



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 66001-23-31-000-2005-00994-02 (48905)

Actor: UNIÓN TEMPORAL CUTUMAY

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: CAPACIDAD DE LOS CONSORCIOS y UNIONES TEMPORALES PARA COMPARECER AL LITIGIO – pueden actuar a través de su representante / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL - deber de elevar la pretensión orientada a obtener la declaratoria de nulidad del contrato so pena de configurarse la ineptitud sustantiva de la demanda.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala de Decisión, mediante la cual se dispuso:

“1. Se declaran probadas las excepciones propuestas por la parte demandada Municipio de Pereira, denominadas Falta de legitimación en la causa por activa y falta de capacidad procesal, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

“2. Declárase inhabilitado este Tribunal para decidir el fondo del presente asunto.

“3. Expídanse por Secretaría las copias que sean solicitadas a costa de la parte interesada.

“4. Una vez en firme esta decisión, por Secretaría procédase a la devolución del remanente de la cuota de gastos a que haya lugar a la parte demandante”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 22 de septiembre de 2005, la unión temporal¹ Cutumay, por conducto de su representante instauró demanda, en ejercicio de la acción contractual, en contra del municipio de Pereira y del consorcio C&G Ltda. – Incocivil Ltda., con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0076 del 2003 que adjudicó la Licitación Pública No. 077 de 2003, cuyo objeto consistió en la construcción de la segunda etapa del centro cultural metropolitano de Pereira.

Como consecuencia, pidió que se condenara al ente territorial demandado a pagar los perjuicios sufridos por no haber resultado favorecida con la adjudicación del respectivo contrato, materializados en la suma de \$852'804.516, correspondiente a la utilidad esperada por su ejecución.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 22 de julio de 2003 el municipio de Pereira abrió la Licitación Pública No. 077-2003, con el objeto de recibir propuestas para contratar la construcción de la segunda etapa del centro cultural metropolitano de esa ciudad.

2.2. Al proceso de selección se presentaron varios proponentes, entre ellos, los siguientes: 1) unión temporal Cutumay; 2) consorcio C& G Ltda. – Incocivil Ltda.

2.3. Se indicó en la demanda que la propuesta presentada por el consorcio C & G Ltda. - Incocivil Ltda. incurrió en varias inconsistencias relacionadas con la acreditación de la experiencia de sus miembros, las cuales, no obstante ser advertidas por el demandante en la etapa de evaluación, a través de las respectivas observaciones, no fueron acogidas por la entidad convocante.

2.4. A pesar de que, según se sostuvo, la propuesta de la unión temporal accionante resultó ser la más favorable, luego de ser evaluada ocupó el segundo lugar en el orden de elegibilidad.

¹ A pesar de que tanto en la demanda como en el poder se identificó al demandante como consorcio, las pruebas que obran en el proceso dan cuenta de que su conformación y participación en el procedimiento de selección se produjo bajo la forma de unión temporal.

2.5. Mediante Resolución No. 076 del 2003 la entidad adjudicó la Licitación Pública No. 077-2003 al consorcio C & G Ltda. – Incocivil Ltda.

2.6. Como consecuencia de lo anterior, el 24 de septiembre de 2003, el municipio de Pereira y el consorcio C & G Ltda. – Incocivil Ltda. celebraron el contrato de obra correspondiente².

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora adujo que la contratación estatal llevada a cabo por las autoridades sometidas al imperio de la Ley 80 de 1993 debía desarrollarse con apego no solo a las normas sustanciales y procesales sino también a los principios contenidos en la Carta Política.

Siguiendo esa dirección, se refirió a los mandatos que se extraían del preámbulo de la Constitución y de sus artículos 2, 83 y 209, en cuyo tenor consagraban la efectividad de los derechos y garantías, la buena fe y los principios de la función administrativa.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante providencia del 24 de octubre de 2005, señaló que el acto administrativo acusado, identificado con el No. 0076 y aportado junto con la demanda, al parecer, constituía apenas un proyecto de acto, por cuanto no se encontraba suscrito por quien lo expidió y no contaba con constancia de publicación y ejecutoria. Con fundamento en lo expuesto decidió inadmitir la demanda para que se corrigiera la falencia anotada.

4.2. Dentro del término otorgado la parte actora presentó copia de la Resolución No. 2768 del 22 de septiembre de 2003, por medio de la cual el municipio de Pereira adjudicó la Licitación No. 077 de 2003, cuyo objeto lo constituyó la construcción de la segunda etapa del centro cultural metropolitano.

4.3. En proveído del 2 de marzo de 2006 el Tribunal de origen rechazó la demanda, por considerar que el accionante no la corrigió en los términos indicados en la decisión inadmisoria, dado que en el término concedido para ese efecto aportó una resolución identificada con número y fecha diferentes a los descritos en el escrito primigenio.

4.4. El demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión contentiva del rechazo.

² Así fue afirmado por el demandante en el hecho tercero del libelo introductor.

4.5. Surtido el trámite legal, por auto del 7 de febrero de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el recurso de alzada, en desarrollo de lo cual revocó el rechazo de la demanda y procedió a admitirla.

En esa oportunidad esta Corporación expuso:

“Si bien el apoderado de la parte actora omitió corregir la demanda, pues, a pesar de que el acto cuestionado fue el que adjudicó al consorcio C&G Incocivil Ltda., la construcción de la segunda etapa del Centro Cultural Metropolitano de Pereira, esto es, la Resolución No. 2768 de 2003, como se deduce del texto de la demanda, en la demanda, en la pretensión primera se pidió la anulación de la Resolución No. 0076 de 2003.

“Sin embargo, a juicio de la Sala, tal omisión no resultaba suficiente para haberla rechazado, pues de lo visto se infiere, con toda claridad que el actor demandó la resolución que adjudicó la licitación pública al consorcio C&G Incocivil Ltda., y no otra, así este hubiera señalado que demandaba la Resolución No. 0076 de 2.003, la cual nada tenía que ver con el acto rechazado, pues como el mismo lo admitió, ello de se debió a un error de transcripción”³.

4.6. Agotadas las notificaciones de rigor y el trámite de fijación en lista del proceso, mediante providencia del 31 de marzo de 2008 el Tribunal de primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda

5.1. Municipio de Pereira

La entidad presentó escrito de contestación dentro del término legal.

En dicha ocasión se pronunció frente a los hechos de la demanda y precisó que el demandante había concurrido al procedimiento de selección en condición de unión temporal y no de consorcio como se consignó en la demanda.

Agregó que a la oferta, posteriormente seleccionada, se le formularon varias observaciones, las cuales, luego de realizar un análisis juicioso, claro y detallado, fueron resueltas por el Comité técnico, jurídico y económico del municipio.

En ese sentido señaló que el consorcio adjudicatario satisfizo todos los requerimientos elevados por la entidad en la etapa previa y acreditó el cumplimiento de las exigencias insertadas en el pliego de condiciones.

³ Auto dictado el 7 de febrero de 2007 dentro del proceso de la referencia por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Alier E. Hernández Enríquez.

Como razones de la defensa sostuvo que con la expedición del acto acusado no se le produjo daño alguno al demandante, cuestión que se oponía a considerar la prosperidad de las pretensiones invocadas.

En adición propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva

El ente territorial argumentó que el demandante, consorcio Cutumay, no se encontraba legitimado para demandar la nulidad del acto de adjudicación, habida consideración de que quien había participado en el proceso licitatorio era una unión temporal.

Falta de prueba de la calidad en que actúa el demandante e indebida representación del demandante

Observó que ninguna de las pruebas de la demanda acreditaba que el poderdante, Javier Eduardo Delgado Sepúlveda, ostentara la condición de representante del consorcio Cutumay.

Falta de capacidad procesal

Precisó que el consorcio demandante no constituía una persona jurídica diferente a la de las sociedades o personas que lo integraban, razón por la que carecía de capacidad para comparecer al proceso.

Finalmente propuso las que denominó “*improcedencia de la acción por inexistencia de causales de nulidad respecto del acto administrativo demandado*” e “*inobservancia del principio procesal de la carga de la prueba*”.

5.2. Consortio C & G Ltda. – Incocivil Ltda.

A pesar de que en el auto admisorio de la demanda se dispuso la vinculación del Consortio C & G Ltda. – Incocivil Ltda. como parte integrante del extremo pasivo y de que, en cumplimiento de esa decisión, se surtió la debida notificación⁴ por conducto de su representante, se evidencia que el consorcio adjudicatario no ejerció su derecho de contradicción, ya que en el término del traslado de la demanda guardó silencio.

6. La sentencia impugnada

⁴ Obra en el expediente el oficio citatorio de la notificación personal enviado por correo certificado y la correspondiente constancia de notificación por aviso al consorcio C&G Ltda. – Incocivil Ltda. (fls. 62 y 66 c1).

El Tribunal Administrativo de Risaralda resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

La razón principal de su decisión radicó en que, a la luz de la postura jurisprudencial de entonces, los consorcios y uniones temporales no formaban una persona jurídica distinta a sus mismos integrantes. De lo dicho concluyó que existía una indebida representación de la parte actora.

Al respecto puntualizó que el apoderado de la demandante actuaba con fundamento en un poder otorgado por el señor Delgado Sepúlveda, quien afirmaba ser el representante de la unión temporal Cutumay, sin que existiera prueba alguna del acto de su conformación ni de los demás poderes suscritos por los miembros de la unión temporal.

7. El recurso de apelación

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

El apelante reprochó la falta de análisis del tema central de la litis por haberse proferido una decisión inhibitoria. Para el actor, debía prevalecer el derecho sustancial sobre la forma, situación que imponía el deber de observar que quien participó en la licitación era la misma unión temporal que impetró la presente demanda y la que resultó afectada por el acto demandado.

Consideró que era un deber del Tribunal, de inicio, inadmitir la demanda para que la parte actora allegara el documento de conformación de la unión temporal y para que cada uno de sus miembros aportara el respectivo poder, pues fue su omisión la que dio lugar al subsecuente fallo inhibitorio.

Estimó inadmisibles que el Tribunal de primera instancia se hubiera escudado en su propio error, consistente en la ausencia de un estudio minucioso de la demanda, para con base en el mismo denegar la administración de justicia que se deprecaba.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 18 de noviembre de 2013 la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante.

8.2. Por medio de providencia del 14 de febrero de 2014 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** de la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante; **3)** procedencia de la acción contractual – deber de elevar la pretensión orientada a obtener la declaratoria de nulidad del contrato so pena de configurarse la ineptitud sustantiva de la demanda y **4)** costas.

1) Competencia del Consejo de Estado

1.1) El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se somete a consideración de la Sala el examen de legalidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 2768 de 22 de septiembre de 2003⁵, por el cual el municipio de Pereira adjudicó la Licitación Pública No. 077 de 2003⁶.

Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, municipio de Pereira, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁷, es un ente territorial y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

⁵ Se aclara que aunque este no fue el número de la resolución que se identificó en la demanda, lo cierto es que esa es la interpretación que se le impartió al libelo introductorio por la Sección Tercera del Consejo de Estado al escrito aportado por el demandante dentro del término concedido para la corrección de la demanda y con base en la cual, al pronunciarse sobre la apelación interpuesta contra el rechazo de la demanda, se dispuso su admisión,

⁶ Fls. 669-678 C2.

⁷ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

1.2) También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$852'804.516, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$190'750.000)⁸, exigida en la Ley 954 de 2005 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2) De la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante

Teniendo en cuenta que tanto el fallo de primera instancia como el argumento central de la impugnación impetrada en su contra se basaron en controvertir la posibilidad de que la unión temporal que integra el extremo activo de la presente acción compareciera al proceso a través de su representante, la Sala precisa la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular.

Ciertamente, con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente imperaba, a los consorcios y a las uniones temporales no se les reconocía capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial bajo el entendimiento de que, efectivamente, no constituían una persona jurídica diferente a los sujetos que la conformaban, tal cual lo consideró el *a quo*.

Posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación⁹, recogió la postura jurisprudencial que dominaba la materia en cuanto a la falta

economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“(…)”.

⁸ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 22 de septiembre de 2005, correspondió a \$381.500.

⁹ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos

de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como litisconsortes.

En el citado pronunciamiento la Sala Plena advirtió que si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituían personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las integraban, en atención al expreso reconocimiento que la ley les otorgaba respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilitaba para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanaban de los contratos estatales cuya celebración se les autorizaba, también era claro que igual podían actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante.

Así pues, en acatamiento de la línea de pensamiento que orientó el fallo de unificación y que se encuentra actualmente en vigor, surge con claridad que la unión temporal Cutumay podía concurrir a la presente causa en calidad de demandante, siempre que actuara por conducto de su representante quien, a su turno, estaría facultado para otorgar poder a un profesional de derecho.

En este punto igualmente se observa que se encuentra en discusión la condición de representante de la unión temporal Cutumay, en cuya virtud afirma actuar el poderdante Javier Eduardo Delgado Sepúlveda, toda vez que, de conformidad con la providencia apelada, en el expediente no reposaba el documento de conformación de la unión temporal en cuyo contenido constara la identidad de la persona designada para esos efectos.

Al respecto, la Sala considera que aun cuando le asiste razón al operador de primer grado en cuanto sostuvo que en el expediente no reposa el acta de conformación de la unión temporal Cutumay, no puede dejarse de lado el hecho de que existen varios elementos de prueba en la actuación que permiten colegir que el señor Javier Eduardo Delgado Sepúlveda fungió como representante de dicha agrupación.

En efecto, milita en el plenario la carta de presentación de la propuesta allegada por la unión temporal Cutumay, la cual se encuentra signada por el señor Javier Eduardo Delgado Sepúlveda en calidad de representante dicha unión¹⁰. Además, el anterior documento se acompañó de la Póliza de Seriedad de la Propuesta No. 296682, otorgada por la unión temporal

estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante.

“(...)”.

¹⁰ Fls. 175-176 C2.

Cutumay y expedida por la compañía Liberty Seguros S.A., cuyo contenido da cuenta de que su representante es Javier Eduardo Delgado Sepúlveda¹¹.

Igualmente se desprende del contenido del oficio del 3 de septiembre de 2003, a través del cual Javier Eduardo Delgado Sepúlveda presentó el escrito de observaciones al informe de evaluación correspondiente a la Licitación No. 077-2003 y suscribió dicho documento en calidad de representante de la unión temporal Cutumay¹².

Lo dicho también se evidencia en el contenido del concepto rendido por el Comité de Evaluación del municipio, en el cual se pronunció en relación con la observación presentada en el oficio anteriormente señalado en los siguientes términos: “*UNIÓN TEMPORAL CUTUMAY: Este proponente, a través de su representante legal, en escrito de fecha septiembre 3 de 2003, frente a la propuesta presentada por el Consorcio C&G Ltda. INCOCIVIL LTDA. plantea las siguientes objeciones*”¹³.

Así mismo, en el acta de adjudicación de la Licitación No. 077 del 2003 se consignó que a la audiencia llevada a cabo el 17 de septiembre de 2003 asistieron los siguientes proponentes: “*Ing. Javier Delgado S. – Rep. Legal U.T. Cutumay*”¹⁴.

Ante este panorama, con sujeción a las conclusiones expuestas en la sentencia de unificación en referencia y a los aludidos elementos de prueba, la Sala encuentra que la unión temporal Cutumay compareció al proceso a través de su representante, quien a su vez otorgó poder en debida forma a un abogado para que acudiera a la instancia judicial en ejercicio de la acción contractual objeto del presente pronunciamiento y en mérito de lo anotado se encuentra legitimada para integrar el extremo activo de la presente controversia.

3) Procedencia de la acción contractual – Deber de elevar la pretensión orientada a obtener la declaratoria de nulidad del contrato so pena de configurarse la ineptitud sustantiva de la demanda

En orden a abordar el examen de los demás presupuestos procesales de la acción se advierte lo siguiente:

La presente demanda se instauró el 22 de septiembre de 2005, en ejercicio de la acción contractual, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 2768 del 22 de septiembre de 2003, mediante la cual el municipio de Pereira adjudicó la Licitación Pública No. 077-2003, adelantada para contratar la construcción de la segunda etapa del centro

¹¹ Fl. 179 C2.

¹² Fls. 24-27 C2.

¹³ Fls. 69-79 C2.

¹⁴ Fls. 87-105 C2.

metropolitano de esa ciudad, al consorcio C&G Ltda. – Incocivil Ltda. Como consecuencia de lo anterior, la demandante solicitó condenar a la entidad al pago de la suma correspondiente a la pérdida de la utilidad derivada del hecho de no habersele adjudicado el contrato.

La Sala recuerda que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.- reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda-, los actos precontractuales serían demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso y a renglón seguido prescribía que, de llegar a celebrarse el contrato producto del procedimiento de selección, la ilegalidad de los actos previos solamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

La anterior prescripción suponía la posibilidad de que el afectado demandara el acto previo –en este caso el de adjudicación- a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta días siguientes a su notificación o publicación.

Con todo, en el evento en que el contrato adjudicado se hubiera celebrado antes de culminar ese término y el interesado hubiera tenido conocimiento de esa circunstancia, se debía incoar la acción contractual por cuyo cauce se le imponía el deber de integrar la pretensión de nulidad de los actos previos con la de la nulidad absoluta del contrato sustentada en la ilegalidad de aquellos, pues la inobservancia de esta última previsión, según lo ha sostenido de manera reiterada esta Sección¹⁵, acarrearía la ineptitud sustantiva de la demanda.

¹⁵ Sobre el particular consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, el 20 de febrero de 2014, expediente: 27.507, C.P. Danilo Rojas Betancourth. *“En el sub lite, el acto administrativo por el cual se adjudicó el contrato fue expedido el 12 de julio de 1999 y el contrato adjudicado, fue celebrado el día 13 de julio de 1999, lo cual significa que, de acuerdo con la norma procesal mencionada, si los proponentes vencidos en el procedimiento de selección querían controvertir judicialmente la decisión de adjudicación, ya solo podían hacerlo mediante el ejercicio de la acción contractual dirigida a obtener la declaratoria de nulidad del contrato celebrado con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación, cuya nulidad también debían solicitar en la misma demanda, mediante una acumulación de pretensiones permitida por la ley”*.

El mismo tema se trató en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Subsección C, el 14 de mayo de 2014, dentro del expediente No. 25.975, C.P. Olga Mérida Valle De De La Hoz.

“...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”; situación que no acontece en el sub lite, puesto que el actor se limita a pedir la nulidad del acto administrativo que hizo la adjudicación del contrato, sin que solicitara por ninguna parte la nulidad del contrato.

“(…).

“En esas circunstancias es claro que la demanda es inepta por falta de ese otro presupuesto sustancial de la acción, lo cual es suficiente para que no sea procedente el examen de las pretensiones de la demanda. De lo anterior se concluye que se encuentra probada la excepción de inepta demanda por falta de uno de los presupuestos sustanciales de la acción incoada mediante ella, por lo tanto la Sala, en uso de su facultad oficiosa prevista en el artículo 164, inciso segundo, del C.C.A., así lo declarará y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, en orden a lo cual revocará la sentencia apelada”.

A propósito de esta cuestión, el Consejo de Estado se ha referido en diversas providencias a las distintas hipótesis temporales que pueden tener cabida al presentarse alguno de los supuestos fácticos descritos en el referido artículo 87.

*“La **primera hipótesis** se refiere a aquellos casos en los cuales **el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.*

*“Una **segunda hipótesis** dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.*

“Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiese encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito¹⁶.

“En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se

¹⁶ Cita original de la sentencia: “Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto - puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma”.

encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

"La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos¹⁷, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal (se destaca fuera de texto).

"Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente"¹⁸.

Descendido el marco teórico legal expuesto al caso concreto se extrae que en este asunto aconteció un supuesto fáctico similar al detallado en la tercera hipótesis.

¹⁷ Cita original de la sentencia: "De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia".

¹⁸ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

El acto de adjudicación de la Licitación No. 077-2003 que se demanda, contenido en la Resolución No. 2768 fue expedido el 22 de septiembre de 2003 y notificado en audiencia celebrada ese mismo día y el contrato derivado del mencionado procedimiento de selección se celebró a los dos días siguientes, esto es, el 24 de los mismos mes y año.

De lo dicho se tiene certeza por dos razones esenciales.

En primer lugar por cuanto en el expediente milita el texto del Contrato de Obra No. 1122 celebrado el 24 de septiembre de 2003 entre el municipio de Pereira y el consorcio C & G Ltda.- Incocivil Ltda. con el objeto de construir la segunda etapa del centro cultural metropolitano de ese municipio.

La segunda razón estriba en que fue el mismo demandante quien en el hecho tercero¹⁹ de la demanda relató que el 24 de septiembre de 2003 se celebró el contrato de obra derivado del procedimiento de escogencia en comento.

Este escenario da origen al surgimiento de dos conclusiones fundamentales:

Como primera medida debe decirse que aunque la acción contractual resultaba ser la adecuada tras haberse impetrado luego de haberse celebrado el contrato adjudicado, tal circunstancia, en voces del último inciso del artículo 87, imponía al demandante el deber inexorable de formular expresamente una pretensión encaminada a obtener la nulidad absoluta del mencionado contrato con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación, dado que, de lo contrario, como en efecto aconteció por no haber sido solicitada, se configuraría un supuesto de ineptitud sustantiva de la demanda.

Es pertinente destacar que si bien en ocasiones esta Subsección²⁰ ha precisado que la falta de conocimiento del demandante acerca de la fecha exacta de la celebración del contrato adjudicado eventualmente impediría atribuirle la ausencia de una demanda en forma por omitir la pretensión dirigida a obtener la declaratoria de su nulidad absoluta, lo cierto es que en el subexamine no hay lugar a dispensar esa comprensión si se tiene en cuenta que la noticia de

¹⁹ "TERCERO: La propuesta ganadora fue la presentada por el CONSORCIO C & G INCOCIVIL LIMITADA, representado legalmente por CARLOS ALBERTO FERREIRA SANDINO y fue plasmada en contrato de obra protocolizado el 24 de septiembre de 2003".

²⁰ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 1 de octubre de 2014, expediente 30.614, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. "De otro lado, resulta imperioso precisar que en el caso concreto se desconoce la fecha en que se celebró el contrato producto de la Licitación No. 013-2000, por cuanto dicho dato no se indicó en la demanda. Ese desconocimiento por parte de la demandante, según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Subsección²⁰, se erige como un obstáculo que impide exigirle la obligación de demandar conjuntamente la nulidad absoluta del contrato suscrito como resultado del procedimiento de selección y, en tal virtud, tener por configurada una ineptitud sustantiva de la demanda. Por el contrario, abre paso a analizar la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda".

su celebración fue anunciada por el actor desde la misma presentación de la demanda y que esa información fue corroborada cabalmente por la pieza documental que se aportó al plenario.

Como segunda conclusión y sin perjuicio de que lo consignado hasta ahora basta para considerar que la demanda así formulada adolece de ineptitud sustantiva, aun en el supuesto hipotético de que el actor hubiera incluido dentro de sus pretensiones la relativa a la nulidad absoluta del contrato, incluso en ese evento habría que decirse que las únicas pretensiones llamadas a ventilarse serían aquellas relacionadas con la nulidad del acto de adjudicación y del correspondiente contrato, sin que fuera posible extender el análisis del asunto a la pretensión de contenido económico o de condena, en atención a que la acción no se ejerció dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto de adjudicación.

Es claro que el término de treinta días de caducidad, en principio, habría empezado a correr a partir del día siguiente de la aludida fecha, esto es, del 23 de septiembre de 2003 y se habría de vencer el 6 de noviembre del mismo año. Sin embargo, sucede que la acción que dio origen a la presente demanda se ejerció el 22 de septiembre de 2005, cuando ya estaba más que vencido el término de 30 días que habilitaba la formulación y eventual prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

Conclusión

Con fundamento en lo anotado, la Sala modificará la sentencia apelada debido a que la ausencia de la pretensión dirigida a obtener a declaratoria de nulidad absoluta del Contrato No. 1122 del 24 de septiembre de 2003 da lugar a la configuración de la ineptitud de la presente demanda impetrada en ejercicio de la acción contractual y conduce a proferir un fallo inhibitorio.

4) Costas

De conformidad con la Ley 446 de 1998, no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

F A L L A

MODIFICAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el 30 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Risaralda – Sala de Decisión, y en su lugar se dispone:

*“**PRIMERO.- DECLARAR la ineptitud sustantiva de la demanda por las razones que quedaron expuestas. En consecuencia, se inhibe para analizar el fondo del asunto.***

*“**SEGUNDO. - Sin condena en costas**”.*

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA