

## ACCION DE NULIDAD - Sección Tercera. Competencia

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional de la Resolución demandada, toda vez que fue proferida por el INCO, ni de su contenido contractual, ya que justamente se refiere a la suspensión y sucesivas prórrogas de una licitación pública.

ACTO ADMINISTRATIVO - Noción / ACTO PRECONTRACTUAL - Noción / ACTO PRECONTRACTUAL - Pliego de condiciones / ACTO PRECONTRACTUAL - Adjudicación del contrato / PLIEGO DE CONDICIONES - Acto precontractual / ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acto precontractual

La revisión de la naturaleza de las Resoluciones demandadas, es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos, sin contar necesariamente con la anuencia de éste o éstos. Sin duda alguna, las Resoluciones cuyas disposiciones se demandan son actos administrativos: Estas son manifestaciones unilaterales de la voluntad de, en este caso, una administración pública (el INCO), que tienen efectos frente a terceros determinados o indeterminados, sin necesidad de la anuencia de estos. La suspensión del plazo de una licitación pública y las sucesivas prórrogas de ésta, implican una extensión de los tiempos, para la culminación de un procedimiento orientado a seleccionar un contratista; quienes aspiran a ser proponentes, quienes tienen dudas de serlo, e inclusive simples exponentes de la comunidad que detentan una expectativa legítima de una determinada acción administrativa, pueden verse afectados con similares decisiones. Sin embargo, existen algunas circunstancias específicas, así como algunas disposiciones de carácter particular, que pueden llegar a impedir la procedencia de esta acción, tal y como se pasa a advertir. Los actos administrativos cuyas disposiciones se demandan, nacen a la vida jurídica antes de la existencia del contrato al cual hacen referencia; y condicionan, al menos desde una perspectiva temporal, a otros dos (como mínimo) actos administrativos, el pliego de condiciones y el acto de adjudicación. Puede decirse entonces que son actos precontractuales que tienen una incidencia directa en otros actos administrativos también de naturaleza precontractual. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero

PLIEGO DE CONDICIONES - Acto administrativo

En lo que respecta al pliego de condiciones, vale la pena señalar, tal y como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones, que se trata de un verdadero acto administrativo, toda vez que es una manifestación unilateral, en este caso, de una administración pública, que genera efectos frente a terceros de manera independiente a la anuencia de estos. En este acto, entre otras, se contiene el plazo para la licitación pública; si este se altera por una o unas decisiones posteriores, ello

comportará de manera inequívoca una modificación del mismo. Este razonamiento comportaría el raciocinio de que cuando se ataca la legalidad de actos como los que ocupan el conocimiento de la Sala en el caso objeto de estudio, lo que se está cuestionando en últimas es la proyección del pliego de condiciones, en uno de sus aspectos. Nota de Relatoría: Ver Autos de 10 de octubre de 1991 y 6 de noviembre de 1997. Consejeros Ponentes: Juan de Dios Montes y Carlos Betancur Jaramillo respectivamente. En época más reciente: Sentencia de 2006, expediente 18059, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

#### LICITACION PUBLICA - Plazo. Extensión / PLAZO DE LA LICITACION PUBLICA - Definición legal

Habida cuenta, que al tenor de lo establecido en la Ley 80 de 1993, el plazo de una licitación pública es “el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre”, resulta evidente, que las modificaciones del mismo, tienen también una incidencia directa en la oportunidad de las acciones administrativas posteriores al cierre de la licitación, de índole precontractual, hasta arribar a la terminación de esta. Dicho con otras palabras, la extensión en el tiempo del plazo de la licitación pública, genera una extensión también en el tiempo del acto de adjudicación. Como se observa, el plazo de la licitación pública no es en sí mismo, una finalidad de la administración que desea celebrar un contrato, es tan solo un requerimiento que debe estar contenido en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para efectos de dar desarrollo a los principios que orientan la función administrativa y de manera específica la contratación estatal. El fin último de la administración pública, en un caso como el que se estudia, es celebrar un contrato y para ello seleccionar un contratista, y no establecer un plazo, éste es tan solo un instrumento para cumplir la finalidad máxima, conforme a los principios y reglas que orientan la actividad negocial de las administraciones públicas. Por este motivo, la extensión de los plazos de una licitación pública, sin duda alguna, puede llegar a alterar el momento e inclusive la forma como se adjudique a un proponente un contrato, pero en sí misma considerada no trasciende los efectos mediáticos propios de una decisión de este tipo.

#### ACTO DE TRAMITE - Clasificación / ACTO DE TRAMITE - Diferente a acto definitivo / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO - Diferente a acto de trámite / ACTO DE TRAMITE - Impugnación

En relación con los actos de trámite, vale la pena señalar que son una especie del género de los actos administrativos, siempre que reúnan los requisitos de estos, de lo contrario, serán simples acciones administrativas no susceptibles de evaluar como tales. Puede decirse entonces, que existen unos actos de trámite que no pueden considerarse actos administrativos y otros que sí; los primeros pese a constituir una manifestación unilateral de la voluntad de la administración pública, o de otra entidad pública, o de un particular en ejercicio de la función administrativa, no generan efectos reales frente a otros sujetos de derecho, mientras que los segundos si. En el marco de la anterior consideración, se ha comprendido a los actos de trámite, como una de las clasificaciones de los actos administrativos, en razón de “su contenido” o sus efectos. Como se aprecia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, en las más de las veces, no. Esta reflexión ha estado presente desde hace considerable tiempo, en la doctrina y la jurisprudencia nacional y encuentra algunas manifestaciones de derecho positivo. Desde una perspectiva material, puede decirse también que, la principal consecuencia de los actos administrativos de trámite, es la transmisión

de sus efectos a otros actos administrativos (estos sí definitivos); su inserción en el procedimiento administrativo detenta una connotación mediática, aunque en sí mismos, generen efectos frente a los destinatarios de los mismos.

ACTO SEPARABLE - Control judicial / ACTO PRECONTRACTUAL - Control judicial.  
Evolución

La doctrina de los actos separables, que aún en vigencia del Decreto 222 de 1983 abogaba por la procedencia de unas acciones judiciales para cuestionar la legalidad de los actos administrativos de naturaleza precontractual, encontró un obstáculo de derecho positivo, con la expedición de la Ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo de su artículo 77 estableció: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”. Como se observa, de la comprensión que se tuviera de la expresión “actividad contractual” dependía la procedencia de acciones, distintas a la contractual, para controvertir la legalidad de los actos precontractuales. Esta inquietud fue resuelta por la jurisprudencia, en el sentido de admitir la oportunidad de la acción de nulidad de manera autónoma, frente a actos de naturaleza precontractual. Estas dudas interpretativas fueron resueltas de manera definitiva con ocasión de la expedición de la Ley 446 de 1998, la cual en su artículo 32 modificó el contenido del artículo 87 del código Contencioso Administrativo. Como se aprecia, no existen dudas a partir de la vigencia de esta disposición normativa, sobre la procedencia de la acción de nulidad (simple) o de nulidad y restablecimiento del derecho, para cuestionar la legalidad de los actos precontractuales. Como lo observó una de las Consejeras de Estado disidentes del auto admisorio de la demanda proferido en este proceso, no se creó aquí, una acción distinta a las ordinarias, sino que se establecieron unas reglas particulares para la procedencia de las acciones señaladas, principalmente en lo que respecta al término de caducidad (30 días) y a su oportunidad, siempre que no exista contrato aún, pues de existir éste, lo procedente será la acción de controversias contractuales. En este orden de ideas, lo referente a la acción de nulidad (simple) en relación con 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 (Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989). De esta circunstancia se deriva que (1) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de un acto precontractual; (2) a través del ejercicio de la acción de nulidad (simple); (3) siempre que se trate de actos administrativos; (4) 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 (5) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Nota de Relatoría. Ver Auto de 10 de octubre de 1991. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández; Auto de 6 de noviembre de 1997. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

ACTO PRECONTRACTUAL DE TRAMITE - Acción de nulidad. Improcedente / ACCION DE NULIDAD - Acto de trámite. Improcedente

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”. 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. 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 anómala. 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. En el caso objeto de análisis se produjeron unos actos administrativos, que suspendieron primero y prorrogaron después el plazo de una licitación pública; como se dijo antes, estos son típicos actos de trámite, toda vez que sus efectos se extienden a actos posteriores como el de adjudicación. Si se verificara la ilegalidad de estos actos, los efectos de tal decisión no podrían extender al acto de adjudicación, toda vez que como se advierte del relato antes presentados, éste no se demandó. Como consecuencia de ello, los efectos de tal decisión judicial (hipotético) serían inocuos y no producirían efecto real alguno. La demandante ha debido cuestionar las anomalías que aduce se presentaron, con ocasión de la demanda del acto de adjudicación, toda vez que de resultar ciertas y probadas sus afirmaciones de ilegalidad, éste acto sería el producto de una formación irregular y como consecuencia de ello, debería el juez de conocimiento declarar la nulidad.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00004-01(26649)

Actor: CAROLINA ARANGO URIBE

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por la actora contra unos artículos de las Resoluciones 154 de 22 de diciembre de 2003, 211 de 26 de enero de 2004 y 236 de 5 de febrero de 2004, proferidas por el Instituto Nacional de Concesiones.

#### LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Sin perjuicio de la naturaleza de actos administrativos que detentan las Resoluciones demandadas, la cual será analizada más adelante, se discute la conformidad con el ordenamiento jurídico de los artículos 1 y 3 de la Resolución No. 154 de 22 de diciembre de 2003; los artículos 1 y 3 de la Resolución No. 211 de 26 de enero de 2004; y los artículos 1 y 3 de la Resolución No. 236 de 5 de febrero de 2004, todas ellas proferidas por el Instituto Nacional de Concesiones, en adelante INCO. El texto integral de las disposiciones demandadas es el siguiente:

“MINISTERIO DE TRANSPORTE

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 000154 DE 2003

(22 DIC 2003)

“Por la cual se ordena la suspensión del plazo de la licitación pública INCO-01-2003, cuyo objeto es seleccionar la propuesta más favorable para la celebración de un Contrato de Concesión, para que el concesionario realice, por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO, para la cabal ejecución del proyecto vial “Bosa - Granada - Girardot”

EL GERENTE GENERAL

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere (sic) los artículos 8 del Decreto 1800 de junio de 2003, 30 numeral 1 de la ley 80 de 1993, y 209 de la Constitución Política (...)

ARTÍCULO PRIMERO. Ordenar la suspensión del plazo de la licitación pública INCO-01-2003 a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución y hasta el día 26 de enero de 2004. Vencido el plazo de la suspensión se reanudarán (sic) el plazo de la licitación el día 27 de enero de 2004 sin que sea necesario de (sic) acto de reanudación o continuación alguno.

ARTÍCULO TERCERO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra la misma no proceden recursos por la vía gubernativa.”

“MINISTERIO DE TRANSPORTE

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 000211 DE 2004

(26 ENE 2004)

“Por la cual se ordena la prórroga de la suspensión del plazo de la licitación pública INCO-01-2003, cuyo objeto es seleccionar la propuesta más favorable para la celebración de un Contrato de Concesión, para que el concesionario realice, por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO, para la cabal ejecución del proyecto vial “Bosa - Granada - Girardot”

EL SUBGERENTE DE ESTRUCTURACIÓN Y ADJUDICACIÓN

En ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, el Decreto 1800 de junio de 2003, en especial las otorgadas por el artículo 2º de la Resolución 000129 del 10 de diciembre de 2003, el artículo 26 numeral 5 de la ley 80 de 1993, y el artículo 209 de la Constitución Política (...)

ARTÍCULO PRIMERO. Prorrogar el plazo de suspensión señalado en la Resolución No. 0154 de 2003, hasta el cinco (5) de febrero de 2004. Vencido el plazo de la suspensión, se reanudará el plazo de la licitación, a partir del día seis (6) de febrero de 2004 sin que sea necesario de acto de reanudación o continuación alguno.

ARTÍCULO TERCERO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra la misma no proceden recursos por la vía gubernativa.”

“MINISTERIO DE TRANSPORTE

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 000236 DE 2004

(05 FEB 2004)

“Por la cual se ordena la prórroga de la suspensión del plazo de la licitación pública INCO-01-2003, cuyo objeto es seleccionar la propuesta más favorable para la celebración de un Contrato de Concesión, para que el concesionario realice, por su cuenta y riesgo, entre otros, los estudios y diseños definitivos, la adquisición de predios, las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación, la operación y el mantenimiento de dichas obras, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INCO, para la cabal ejecución del proyecto vial “Bosa - Granada - Girardot”

EL SUBGERENTE DE ESTRUCTURACIÓN Y ADJUDICACIÓN

En ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, el Decreto 1800 de junio de 2003, en especial las otorgadas por el artículo 2º de la Resolución 000129 del 10 de diciembre de 2003, el artículo 26 numeral 5 de la ley 80 de 1993, y el artículo 209 de la Constitución Política (...)

ARTÍCULO PRIMERO. Prorrogar el plazo de suspensión señalado en la Resolución No. 0154 de 2003 y en la resolución 000211 de 2004, hasta el dieciséis (16) de febrero de 2004. Vencido el plazo de la suspensión, se reanudará el plazo de la licitación, a partir del día diecisiete (17) de febrero de 2004 sin que sea necesario de acto de reanudación o continuación alguno.

ARTÍCULO TERCERO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra la misma no proceden recursos por la vía gubernativa.”

LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR LA DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, la actora indicó:

Constitución Política: Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 121, 150 (inciso final), 209, 228, 229, 237, 238 y “demás concordantes”.

Código Contencioso Administrativo: Artículos 43, 82, 84, 128-1, 136-1, 149 y “demás normas concordantes”.

Ley 446 de 1998: Artículos 30, 36, 44, 49 y “demás normas concordantes”.

Ley 80 de 1993: Artículos 24 numerales 1 y 5, artículo 25 numerales 1, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 15, 18, artículo 29, 30 numerales 1 a 12, 77 parágrafo 1 y “demás normas concordantes”.

La sustentación de la violación, la formuló la demandante, a través de distintos cargos, presentados de manera desordenada y algunos de ellos repetitivos. Para efectos de una mayor claridad en el análisis de esta Sentencia, la Sala procederá a organizarlos así:

Cargo 1: Las disposiciones demandadas violaron el principio de legalidad, toda vez que dispusieron una “suspensión” y unas “prórrogas” de ésta, dentro de un proceso licitatorio, no contempladas por el ordenamiento jurídico, y cuya consagración corresponde hacerlo de manera exclusiva al legislador

Sustentó este cargo la demandante, afirmando que las disposiciones demandadas contemplaban una suspensión de un procedimiento de licitación pública que no está contemplado en el ordenamiento jurídico. Adujo al respecto, que la Ley 80 de 1993 consagra en el artículo 30 la posibilidad de prorrogar el plazo para la licitación “por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado”, mas no la posibilidad de suspenderlo, como en efecto aconteció.

Agregó que en el procedimiento de licitación que dio lugar a las disposiciones demandadas, se verificó la declaratoria de una prórroga ajustada al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pero que luego de ella, se efectuó una suspensión y ésta a su vez se prorrogó en dos oportunidades. Con este comportamiento se superó el límite máximo consagrado por la ley para establecer prórrogas a los plazos de las licitaciones públicas.

Como consecuencia de lo anterior, indicó, que se violaron las reglas de imperativo cumplimiento consagradas para los procedimientos de licitación pública (artículos 30 y 25 de la Ley 80 de 1993); las disposiciones constitucionales que le atribuyen al legislador la facultad de adoptar decisiones en materia de contratación, así como modificar sus propias decisiones (Artículo 150 constitucional inciso 1 y final); y en general las normas de la Carta Política relativas al principio de legalidad y a la necesaria observancia de la normatividad imperativa vigente por parte de las entidades públicas (artículos 3, 6, 84 y 121 constitucionales).

Cargo 2: Las disposiciones demandadas violaron el principio de planeación que orienta la contratación estatal

Adujo la demandante al respecto, que con la prórroga primero (ajustada al ordenamiento jurídico) y la suspensión después, así como, con las dos prórrogas sucesivas de ésta, a los plazos de la licitación pública INCO-01.2003, se evidenció, la falta de planeación que debe orientar la contratación estatal.

La existencia de estudios serios antes de iniciar el mencionado procedimiento de licitación, hubiera producido la contemplación de unos plazos prudentes consecuentes y razonables para el desarrollo de éste, situación que no se dio y aún más, lo que se hizo para solucionar la ausencia de la necesaria planeación, fue tomar decisiones violatorias del ordenamiento jurídico vigente.

Cargo 3: Las disposiciones demandadas violaron el principio de publicidad

Señaló al respecto, que todas las Resoluciones cuyas disposiciones se demandan, establecen que las decisiones allí adoptadas producen efectos a partir de la fecha de su “expedición”. Esta situación contravino en su entender, lo establecido en el inciso 1 del artículo 43 del Código Contencioso administrativo, aplicable al caso por expreso mandato del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y del cual se evidencia, que los efectos de los actos administrativos deben considerarse a partir de su “publicación” o “promulgación”.

#### Cargo 4: Con la expedición de las disposiciones demandadas se configuró una “vía de hecho”

En lo referente a este último cargo, adujo que la vía de hecho es una situación que no solamente es predicable de las autoridades judiciales, sino también de aquellas de naturaleza administrativa. En este sentido, indicó que el INCO “desconoció por completo las reglas sobre competencia, y quebrantó de manera evidente el ordenamiento jurídico, tal y como se observa con ocasión de los cargos anteriores.

#### EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada por la actora ante esta Corporación, el 9 de febrero de 200; con ella acompañó solicitud de suspensión provisional de las disposiciones demandadas, en relación con la cual adujo que se presentaba una contradicción directa de estas, con el ordenamiento jurídico.

La Consejera de Estado ponente de aquél entonces, inadmitió la demand, por considerar que esta adolecía de vicios formales, por no aportar copia auténtica de los actos administrativos demandados, y como consecuencia de ello dio un plazo de 5 días para corregir este defecto. En respuesta de ello, la demandante presentó copia auténtica de los actos administrativos demandados, que como se dijo antes, obran en el expediente.

En auto de 7 de octubre de 200 se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional de las disposiciones acusadas, por considerar que los efectos de las mismas ya habían cesado y por consiguiente, no se justificaba siquiera el análisis de esta medida cautelar.

La Consejera de Estado (E) Nora Cecilia Gómez Molina, salvó su voto en relación con éste aut, pues consideró que lo apropiado era rechazar la demanda, toda vez que se cuestionaba la legalidad de unos actos de trámite que no ponían fin a una actuación administrativa. Al respecto señaló, que si bien la ley establecía la posibilidad de cuestionar la legalidad de actos precontractuales, del contenido de las reglas de la contratación estatal, así como de lo establecido en algunos pronunciamientos de esta Corporación, se derivaba que solo algunos de ellos eran demandables, y dentro de estos no se encontraban los de simple trámite. Agregó, que en caso de que se avocara conocimiento del cuestionamiento de la demanda presentada, se llegaría al absurdo de que la decisión adoptada, tendría incidencia en un acto administrativo (de adjudicación) que no resultaba demandado.

El INCO, a través de representante judicial, presentó recurso de reposición contra el auto a través del cual se admitió la demanda, en el que en síntesis sostuvo que ésta debió rechazarse. Para sustentar esta apreciación, indicó (1) que los actos demandados eran de trámite y por consiguiente no resultaba posible cuestionar su legalidad; señaló también que frente a estos había operado el fenómeno del “decaimiento de los actos administrativos” de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo; y finalmente adujo que, la demanda adolecía de una “ineptitud sustancial”, toda vez que no resultaba procedente demandar actos preparativos o de trámite.

La Sala, en auto de 31 de marzo de 200, decidió no reponer el auto a través del cual se admitió la demanda y en relación con los argumentos esgrimidos en el recurso, sostuvo que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 y en particular del artículo 32 de la misma, que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no existen dudas sobre la posibilidad de cuestionar la legalidad de los actos precontractuales (separables) a través de la acción de nulidad. Para sustentar tal afirmación, se hizo alusión al contenido textual de distintas providencias judiciales de esta Corporación y de la Corte Constitucional.



En lo que respecta, al supuesto decaimiento del acto, se indicó que, la ausencia de efectos de las disposiciones demandadas, fue lo que condujo a la negación de la solicitud de suspensión provisional; agregó, sin embargo, que esta situación no obsta para que se produzca un pronunciamiento sobre la legalidad de las normas acusadas, en atención a los efectos en el tiempo propios de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos.

La Consejera de Estado Ruth Stella Correa, salvó su vot en relación con esta providencia judicial y para ello, en síntesis, señaló que, la expresa alusión que se hizo en la reforma al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, a la procedencia de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para los actos previos, no significó la introducción de unas nuevas acciones, sino el reconocimiento de una situación advertida por la jurisprudencia, consistente en la importancia de permitir, a particulares afectados y en general a la comunidad, cuestionar la legalidad de actos relacionados con la “actividad contractual” producidos antes de la celebración del contrato.

En este sentido, adujo que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado como se dijo por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) debe leerse de manera concordante con las reglas generales sobre las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contenidas en los artículos 84 y 85 del mismo código, y como consecuencia de ello, se deriva, que no todos los actos previos son susceptibles de cuestionamiento de legalidad, sino solo aquellos que generan efectos definitivos frente a los particulares o la comunidad, es decir, se excluyen los de trámite, como los que en esta ocasión se estudian.

El 30 de noviembre de 2005, el INCO presentó escrito de “contestación de demanda” en el que se opuso a las pretensiones de declaratoria de ilegalidad de las disposiciones demandadas y para ello, se refirió a cada uno de los cargos presentados por la demandante. Para efectos de síntesis y claridad, se hará alusión en esta Sentencia a estas consideraciones, en relación con la sistematización antes presentada de los cargos de la actora.

En lo que respecta al “cargo 1” indicó que las disposiciones demandadas, de manera alguna violaron el principio de legalidad, toda vez que, por tratarse de actos de trámite, no necesitaban soporte legal alguno; así mismo, señaló que de nada importa que se hubieran superado los términos contemplados en la ley para el plazo de las licitaciones públicas, dado el efecto práctico de los mismos; agregó al respecto, que lo que debió cuestionarse en vía judicial, fue el acto de adjudicación.

En relación con el “cargo 2”, adujo genéricamente que no se había violado, y que las conductas que se le cuestionaban, se enmarcaron en respeto y desarrollo de los principios de transparencia e igualdad que también orientan a la contratación estatal.

En lo referente al “cargo 3” señaló que a la suspensión del plazo controvertida, la precedió con un término superior a un mes, el Adendo No. 1 a los pliegos de condiciones, acción esta que se enmarca en presupuestos de transparencia y publicidad; agregó que los actos cuyas disposiciones se demandan, fueron publicados de conformidad con los requerimientos existentes en este aspecto.

Finalmente, en lo que respecta al “cargo 4” indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han establecido los requisitos para la configuración de la “vía de hecho” y estos no se cumplieron, con ocasión de la expedición de los actos, cuya legalidad se cuestiona.

A más de lo anterior, el INCO presentó las siguientes excepciones: (1) Inepta demanda formal: Toda vez que la demandante hizo alusión a que el proceso de licitación INCO-01-2003 tuvo inicio con la resolución 665 de 2003, cuando en realidad fue con la resolución 65 de 2003; (2) Inepta demanda sustancial: Por cuanto la demanda se presentó contra actos preparatorios y/o de trámite, y como consecuencia de ello, lo que debió demandarse fue el acto de adjudicación; (3) falta de jurisdicción: habida cuenta que los actos demandados son de trámite y la acción propuesta, resulta procedente únicamente contra los de naturaleza definitiva; (4) "falta de nexo causal entre la peticionaria y las resoluciones demandadas": En atención a que la demandante no demostró un perjuicio y un interés directo en relación con los actos demandados.

Luego de reconocidas las pruebas aportadas por la demandante, se dio traslado a las partes para alegar de conclusión; dentro de este término, el Ministerio Público a través de su Procuradora quinta delegada ante el Consejo de Estado, presentó concept en el que en síntesis adujo que la sentencia que en este proceso se profiriera debía ser inhibitoria, por tratarse del juicio de legalidad de simples actos de trámite; para sustentar esta afirmación sostuvo las mismas consideraciones presentadas por las Consejeras de Estado que en su momento salvaron su voto, con sustento en este argumento.

## CONSIDERACIONES

De manera previa a la decisión de fondo que se adoptará en esta sentencia, la sala procederá a hacer algunas consideraciones, en primer lugar sobre su competencia para conocer de este proceso (punto 1); luego, analizará la naturaleza de las resoluciones cuyas disposiciones se demandan, aspecto este fundamental para cualquier acción de nulidad y de particular importancia para este caso, dados los cuestionamientos aducidos en torno a la supuesta improcedencia de la acción que aquí se estudia frente a -también supuestos- actos de trámite; y finalmente, en caso de que de lo anterior se derive la procedencia de la acción interpuesta, se procederá a analizar los cargos presentados por la actora (punto 3).

La competencia de la sala para conocer del presente proceso

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado.

En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional de la Resolución demandada, toda vez que fue proferida por el INCO, ni de su contenido contractual, ya que justamente se refiere a la suspensión y sucesivas prórrogas de una licitación pública.

La naturaleza de las resoluciones cuyas disposiciones se demandan. Su connotación de actos de trámite y la improcedencia de la acción de nulidad para conocer el cuestionamiento de legalidad de estos.

La revisión de la naturaleza de las Resoluciones demandadas, es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativo, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo

determinado o indeterminado de ellos, sin contar necesariamente con la anuencia de éste o éstos.

Así mismo, como se indicó antes, uno de los aspectos controvertidos en este proceso, ha sido el cuestionamiento de si las resoluciones demandadas son actos de trámite, así como, si la legalidad de estos, es susceptible de ser controvertida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o no, dadas las características de los mismos. Si bien este aspecto fue planteado con ocasión del auto admisorio de la demanda, le corresponde a la Sala, estudiar este punto en sede de esta Sentencia, toda vez que éste constituye justamente, una de las “excepciones” presentadas por el INCO, y a más de ello, es el punto central del concepto presentado dentro del proceso, por la Agente del Ministerio Público.

Sin duda alguna, las Resoluciones cuyas disposiciones se demandan son actos administrativos: Estas son manifestaciones unilaterales de la voluntad de, en este caso, una administración pública (el INCO), que tienen efectos frente a terceros determinados o indeterminados, sin necesidad de la anuencia de estos. La suspensión del plazo de una licitación pública y las sucesivas prórrogas de ésta, implican una extensión de los tiempos, para la culminación de un procedimiento orientado a seleccionar un contratista; quienes aspiran a ser proponentes, quienes tienen dudas de serlo, e inclusive simples exponentes de la comunidad que detentan una expectativa legítima de una determinada acción administrativa, pueden verse afectados con similares decisiones.

En este sentido, debería decirse en línea de máxima, que por ser actos administrativos, las Resoluciones contenedoras de las disposiciones demandadas, son susceptibles de ser objeto de una acción de nulidad, esencialmente sí, como se advirtió, detentan carácter general, pues producen efectos en una pluralidad indeterminada de sujetos. Sin embargo, existen algunas circunstancias específicas, así como algunas disposiciones de carácter particular, que pueden llegar a impedir la procedencia de esta acción, tal y como se pasa a advertir.

Los actos administrativos cuyas disposiciones se demandan, nacen a la vida jurídica antes de la existencia del contrato al cual hacen referencia; y condicionan, al menos desde una perspectiva temporal, a otros dos (como mínimo) actos administrativos, el pliego de condiciones y el acto de adjudicación. Puede decirse entonces que son actos precontractuales que tienen una incidencia directa en otros actos administrativos también de naturaleza precontractual.

En lo que respecta al pliego de condiciones, vale la pena señalar, tal y como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones, que se trata de un verdadero acto administrativo, toda vez que es una manifestación unilateral, en este caso, de una administración pública, que genera efectos frente a terceros de manera independiente a la anuencia de estos. En este acto, entre otras, se contiene el plazo para la licitación pública; si este se altera por una o unas decisiones posteriores, ello comportará de manera inequívoca una modificación del mismo. Este razonamiento comportaría el raciocinio de que cuando se ataca la legalidad de actos como los que ocupan el conocimiento de la Sala en el caso objeto de estudio, lo que se está cuestionando en últimas es la proyección del pliego de condiciones, en uno de sus aspectos.

Por otra parte, y habida cuenta, que al tenor de lo establecido en la Ley 80 de 1993, el plazo de una licitación pública es “el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, resulta evidente, que las modificaciones del mismo, tienen también una incidencia directa en la oportunidad de las acciones administrativas posteriores al cierre de la licitación, de índole precontractual, hasta arribar a la terminación de est. Dicho con otras palabras, la extensión en el tiempo del plazo de la licitación pública, genera

una extensión también en el tiempo del acto de adjudicación.

Como se observa, el plazo de la licitación pública no es en sí mismo, una finalidad de la administración que desea celebrar un contrato, es tan solo un requerimiento que debe estar contenido en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para efectos de dar desarrollo a los principios que orientan la función administrativa y de manera específica la contratación estatal. El fin último de la administración pública, en un caso como el que se estudia, es celebrar un contrato y para ello seleccionar un contratista, y no establecer un plazo, éste es tan solo un instrumento para cumplir la finalidad máxima, conforme a los principios y reglas que orientan la actividad negocial de las administraciones públicas.

Por este motivo, la extensión de los plazos de una licitación pública, sin duda alguna, puede llegar a alterar el momento e inclusive la forma como se adjudique a un proponente un contrato, pero en sí misma considerada no trasciende los efectos mediáticos propios de una decisión de este tipo. Esta consideración, basta para resaltar la connotación de trámite que detentan decisiones administrativas, como las que en esta sede se analizan; sin duda alguna, se insiste, estas generan efectos frente a terceros, pero se insertan en una expectativa más amplia, como es la culminación del proceso licitatorio.

En relación con los actos de trámite, vale la pena señalar que son una especie del género de los actos administrativos, siempre que reúnan los requisitos de estos, de lo contrario, serán simples acciones administrativas no susceptibles de evaluar como tales. Puede decirse entonces, que existen unos actos de trámite que no pueden considerarse actos administrativos y otros que sí; los primeros pese a constituir una manifestación unilateral de la voluntad de la administración pública, o de otra entidad pública, o de un particular en ejercicio de la función administrativa, no generan efectos reales frente a otros sujetos de derecho, mientras que los segundos s—.

En el marco de la anterior consideración, se ha comprendido a los actos de trámite, como una de las clasificaciones de los actos administrativos, en razón de “su contenido” o sus efectos, en los siguientes términos:

“La doctrina moderna, y especialmente GIANNINI (lezioni di diritto amministrativo), ha puesto de relieve cómo la Administración pública no actúa normalmente mediante actos aislados, sino a través de “constelaciones de actos” (Atto e procedimento amministrativo). Esto responde a la misma idea que había movido a FORTI a establecer la distinción entre el acto administrativo y el “acto procedimiento”, siendo este último la consecuencia pura y simple de la necesidad en que la Administración se encuentra de utilizar sus órganos internos en el interno proceso de formación de su voluntad.

“En efecto, cada resolución administrativa viene a finalizar un expediente o procedimiento constituido, a su vez, por una serie de actos que, al faltarles carácter resolutivo se denominan actos de tramitación o, simplemente, trámites. Surge así una distinción fundamental entre los actos - trámite y los actos principales o definitivos, según el papel que el acto desempeña en un expediente o procedimiento. Los primeros son, naturalmente, actos internos, y los segundos actos externos.

“Desde el punto de vista de nuestro sistema contencioso administrativo (español), la distinción tiene una gran importancia, pues, como regla, los actos de trámite no son susceptibles de ser impugnados directamente mediante el recurso contencioso administrativo, a no ser que bajo su apariencia se encubra una verdadera resolución.

Como se aprecia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, en las más de las veces, no. Esta reflexión ha estado presente desde hace considerable tiempo, en la doctrina y la jurisprudencia nacional y encuentra algunas manifestaciones de derecho positivo.

Desde una perspectiva material, puede decirse también que, la principal consecuencia de los actos administrativos de trámite, es la transmisión de sus efectos a otros actos administrativos (estos sí definitivos); su inserción en el procedimiento administrativo detenta una connotación mediática, aunque en sí mismos, generen efectos frente a los destinatarios de los mismos.

Una vez aclarada la naturaleza “de trámite” que detentan los actos administrativos cuyas disposiciones se demandan, se pasa a observar, las reglas imperativas especiales, sobre los actos precontractuales, para efectos de determinar de manera definitiva si resultaba procedente, o no, la acción de nulidad interpuesta contra las decisiones administrativas cuya legalidad se cuestiona.

La doctrina de los actos separables, que aún en vigencia del Decreto 222 de 1983 abogaba por la procedencia de unas acciones judiciales para cuestionar la legalidad de los actos administrativos de naturaleza precontractual, encontró un obstáculo de derecho positivo, con la expedición de la Ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo de su artículo 77 estableció: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

Como se observa, de la comprensión que se tuviera de la expresión “actividad contractual” dependía la procedencia de acciones, distintas a la contractual, para controvertir la legalidad de los actos precontractuales. Esta inquietud fue resuelta por la jurisprudencia, en el sentido de admitir la oportunidad de la acción de nulidad de manera autónoma, frente a actos de naturaleza precontractual.

Estas dudas interpretativas fueron resueltas de manera definitiva con ocasión de la expedición de la Ley 446 de 1998, la cual en su artículo 32 modificó el contenido del artículo 87 del código Contencioso Administrativo, el cual quedó así (inciso 2):

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

Como se aprecia, no existen dudas a partir de la vigencia de esta disposición normativa, sobre la procedencia de la acción de nulidad (simple) o de nulidad y restablecimiento del derecho, para cuestionar la legalidad de los actos precontractuales. Como lo observó una de las Consejeras de Estado disidentes del auto admisorio de la demanda proferido en este proceso, no se creó aquí, una acción distinta a las ordinarias, sino que se establecieron unas reglas particulares para la procedencia de las acciones señaladas, principalmente en lo que respecta al término de caducidad (30 días) y a su oportunidad, siempre que no exista contrato aún, pues de existir éste, lo procedente será la acción de controversias contractuales.

En este orden de ideas, lo referente a la acción de nulidad (simple) en relación con 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 (Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989):

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.” “Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que las profirió”

De esta circunstancia se deriva que (1) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de un acto precontractual; (2) a través del ejercicio de la acción de nulidad (simple); (3) siempre que se trate de actos administrativos; (4) 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 (5) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Luego de presentadas las disposiciones normativas que orientan la materia, queda pendiente por resolver la siguiente inquietud: ¿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:

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”.

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.

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 anómala.

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.

En el caso objeto de análisis se produjeron unos actos administrativos, que suspendieron primero y prorrogaron después el plazo de una licitación pública; como se dijo antes, estos son típicos actos de trámite, toda vez que sus efectos se extienden a actos posteriores como el de adjudicación.

Si se verificara la ilegalidad de estos actos, los efectos de tal decisión no podrían extender al acto de adjudicación, toda vez que como se advierte del relato antes presentados, éste no se demanda. Como consecuencia de ello, los efectos de tal decisión judicial (hipotético) serían inocuos y no producirían efecto real alguno.

La demandante ha debido cuestionar las anomalías que aduce se presentaron, con ocasión de la demanda del acto de adjudicación, toda vez que de resultar ciertas y probadas sus afirmaciones de ilegalidad, éste acto sería el producto de una formación irregular y como consecuencia de ello, debería el juez de conocimiento declarar la nulidad.

Como corolario de lo anterior, esta Sala declarará como procedente, la excepción propuesta por el INCO, en el sentido de que se debe proceder a la producción de un fallo inhibitorio. Motivo por el cual, no resulta necesario estudiar los cargos de ilegalidad propuestos por la actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. INHÍBASE de un pronunciamiento de fondo, en relación con las pretensiones de la actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

