tomarse en ésta o por fuera de ella y obviamente la posibilidad comprendía, y hoy comprende, no sólo la adjudicación propiamente dicha sino también la declaratoria de desierto de la licitación porque entender que ésta última no queda cobijada conduce al absurdo de afirmar que todo proceso de selección que deba decidirse en audiencia pública implica irremediablemente la adjudicación del contrato aunque esto sea legalmente improcedente.



Con otras palabras, si la escogencia debe hacerse en audiencia pública en ella sólo puede ocurrir una de dos cosas: o se adjudica el contrato o se declara desierta la licitación.

La audiencia pública jamás podrá concluir sin que se haya optado por una de estas dos cosas pues la abstención por ser ilegal compromete la responsabilidad de la Administración.

5. Cuando un acto administrativo ha sido cuestionado por la vía gubernativa y resulta modificado o confirmado por aquel que decide el recurso, se conforma una relación jurídica entre éste y el impugnado de tal suerte que forman un todo inescindible.

Lo mismo no puede decirse si el acto es revocado porque en éste evento, como es obvio, sólo subsistirá el que revoca puesto que el revocado ha desaparecido del mundo jurídico.

Esta la razón para que el inciso tercero del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo disponga que "si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión".

Ahora, si la razón de ser está en la relación jurídica que se establece entre esa pluralidad de actos administrativos ha de concluirse entonces que en todas las hipótesis en que tal relación se presente, el cuestionamiento de uno de los actos por la vía jurisdiccional exige que también se cuestionen los restantes.

Pues bien, uno de los eventos en que se presenta una relación jurídica como la que se viene comentando es precisamente cuando un acto administrativo reproduce íntegramente uno anterior y por consiguiente la demanda que se promueva deberá comprender necesariamente a los dos.

Entenderlo de otra manera conduciría a la situación absurda de finalmente estar ante una sentencia que nada resuelve, aunque resuelva, pues sería una providencia inane toda vez que el acto que no fue demandado seguiría existiendo con presunción de legalidad y produciendo todos los efectos que le son propios.

En consecuencia, si en estos casos no son demandados todos los actos y el asunto llega así hasta el momento de proferir sentencia, lo que procede es la inhibición por la ineptitud de la demanda."⁵

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 18116.



Súmese a esta última consideración el que en casos como el *sub judice*, contenciosos subjetivos de anulación, el juzgador no cuenta con la competencia oficiosa para estudiar la nulidad de actos diferentes a aquellos que han sido demandados en tanto en cuanto se trata de una acción donde el actor procura la protección particular de su interés subjetivo, lo que marca una diametral diferencia con los medios de control de simple nulidad y nulidad por inconstitucionalidad los cuales se dirigen, exclusivamente, a la conservación del ordenamiento jurídico en abstracto y como un todo.

3.- En el asunto que ahora se revisa por la vía de la apelación resulta claro que el acto administrativo cuestionado es aquel que adjudicó la licitación pública No. 004 de 2000.

De acuerdo con lo relatado en los hechos de la demanda⁶ y los documentos obrantes en el plenario⁷ en el proceso de selección que convocó la demandada se celebró una audiencia pública para decidir sobre la adjudicación del contrato.

La audiencia se celebró el 24 de noviembre de 2000 y en ella, con la presencia de la aquí demandante, el Alcalde del Municipio de Maicao "*adjudic[ó] el contrato de suministro de materiales, tuberías y accesorios para la construcción de la red del acueducto de Maicao a Eternit Colombiana S.A...*"⁸

Por consiguiente es incuestionable que el acto administrativo de adjudicación del contrato se produjo el 24 de noviembre de 2000 porque en ese momento hubo una manifestación unilateral de voluntad de quien ejercía una función administrativa, tendiente a la producción del efecto jurídico de adjudicar el contrato relacionado con la licitación pública precitada.

Así que materialmente la adjudicación del contrato se produjo en ese momento y no en otro y por lo tanto allí se agotó la actuación administrativa licitatoria de suerte que la expedición de la Resolución No. 752 del 2000, no eliminó, no sustituyó, no modificó, no adicionó, no alteró, no revocó, sino que reprodujo íntegramente lo que ya estaba

⁶ Folio 6 del c. No. 1.

⁷ Folios 218-224 c 1.

⁸ Folio 220 c 1.



resuelto en el acto primigenio contenido en el Acta de 24 de noviembre de 2000 que documentó lo acontecido en la audiencia pública.

Y esto es así, y no podía ser de otra manera, porque habiéndose de resolver sobre la adjudicación en una audiencia pública y siendo las alternativas o la adjudicación propiamente dicha o la declaratoria de desierta de la licitación, la decisión correspondiente debía tomarse allí, como efectivamente se hizo, y no en momento diferente.

Y como la decisión se adoptó en una audiencia pública todos los oferentes quedaron enterados ese mismo día de lo que en ella se resolvió aunque no hubieran asistido y con mayor razón si asistieron, tal como aconteció con la demandante.

De suerte que la mencionada Resolución No. 752 de 24 de noviembre de 2000 ha de tenerse simplemente como una reproducción del acto administrativo de que da cuenta el Acta de la Audiencia Pública de la misma fecha.

En estas circunstancias se pone en evidencia que entre el acto administrativo originario que está contenido en el Acta de la Audiencia Pública y la Resolución 752 de 24 de noviembre de 2000, que reprodujo el anterior, se formó por este hecho una relación jurídica inescindible que hacía necesario, si de cuestionar judicialmente se trataba, demandarlos a los dos.

Como la demandante no demandó los dos actos sino solamente la Resolución No. 752 de 24 de noviembre de 2000, según se ve en el libelo demandatorio y en el recurso de apelación, es conclusión obligada que su demanda es inepta y por consiguiente se impone la inhibición.

Siendo ello así, la Sala no encuentra necesario ocuparse de la otra excepción abordada por el Tribunal, pues la suerte de esta última no varía la ya verificada ineptitud de la demanda.

Como de esta manera lo vio y decidió el Tribunal debe confirmarse la sentencia apelada.



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 de 27 de enero de 2005 proferida dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que se inhibió para conocer de fondo, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta Sala Subsección C


JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente