

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Santafé de Bogotá, veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Radicación número: 10271

Actor: CLAUDIA ASTRID GÓMEZ LÓPEZ

**Demandado: INSTITUTO FINANCIERO DE DESARROLLO DE BOYACÁ
"IDEBOY"**

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de APELACION interpuesto por la parte actora, contra el auto calendado el día veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en virtud del cual se INADMITIO la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del auto recurrido, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"La doctora CLAUDIA ASTRID GOMEZ LOPEZ, en nombre propio, mediante el ejercicio de la ACCION de simple NULIDAD contra el INSTITUTO FINANCIERO DE DESARROLLO, DE BOYACA -IDEBOY demanda la nulidad del PLIEGO DE CONDICIONES para la LICITACION IDB-001- 93, convocada para celebrar el contrato de arrendamiento del Hotel Sochagota de Paipa de propiedad de IDEBOY y de la ADJUDICACION del contrato, según acta No. 011 del 15 de junio de 1993. Subsidiariamente, pretende la nulidad del acto de ADJUDICACION No. 271 del 16 de junio de 1993 proferida por el Gerente del IDEBOY (fl. 77 a 104)."En el mismo escrito de demanda solicita la SUSPENSION PROVISIONAL de los actos acusados (fl. 79 a 79 bis y 98 a 103).

"Para resolver se considera:

"Si bien, la parte actora en nombre propio demanda la nulidad del PLIEGO DE CONDICIONES para la fererida [sic] licitación, que por el carácter de acto administrativo general que ostenta, puede ser objeto de la acción de simple nulidad por parte de cualquier persona, no sucede lo mismo con la demanda del acto de

ADJUDICACION, del contrato del citado arrendamiento, porque al tener la calidad de un acto de contenido individual o particular, la impugnación jurisdiccional, no la rige la acción de simple nulidad, pues el mecanismo judicial para aquel fin, es el de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., con el ítem de que el atacante debe estar investido de interés para el ejercicio de la acción; es decir, que no puede intentarse por cualquier persona.

"Tampoco, en nuestro caso, resulta aplicable para el ataque del acto de adjudicación la tesis de la procedencia de la acción de simple nulidad contra actos de contenido particular, porque en el evento de la declaratoria de su nulidad, conllevaría automáticamente el restablecimiento del derecho individual lesionado con el acto de adjudicación acusado, en favor de quienes intervinieron en el proceso de licitación y no salieron favorecidos, al quedar abiertas las puertas para una nueva revisión de sus propuestas y consiguiente adjudicación.

"Las anteriores apreciaciones son necesariamente indicativas de la presencia en la demanda de una INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES, cuyo fenómeno de carácter sustancial, no admite la corrección de la demanda, sino que impone su inadmisión o rechazo de plano. "Esta inadmisión, también impide el pronunciamiento sobre la SUSPENSION PROVISIONAL impetrada". (fl. 107-108, C.1)

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 109 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en el cual la demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"El Tribunal inadmitió el libelo inicial con apoyo en la consideración de que los actos administrativos que crean una situación Jurídica particular y concreta, no son susceptibles de la acción de restablecimiento del derecho.

"Respeto el criterio del Tribunal pero no lo comparto porque de esa manera se restringe el sentido del inciso primero del artículo 84 del código contencioso Administrativo, modificado por el artículo 14 del decreto 2304 de 1989.

"Por otra parte el interés individual que puedan tener las personas beneficiadas con los Actos Administrativos que se impugnan no pueden prevalecer sobre el interés general de legalidad que es el que se busca proteger con el artículo 84 ya citado.

"La teoría de los móviles y de los fines que escogió el Consejo de Estado a iniciativa del Doctor Carlos Gustavo Arrieta hace ya muchos años, debe ser recogida porque en última instancia esa tesis [sic] ampara mucho más el derecho o la situación jurídica particular que el ordenamiento Jurídico General en el que está confiada toda la Comunidad Nacional. "La teoría a que hice alusión es la contenida en la

centenaria del 4 de julio de 1962, Expediente No. 929, Anales del Consejo de Estado, página 232, ya debe ser recogida por las razones antes expresadas". (fl. 109-110, C.1).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El auto recurrido será confirmado aunque por razones distintas a las que se recogen en él.

En el caso sub-examine están debidamente acreditadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que con fecha 15 de abril de 1993, el Instituto Financiero de Desarrollo de Boyacá, -IDEBOY- preparó el PLIEGO DE CONDICIONES para la licitación pública No. IDB-001-93, cuyo objeto era la contratación del arrendamiento del HOTEL SOCHAGOTA, ubicado en el Municipio de Paipa, Departamento de Boyacá.

SEGUNDA. Que la Junta Directiva del citado establecimiento público, en su sesión del 15 de junio de 1993, acta No. 011 autorizó al sr. Gerente de IDEBOY para suscribir el contrato en su orden: "...1) Hotel DANN, 2) Administración Hotelera Integral Colombiana & Cia Ltda sus dos mejores puntajes (sic) 3) Promotora Desarrollo Turístico S.A y 4) Germán Morales e Hijos".

TERCERA. Que por Resolución No. 271 de 16 de junio de 1993, suscrita por el Gerente del Instituto Financiero de Desarrollo de Boyacá, se ordenó notificarla personalmente a la Sociedad HOTELES DANN LTDA. En los considerandos de la misma se destaca la adjudicación hecha por la Junta a ésta última entidad.

CUARTA. Que el día 11 de mayo de 1994, la demandante, actuando en nombre propio y en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó que por la justicia contencioso administrativa se hicieran las siguientes declaraciones:

"1.- Que es NULO y sin efectos jurídicos el PLIEGO DE CONDICIONES elaborado para regular la licitación IDB-00193 convocada para celebrar el contrato de arrendamiento del Hotel Sochagota de Paipa de propiedad del IDEBOY, por violación de los artículos 30 literal j) y 33 del Decreto Ley 222 de 1983 y de los artículos 273 literal j) y 216 inciso segundo del Estatuto Fiscal de Boyacá, en relación con el Decreto Ordenanza No. 1238 de 1992, art. 25 literal K).-

"2) Que es NULA y sin efectos jurídicos la ADJUDICACION del contrato de arrendamiento del Hotel Sochagota de Paipa de propiedad del IDEBOY, según consta en el acta número 011 de 15 de junio de 1993, correspondiente a la reunión extraordinaria de la Junta Directiva de IDEBOY, adjudicación a la que se refiere la Resolución 271 de 16 de junio de 1993, por violación del decreto ley 222 de 1983,

artículo 34 del Decreto Ordenanza No. 1238 de 1992, art. 25 literal k., en relación con el Decreto Ordenanza 1223 de 1987, arts. 277 y en subsidio DECLARAR NULO el acto administrativo de ADJUDICACION de la Licitación Pública IDB-001- 93 para el arrendamiento del HOTEL SOCHAGOTA de Paipa, hecha en Tunja por la Junta Directiva del INSTITUTO FINANCIERO DE DESARROLLO DE BOYACA "IDEBOY", en favor de la sociedad "HOTELES DANN LIMITADA", porque en ese acto se violó el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 3 y 5 a 33 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 12 a 25 de la ley 57 de 1985; el artículo 78 literal b) del Decreto Ley 222 de 1983 y el artículo 108 de la ley 42 de 1993, normas todas que son derecho público de la Nación.

"3.- Que es NULO el acto administrativo, Resolución 271 de 16 de junio de 1993, proferido por el gerente del Instituto Financiero de Desarrollo Boyacá -IDEBOY-, y sin efectos jurídicos, este acto y las demás actuaciones que dependen y tengan relación con el mismo, por violación del Decreto Ley 222 de 1987, artículo 34; del Decreto Ordenanza No. 1238 de 1992, art. 25 literal k., en relación con el Decreto Ordenanza de 1987, art. 277.

"4.- Que se decrete la SUSPENSION PROVISIONAL de los siguientes actos administrativos.

"A) El pliego de condiciones que sirvió de base para convocar la licitación pública No. IDB-001-93.

"B) La adjudicación de la licitación IDB-001-93 y

C) La Resolución 271 de 16 de junio de 1993 de IDEBOY;

"En TODOS y cada uno de los casos la suspensión afectará los efectos jurídicos respecto de la celebración del contrato de arrendamiento y en cuanto a la entrega del Hotel Sochagota, situado en Paipa, de propiedad de IDEBOY, todo de conformidad con lo preceptuado en el art. 155 del C.C.A)".fl. 78-79, bis, C.1)

B) A la luz de la realidad fáctica que se deja expuesta, la Sala encuentra que la actora no estaba legitimada para actuar, pues presentó la demanda cuando ya se había notificado el acto de adjudicación al adjudicatario, esto es, cuando ya se había creado una situación jurídica concreta en favor de él. Así las cosas, la controversia es esencialmente contractual, y la acción, por lo mismo, la del art. 85 del C.C.A. No podía, pues, demandarse en ejercicio de la acción de simple nulidad, como reiteradamente lo ha dicho la Corporación.

En la materia que se estudia, la Sala reitera la orientación jurisprudencial que se recoge en sentencia de 29 de septiembre de 1994, expediente No. 7729, en la cual y en lo pertinente se lee:

B) A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador se encuentra frente a la especial circunstancia de que el ACTO DE ADJUDICACION es demandado por un

tercero, completamente ajeno a la relación negocial, pues dentro del proceso de contratación directa no presentó oferta alguna. Por lo demás, ataca el acto de adjudicación cuando ya ha sido notificado a la firma adjudicataria, esto es, cuando ya se ha configurado un CONVENIO, y, por lo mismo, se ha creado una situación jurídica y concreta en su favor. Así las cosas, el citado acto, no podía ser controvertido, en el momento en que lo fue, a través de la acción de simple nulidad; pues tradicionalmente la jurisprudencia de la Corporación lo ha sometido a la acción que corresponde a los bilaterales.

"Sobre la materia que se estudia, el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, enseña:

""a.- El acto de Adjudicación.

""Ha merecido este acto trato especial, no solo por lo que significa dentro de la operación, sino por el tratamiento que el código administrativo le dió a sus artículos 87 y 136, inciso 8. Pero ya desde antes la jurisprudencia lo había sometido al tratamiento de los bilaterales, por considerarlo el convenio mismo o el ajuste real de las voluntades de las partes comprometidas en el proceso selectivo. Dicho pensamiento fue explicado en sentencia, de 1O de agosto de 1982).

""El código administrativo lo calificó como separable en el inciso 8o, del artículo 136; y al hacerlo, dió a entender que su control sería el propio de éstos, o sea mediante las acciones de nulidad y restablecimiento.

""Pese a esto la jurisprudencia de aquel entonces empezó a distinguir su tratamiento según las pretensiones que se formularon en la demanda.

""Así dijo que si el demandante (uno de los partícipes en la licitación o el concurso) pedí a la nulidad del acto de adjudicación y el resarcimiento de perjuicios, sin tocar para nada el contrato celebrado con el favorecido, la controversia podía estimarse como de restablecimiento, para todos los efectos sustanciales y adjetivos a que hubiere lugar.

""Pero que si el demandante iba más lejos, como que fuera de esa nulidad pedía la del contrato y la celebración de este, con indemnización de perjuicios, la controversia ya no era propia de un acto separable sino típicamente contractual. Aquí la solicitud de nulidad del contrato, se dijo; conforma la pretensión principal.

""El decreto 2304 no cambió las cosas, pero le dió la mayor libertad a los jueces. Es así como la jurisprudencia pronto adoptó y reafirmó la posición que se deja explicada: la que frente a este estatuto, dado el silencio que guarda frente a los actos, ya no tiene los obstáculos que el código señalaba. Es ilustrativa a este respecto la sentencia de febrero 7 de 1990, en la que se reiteró la tesis aludida, no solo frente a los actos separables sino en relación con el acto de adjudicación" (Obra citada-Señal Editora, 3a. Edición, pág. 495 y ss.ss).

"Dentro del marco que se deja expuesto, la Sala reitera su orientación jurisprudencial, de recibo a la luz de la normalidad (sic) consagrada en el Decreto 222 de 1983 en el sentido de que el ACTO DE ADJUDICACION puede ser demandado por un tercero, en defensa de la legalidad, y a través de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C. Administrativo, pero ANTES DE SER NOTIFICADO AL ADJUDICATARIO, pues después de presentarse esta última circunstancia, el actor tendrá que ejercitar ora por acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (art. 85 C.C.A), ora la de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (art. 87 C.C.A), dentro del marco que se dejó ya explicado.

"B) Al desfase jurídico ya anotado, esto es, haber demandado en acción de NULIDAD del ACTO de ADJUDICACION, cuando éste ya estaba notificado al adjudicatario, se agrega la especial circunstancia de que el actor no demandó el alcance de la Resolución No. 01296 de 19 de abril de mil novecientos noventa (1990), que modificó el artículo primero (lo) de la Resolución No. GG-000793 de 20 de marzo del mismo año. Así las cosas, el ataque al acto administrativo no se hizo dentro de la filosofía que informa el artículo 138 del C.C.A., que dispone, en su esencia, que si el acto definitivo fue objeto de modificación, deben demandarse también éstas."

Adicionalmente, la Sala observa que la anterior orientación fue acogida por la ley 80 de 1993 en sus art. 77 y 78

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

1º) CONFIRMASE el auto recurrido, esto es, el calendado el día veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá pero por las razones expuestas en los considerandos de este proveído.

2o) Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

JULIO CESAR URIBE ACOSTA

LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ
Secretaria