

ACCION DE NULIDAD SIMPLE - Convenio interadministrativo de prestación de servicios de salud. ISS y Departamento de Cundinamarca / ACCION DE NULIDAD SIMPLE - Competencia del Consejo de Estado en única instancia. Regulación normativa / ACCION DE SIMPLE NULIDAD INTERPUESTA POR EL MINISTERIO PUBLICO - Falta de competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de acciones de controversias contractuales contra actos administrativos / ACCION DE NULIDAD SIMPLE - A solicitud del Ministerio Público por falta de competencia. Improcedencia

De conformidad con el numeral 1 del artículo 128 del C.C.A. –normativa aplicable por ser la vigente al momento de interposición de la demanda– el Consejo de Estado conoce, en única instancia, de “las acciones de nulidad simple contra los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.” Por su parte, el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 –modificado, a su vez, por el Acuerdo No. 55 de 2003– determinó que corresponde a la Sección Tercera los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.” Así mismo, el Acuerdo No. 140 de 2010 señaló que los asuntos asignados a la Sección Tercera se distribuirían entre sus tres Subsecciones, salvo contadas excepciones –entre las que no se encuentra el asunto concreto– que serán decididas directamente por la Sala Plena de la Sección, como por ejemplo cuando se unifica jurisprudencia. Y si bien, podría argumentarse que se trata de un acto particular y concreto el que se demanda en acción de simple nulidad, lo cierto es que el vehículo procesal que empleó el departamento de Cundinamarca para censurar la legalidad de los actos administrativos demandados fue expresamente el contencioso objetivo y, por consiguiente, la Sala tendrá que definir si es viable –en el asunto sub examine– atacar o cuestionar la validez de actos administrativos contractuales –particulares e individuales– por el cauce del estudio de pura legalidad. En otros términos, la causal de nulidad invocada por el Ministerio Público, esto es, la contenida en el numeral 2 del artículo 140 del C.P.C., consistente en la falta de competencia de esta Corporación para conocer en única instancia de acciones de controversias contractuales contra actos administrativos, no se configuró porque se insiste en el caso objeto de estudio el demandante hizo uso de la acción de nulidad simple para esos efectos con apoyo implícito en la teoría de móviles y finalidades que ha sido desarrollada por esta Corporación. Por consiguiente, lejos de que haya operado una causal que invalide lo actuado, lo procedente es definir si la acción de nulidad simple –en aplicación de las normas del C.C.A.– puede servir como instrumento procesal para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales de contenido particular y concreto, o si por el contrario, es procedente declarar la indebida escogencia de la acción por cuanto como lo sostiene la entidad demandada y el Agente del Ministerio Público, era imprescindible ejercer la acción de controversias contractuales.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128 / ACUERDO 55 DE 2003 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13 / ACUERDO 140 DE 2010 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140-2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO - Solicitud de nulidad insaneable por falta de jurisdicción / DECLARATORIA DE NULIDAD INSANEABLE POR FALTA DE JURISDICCION - No procede por haberse pactado cláusula compromisoria entre las partes

Tampoco procede la declaratoria de nulidad insaneable en virtud del numeral 1 del artículo 140 del C.P.C., por falta de jurisdicción, al haberse pactado cláusula compromisoria entre las partes en el convenio interadministrativo No. 2240 de 1995; lo anterior, ya que, se itera, el medio procesal interpuesto –acción de nulidad simple– no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros, con independencia de que los actos administrativos sometidos a juzgamiento de validez sean de contenido particular y concreto.

ACCION DE NULIDAD SIMPLE - Cuestionamiento de la legalidad de actos administrativos de carácter particular y concreto que debió conocerse mediante la acción de controversias contractuales. Teoría de los móviles y finalidades / ACCION DE NULIDAD SIMPLE - Convenio interadministrativo donde se pactaron cláusulas compromisorias. No resulta aplicable jurisprudencia de unificación

El problema jurídico que aborda la Sala se circunscribe a determinar si la nulidad simple puede permitir en algunos específicos escenarios –como ocurre bajo la teoría de los móviles y finalidades respecto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho– cuestionar la legalidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, cuya censura debió efectuarse prima facie mediante la acción de controversias contractuales, por tratarse de decisiones administrativas proferidas a lo largo de un proceso contractual o en ejecución de un contrato estatal o convenio interadministrativo. De modo que, el asunto sometido a decisión de la Sala no cae en el campo u órbita decisional (ratio decidendi) contenido en la providencia de unificación de la Sección Tercera, que estableció que en materia administrativa no existía renuncia tácita de la cláusula compromisoria, y que, por lo tanto, si las partes en un contrato estatal o convenio interadministrativo pactaron el arbitramento no les es viable renunciar de manera implícita al mismo –con la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y con la respectiva contestación– sino que, bajo la premisa contractual según la cual “las cosas se deshacen como se hacen”, era preciso que si los sujetos contratantes suscribieran un documento para sustraerse explícitamente de los efectos de la cláusula compromisoria. (...) al asunto sub lite no le resulta aplicable la jurisprudencia transcrita porque la misma se refiere a los litigios contractuales, es decir, cuando los sujetos contratantes pretenden sustraerse de los efectos de la cláusula compromisoria mediante la presentación de una demanda contractual ante esta Jurisdicción. A contrario sensu, la controversia que se plantea en esta ocasión tiene que ver con definir si existe o no la posibilidad de que se ejerza la acción de simple nulidad –contencioso objetivo o de pura legalidad– para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales de contenido particular y concreto. Además, tampoco se configura la causal de nulidad de que trata el numeral 4 del artículo 140 del C.P.C., esto es, haberse tramitado la demanda por proceso diferente al que corresponde, comoquiera que, en el caso concreto, tanto la acción contractual como la de nulidad simple compartían el proceso ordinario regulado en los artículos 206 y subsiguientes del C.C.A. No sería viable anular la totalidad de este proceso contencioso administrativo, para remitirlo por jurisdicción a la justicia arbitral, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato, toda vez que a los árbitros les está vedado pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos proferidos o expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales, de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 14 de la ley 1682 de 2012 (ley de infraestructura) y el inciso final del artículo 1º de la ley 1563 del mismo año (estatuto arbitral), comoquiera que el acto administrativo cuya legalidad y validez se discute corresponde a la liquidación unilateral del contrato proferida por el ISS, en los términos del artículo 61 de la ley 80 de 1993. **NOTA**

DE RELATORIA: Consultar sentencia de unificación de 18 de abril de 2013, exp. 17859, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

DEMANDA DE NULIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES - En vigencia del Código Contencioso Administrativo. Reiteración jurisprudencial / DEMANDA DE NULIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES - Aplicación de la teoría de los móviles y las finalidades

En términos generales –fuera de la órbita contractual– resulta perfectamente viable que una entidad pública demande en nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho un acto administrativo proferido por otra autoridad. Es decir, que lejos de tratarse de una pretensión de lesividad –controvertir la legalidad de su propio acto– la finalidad que se persiga sea: i) la protección de la legalidad (contencioso objetivo), o ii) la nulidad de un acto administrativo particular con el consecuente restablecimiento del derecho (contencioso subjetivo). Así las cosas, bajo esa perspectiva es viable, prima facie, que se permita demandar la legalidad de un acto administrativo particular bajo la égida de la acción de nulidad simple acudiendo a la teoría de los móviles y finalidades. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 10227

TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES - Noción. Definición. Concepto / TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES - Sentencia hito y reiteración Contencioso Administrativa y Constitucional

La denominada teoría de los móviles y finalidades, al margen de ser ampliamente cuestionada por un sector representativo de la doctrina administrativa nacional, permite o avala el ejercicio de la acción de nulidad simple (art. 84 del C.C.A.) contra actos de contenido particular, siempre y cuando el único fin u objetivo que se persiga con la demanda sea la defensa de la legalidad, es decir, del orden jurídico. La sentencia fundante e hito de la línea jurisprudencial sobre el tópico analizado, es la aditada 10 de agosto de 1961 (...) Con posterioridad, la Sala Plena de la Corporación modificó o matizó el contenido y alcance de la tesis de los móviles y finalidades para restringir su aplicación (...) La Corte Constitucional con ocasión del estudio de una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 84 del C.C.A., tuvo ocasión de pronunciarse frente a la posibilidad que mediante el contencioso objetivo se permita censurar la legalidad de actos administrativos de contenido particular, circunstancia por la que, de contera, analizó la aplicación de la teoría de los móviles y finalidades a la luz de la Constitución Política. En esta ocasión, el tribunal constitucional arribó a la conclusión –en similar sentido a la providencia del 10 de agosto de 1961 del Consejo de Estado– que la acción de nulidad simple permite formular pretensiones de pura legalidad contra actos administrativos particulares. (...)el Consejo de Estado retomó la hermenéutica contenida en la sentencia fundante del 10 de agosto de 1961, es decir, la que admite el ejercicio de la acción de nulidad simple contra actos administrativos particulares en aras de proteger la legalidad y el orden jurídico, siempre y cuando la declaratoria de nulidad no conlleve un restablecimiento automático del derecho. Ahora bien, como se desprende de los pronunciamientos referidos, la teoría de los móviles y finalidades se ha centrado en la articulación que existe entre las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho; por consiguiente, corresponde definir si ese mismo constructo resulta predicable respecto de la acción de controversias contractuales. **NOTA DE RELATORIA:** Sentencia fundamento o hito de la teoría de los móviles y finalidades, de 10 de agosto de 1961. Sobre contenido y alcance de la aplicación de la teoría de los móviles y finalidades, consultar sentencia de Sala Plena de la Corporación de 29

de octubre de 1996, exp. S-404 C.P. Daniel Suárez Hernández. De igual forma, consultar Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil

ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES - Pueden ser demandados a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Sólo puede ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO DE REVOCATORIA DIRECTA DEL QUE DISPUSO LA APERTURA DE LA LICITACION Y GENERE PERJUICIOS - Puede ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO DE DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACION - Puede ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / CUESTIONAMIENTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES UNA VEZ CELEBRADO EL CONTRATO - Se pide la nulidad absoluta del contrato y es una pretensión consecencial / CUESTIONAMIENTO DE LOS ACTOS CONTRACTUALES Y POSCONTRACTUALES - Pueden ser demandados a través de la acción de controversias contractuales

Los actos administrativos precontractuales, proferidos con ocasión de la actividad contractual, pueden ser demandados a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, dependiendo el tipo y la naturaleza del acto, dentro de los treinta días siguientes a su notificación, comunicación o publicación, sin que sea predicable la tesis de los actos separables, es decir, sin que puedan ser atacados bajo la égida del artículo 85 y del 136.2 del C.C.A., es decir, dentro del plazo de cuatro meses. El acto de adjudicación sólo puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Es posible que el acto de revocatoria directa de aquel que dispuso la apertura de la licitación genere perjuicios y, por lo tanto, pueda ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el término de caducidad de treinta días o a través de la acción de reparación directa cuando el acto de revocatoria es legal y lícito. El acto de declaratoria de desierta de la licitación está directamente relacionado con el proceso contractual y, por ende, el instrumento procesal para su censura es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de treinta días, y no el general de cuatro meses de que trata el artículo 136.2 del C.C.A. Una vez celebrado el contrato, la única forma de cuestionar la legalidad de actos administrativos precontractuales es mediante la petición, simultánea, de la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 87 del C.C.A.), es decir, se trata de una pretensión consecencial, y Los actos contractuales y poscontractuales, esto es, los que se profieren a lo largo del desarrollo o ejecución del contrato, y aquellos que se expiden con posterioridad al vencimiento del mismo, sólo son demandables mediante la acción contractual, de conformidad con el artículo 77 de la ley 80 de 1993, posición que se aplica, incluso, frente a las aseguradoras –que sin ser partes en el contrato estatal– si tienen interés directo en muchos de los actos administrativos proferidos a lo largo de la ejecución, terminación o liquidación del mismo (v.gr. declaratorias de incumplimiento y cobro de siniestros). En esa perspectiva, el sistema procesal para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y poscontractuales es complejo, comoquiera que articula las acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, la de controversias contractuales y, excepcionalmente, la de reparación directa –v.gr. cuando existe omisión administrativa en la celebración del contrato estatal–. Establecido que la vía idónea para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y poscontractuales, una vez celebrado el contrato estatal, es la acción de controversias contractuales del artículo 87 del C.C.A., es

preciso definir si la teoría de móviles y finalidades es predicable frente a la misma, esto es, si la acción de nulidad simple puede ser impetrada contra actos administrativos particulares de contenido contractual. Para la Sala, una vez perfeccionado el contrato estatal en los términos del artículo 41 de la ley 80 de 1993, la teoría de móviles y finalidades resulta improcedente frente a la acción de controversias contractuales, por las razones que se exponen a continuación: Para controvertir la legalidad de los actos administrativos relacionados con la actividad contractual –contractuales y poscontractuales– no sólo es relevante la legalidad en sentido objetivo, sino que, para determinar su legalidad –en la mayoría de los eventos– es imprescindible valorar aspectos relacionados con el contrato estatal o convenio interadministrativo. En otros términos, para contrastar la validez de los actos administrativos contractuales resulta inexorable atender al contenido y alcance del negocio jurídico celebrado, así como al comportamiento contractual de los contratantes, el grado de ejecución, etc. NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar, providencias de: 2 de agosto de 2006, exp. 30141; 13 de junio de 2011, exp. 19936; 26 de noviembre de 2014, exp. 31297 y de 30 de marzo de 2011, exp. 20917

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136-2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - No resulta viable, desde ningún punto de vista, la aplicación extensiva de la teoría de los móviles y finalidades

[E]stablecido que la vía idónea para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y poscontractuales, una vez celebrado el contrato estatal, es la acción de controversias contractuales del artículo 87 del C.C.A., es preciso definir si la teoría de móviles y finalidades es predicable frente a la misma, esto es, si la acción de nulidad simple puede ser impetrada contra actos administrativos particulares de contenido contractual. Para la Sala, una vez perfeccionado el contrato estatal en los términos del artículo 41 de la ley 80 de 1993, la teoría de móviles y finalidades resulta improcedente frente a la acción de controversias contractuales, por las razones que se exponen a continuación: i) Para controvertir la legalidad de los actos administrativos relacionados con la actividad contractual –contractuales y poscontractuales– no sólo es relevante la legalidad en sentido objetivo, sino que, para determinar su legalidad –en la mayoría de los eventos– es imprescindible valorar aspectos relacionados con el contrato estatal o convenio interadministrativo. (...) ii) Esta Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que una vez celebrado el contrato estatal, la única forma para cuestionar la validez absoluta o relativa del mismo, así como para censurar la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual, es la acción de controversias contractuales. iii) Los actos administrativos contractuales pueden ser sometidos al conocimiento y juzgamiento de árbitros, al menos en su contenido económico, lo que impediría su juzgamiento en un plano de pura legalidad. iv) Los actos administrativos contractuales y poscontractuales tienen como fundamento normativo no sólo el orden jurídico general (legalidad), sino las normas que se desprenden del contrato en los términos del artículo 1602 del Código Civil, que determina que el negocio jurídico es una ley entre las partes. Por lo tanto, un control de legalidad de los actos relacionados con la actividad contractual –una vez se suscribe el contrato estatal– no puede efectuarse de manera aislada al acuerdo de voluntades, sino que, por el contrario, cualquier estudio de validez supone no sólo la confrontación entre el

acto con el ordenamiento jurídico sino también con el contrato. (...) v) La controversia que se genera con la expedición de un acto administrativo contractual o poscontractual, siempre será de contenido particular y, valga la redundancia, originada en el contrato, razón por la que un estudio de simple confrontación o parangón normativo no resulta viable, por cuanto, se reitera, siempre será necesario estudiar el contenido del negocio jurídico, así como los principios que se integran a ese acuerdo de voluntades, como por ejemplo, el postulado de buena fe, el derecho al debido proceso, etc. Así las cosas, no resulta viable –desde ningún punto de vista– la aplicación extensiva de la teoría de los móviles y finalidades al ámbito de la acción contractual, circunstancia por la que la Sala declarará probada, de oficio, en los términos del artículo 306 del C.P.C. y 164 del C.C.A., la excepción de indebida escogencia de la acción y, por consiguiente, se proferirá fallo inhibitorio. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, consultar sentencia de 9 de mayo de 2011, exp. 17863

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIG DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306

3-RD-76-2015

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-000-00601(33635)

Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS

Referencia: ACCION DE NULIDAD SIMPLE

Decide la Sala, en única instancia, la acción de nulidad simple interpuesta por el departamento de Cundinamarca contra la Resolución No. 046 del 17 de febrero de 1998, proferida por la Presidencia del ISS, y el acto ficto o presunto que debió resolver el recurso de reposición contra la misma, al haber operado el silencio administrativo negativo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. En escrito del 8 de octubre de 2004, el departamento de Cundinamarca –de ahora en adelante el departamento– mediante apoderado judicial, presentó demanda de nulidad simple contra el Instituto de Seguros Sociales –de ahora en adelante ISS– con la finalidad de que se acceda a las siguientes pretensiones:

“1- Se declare la Nulidad de la Resolución número 0416 calendada el 17 de febrero de 1998, proferida por el Presidente del Instituto de Seguros Sociales ISS “por la cual se liquida un contrato (contrato 2240 de diciembre 12 de 1995 celebrado entre el ISS, la Gobernación de Cundinamarca, la Gerencia para la salud y los hospitales públicos del departamento de Cundinamarca), por ser contraria a la Constitución y la ley.

“2- Se declare la nulidad del acto ficto o presunto que debió proferirse por la Presidencia del ISS, resolviendo el recurso de reposición interpuesto por la Gerencia para la Salud de Cundinamarca y de los Hospitales del Departamento de Cundinamarca, a través de apoderado, por haberse presentado silencio administrativo negativo.” (fls. 34 cdno. ppal.).

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El 12 de diciembre de 1995, el ISS (entidad contratante) y el departamento de Cundinamarca (contratista), suscribieron el convenio interadministrativo número 2240 cuyo objeto consistió en la prestación de servicios de salud, médicos, odontológicos, y ambulatorios de primero y segundo nivel de atención, a través de toda la red de hospitales y centros de salud de la entidad territorial.

1.1.2. El negocio jurídico venció el 11 de diciembre de 1995, razón por la que fue adicionado en plazo, de común acuerdo, hasta el 30 de diciembre de 1996.

1.1.3. El Presidente del ISS profirió el 17 de febrero de 1998, la Resolución No. 0416 mediante la cual se liquidó unilateralmente el convenio interadministrativo No. 2240.

1.1.4. En contra del citado acto administrativo se interpuso recurso de reposición, el 21 de abril de 1998, esto es, dentro del término legal, sin que hasta la fecha el

ISS se haya pronunciado, es decir, ha guardado silencio y, por lo tanto, se configuró el silencio administrativo negativo.

1.1.5. El 9 de noviembre de 1998, en ejercicio del derecho de petición, el departamento le solicitó al ISS que se pronunciara sobre el recurso presentado; mediante oficio No. 08215 del 3 de diciembre de 1998, el ISS evadió la respuesta y se limitó a señalar que internamente se han adelantado los trámites tendientes a que se surta una amigable composición entre las partes, a través de la intervención de un tercero, en este caso específico, ASCOFAME.

1.2. El concepto de la violación se desarrolló en los siguientes términos:

1.2.1. Violación del artículo 29 de la Constitución Política y falta de competencia funcional, toda vez que el Presidente del ISS no tenía competencia para proferir la resolución demandada, ya que la misma correspondía al Tribunal de Arbitramento que se debió constituir para esos efectos.

1.2.2. Desconocimiento del principio de legalidad (artículo 6 de la Constitución Política), comoquiera que el Presidente del ISS se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, ya que las partes habían expresamente renunciado a la potestad de liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo para designar esa atribución en los árbitros.

1.2.3. Vulneración del artículo 121 superior, en tanto que, se itera, el Presidente del ISS no contaba con la competencia para liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo.

1.2.4. Trasgresión de los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, por cuanto se omitió el procedimiento para la liquidación del negocio jurídico, máxime si no se intentó realizar la liquidación bilateral, tanto así que no se citó al departamento para intentar llegar a una terminación consensuada del convenio interadministrativo; por el contrario, con la liquidación unilateral se sorprendió a la parte contratista.

1.2.5. Desviación de poder del Presidente del ISS, en la medida que se arrogó una competencia que era inexistente.

1.3. La demanda se admitió en auto del 22 de octubre de 2004, por uno de los Despachos que integran la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación (fl. 41 cdno. ppal.); el proceso se abrió a pruebas a través de proveído del 7 de junio de 2005 (fls. 68 y 69 cdno. ppal.), se corrió traslado para alegar de conclusión en providencia del 18 de octubre de 2005 (fl. 85 cdno. ppal.) y, finalmente, se remitió por competencia a esta Sección mediante auto del 7 de diciembre de 2006 (fl. 95 cdno. ppal.).

1.4. Durante el periodo de fijación en lista, el ISS contestó la demanda para oponerse a las súplicas de la misma. En su criterio, los actos administrativos demandados son válidos porque se expidieron a la luz de las normas vigentes, de manera concreta, los artículo 60 y 61 de la ley 80 de 1993. Y si bien, en el contrato No. 2240 se incluyó una cláusula compromisoria, lo cierto es que la misma es de aplicación opcional y escalonada, toda vez que las partes establecieron que se acudiría al arbitramento siempre que las divergencias no se pudieran solucionar a través de cualquiera de los mecanismos extrajudiciales previstos en la ley.

De otra parte, el ISS propuso la excepción de indebida escogencia de la acción y de caducidad, comoquiera que, puntualizó, se debió ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., y lo que se evidencia es la intención del demandante de desconocer el término de caducidad de que trata el artículo 136.4 de esa misma codificación.

En ese orden de ideas, la real o verdadera finalidad del departamento es obtener un restablecimiento implícito del derecho, dado que si se declara la nulidad del acto administrativo, desaparecería el fundamento de la obligación de pagar al ISS la suma de catorce mil trescientos ochenta y nueve millones de pesos m/cte (\$14.389'000.000,00). Por consiguiente, no se trata de un estudio de validez de un acto administrativo que lesiona en abstracto el orden jurídico y normativo, sino la nulidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto (fls. 63 a 66 cdno. ppal.).

1.4. En la etapa de alegatos de conclusión intervinieron las partes y el señor Agente del Ministerio Público. Los sujetos demandante y demandado reiteraron los argumentos expuestos en los respectivos escritos de demanda y contestación (fls. 86 a 87 y 89 cdno. ppal.).

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación rindió concepto para deprecar se declare la nulidad insubsanable de todo lo actuado, por falta de competencia funcional, comoquiera que se está en presencia de una controversia contractual (fls. 90 a 93 cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala y solicitud de nulidad del Ministerio Público, 2) articulación procesal para demandar los actos administrativos precontractuales y contractuales, 3) caso concreto y 4) costas.

1. Competencia de la Sala y solicitud de nulidad del Ministerio Público

De conformidad con el numeral 1 del artículo 128 del C.C.A. –normativa aplicable por ser la vigente al momento de interposición de la demanda– el Consejo de Estado conoce, en única instancia, de *“las acciones de nulidad simple contra los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.”*

Por su parte, el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 –modificado, a su vez, por el Acuerdo No. 55 de 2003– determinó que corresponde a la Sección Tercera los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.”

Así mismo, el Acuerdo No. 140 de 2010 señaló que los asuntos asignados a la Sección Tercera se distribuirían entre sus tres Subsecciones, salvo contadas excepciones –entre las que no se encuentra el asunto concreto– que serán decididas directamente por la Sala Plena de la Sección, como por ejemplo cuando se unifica jurisprudencia.

Y si bien, podría argumentarse que se trata de un acto particular y concreto el que se demanda en acción de simple nulidad, lo cierto es que el vehículo procesal que

empleó el departamento de Cundinamarca para censurar la legalidad de los actos administrativos demandados fue expresamente el contencioso objetivo y, por consiguiente, la Sala tendrá que definir si es viable –en el asunto *sub examine*– atacar o cuestionar la validez de actos administrativos contractuales –particulares e individuales– por el cauce del estudio de pura legalidad.

En otros términos, la causal de nulidad invocada por el Ministerio Público, esto es, la contenida en el numeral 2 del artículo 140 del C.P.C.¹, consistente en la falta de competencia de esta Corporación para conocer en única instancia de acciones de controversias contractuales contra actos administrativos, no se configuró porque se insiste en el caso objeto de estudio el demandante hizo uso de la acción de nulidad simple para esos efectos con apoyo implícito en la teoría de móviles y finalidades que ha sido desarrollada por esta Corporación.

Por consiguiente, lejos de que haya operado una causal que invalide lo actuado, lo procedente es definir si la acción de nulidad simple –en aplicación de las normas del C.C.A.–² puede servir como instrumento procesal para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales de contenido particular y concreto, o si por el contrario, es procedente declarar la indebida escogencia de la acción por cuanto como lo sostiene la entidad demandada y el Agente del Ministerio Público, era imprescindible ejercer la acción de controversias contractuales³.

¹ “El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
“(…) 2. Cuando el juez carece de competencia.”

² “ARTÍCULO 84. [Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2304 de 1989](#) Acción de nulidad. “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

“Procederá no sólo 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 los profirió.

“También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”

³ “ARTÍCULO 87. [Modificado por el art. 17, Decreto Nacional 2304 de 1989](#) , [Modificado por el art. 32, Ley 446 de 1998](#) De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“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.

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté

De otra parte, tampoco procede la declaratoria de nulidad insaneable en virtud del numeral 1 del artículo 140 del C.P.C., por falta de jurisdicción, al haberse pactado cláusula compromisoria entre las partes en el convenio interadministrativo No. 2240 de 1995; lo anterior, ya que, se itera, el medio procesal interpuesto –acción de nulidad simple– no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros, con independencia de que los actos administrativos sometidos a juzgamiento de validez sean de contenido particular y concreto.

En otros términos, el problema jurídico que aborda la Sala se circunscribe a determinar si la nulidad simple puede permitir en algunos específicos escenarios – como ocurre bajo la teoría de los móviles y finalidades respecto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho– cuestionar la legalidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, cuya censura debió efectuarse *prima facie* mediante la acción de controversias contractuales, por tratarse de decisiones administrativas proferidas a lo largo de un proceso contractual o en ejecución de un contrato estatal o convenio interadministrativo.

De modo que, el asunto sometido a decisión de la Sala no cae en el campo u órbita decisional (*ratio decidendi*) contenido en la providencia de unificación de la Sección Tercera, que estableció que en materia administrativa no existía renuncia tácita de la cláusula compromisoria, y que, por lo tanto, si las partes en un contrato estatal o convenio interadministrativo pactaron el arbitramento no les es viable renunciar de manera implícita al mismo –con la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y con la respectiva contestación– sino que, bajo la premisa contractual según la cual “las cosas se deshacen como se hacen”, era preciso que si los sujetos contratantes suscribieran un documento para sustraerse explícitamente de los efectos de la cláusula compromisoria⁴.

plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

“En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

⁴ “La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial... La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares... Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi*, es también y de manera significativa el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente... las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas

En efecto, en la citada oportunidad se discurrió, *in extenso*, de la siguiente forma⁵:

“2.5 Irrenunciabilidad tácita de las partes a la cláusula compromisoria. Cambio de jurisprudencia

“La sala, con fundamento en los razonamientos que se desarrollan a continuación, recoge en esta oportunidad la tesis que ha sostenido hasta el momento, en relación con la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria.

“2.5.1 Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito indispensable de la cláusula compromisoria.

“Así, el artículo el artículo 2 A del Decreto 2270 de 1989⁶, “*por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones*” dice que “*se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral*” (se resalta).

“Pues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

“Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin

por los hechos del caso, de aquí que, la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento la *ratio decidendi* “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación”... Los precedentes pueden ser declarativos si se limitan a aplicar una norma y existente, y creativos el que crea y aplica una nueva norma; obligatorio es aquel que inevitablemente los jueces deben seguir lo aprueben o no y persuasivos está dado por aquel que los jueces no deben seguir pero que dada su exigencia de alguna manera deberían tener en consideración.” SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano”, Ponencia presentada en el IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010, pág. 10 y 11.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de unificación de jurisprudencia del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶ Modificado por el artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que *“en derecho las cosas se deshacen como se hacen”*.

“No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos –una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal– puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado.

“2.5.2 La autonomía de la cláusula compromisoria constituye una de sus principales características, al punto que los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el evento de que el contrato sobre el cual deban fallar sea nulo o inexistente, es decir, la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes⁷.

“Sobre el particular, la Corte Constitucional⁸ manifestó:

“(…) Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.

“(…) El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-248 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos (...)" (resalta la Sala).

"Significa lo anterior

"... que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente"⁹.

"Así, para la Sala es claro que los efectos que comporta la cláusula compromisoria en el mundo jurídico son de tales importancia y envergadura que, incluso, por razón de su autonomía, la misma subsiste aunque no ocurra lo mismo con el contrato que le dio origen –bien por razón de su nulidad, o bien por su inexistencia–; por lo mismo y con mayor razón hay que admitir, entonces, que ella debe permanecer incólume en el mundo jurídico si las partes que la convienen nada deciden de manera expresa, conjunta y por escrito, acerca de su modificación o eliminación.

"Por consiguiente, la inferencia o deducción que, en sentido contrario, haga el juez institucional o permanente, a partir de la conducta procesal asumida por las partes del contrato estatal, a fin de concluir que cada una decidió, de manera unilateral, renunciar a la cláusula compromisoria o eliminarla, a pesar de que conjuntamente hayan convenido expresamente y por escrito tal posibilidad, desconoce abiertamente el carácter autónomo que caracteriza a la cláusula compromisoria.

"2.5.3 Si se acude al pacto arbitral es porque, previamente y conforme al principio de planeación del contrato, se ha analizado su necesidad y/o conveniencia y, por lo mismo, no puede, de la noche a la mañana, dejarse de lado lo acordado, con el pretexto de que una de las partes acudió al juez institucional y la otra no formuló la excepción de pacto compromisorio.

"En efecto, el consentimiento forjado por la Administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, consolidado en el acuerdo documental de voluntades de las partes contratantes, se traduce materialmente –como ya se vio- en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en un acuerdo posterior, denominado compromiso, en ambos casos con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871.

emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias.

“Pues bien, esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo cual se forja la autonomía de la voluntad¹⁰, y constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados.

“2.5.4 Conforme a lo anterior, si las partes de un contrato estatal celebran un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), con lo cual deciden, de manera consciente y voluntaria, habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre ellas y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, a la vez que derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, resulta evidente que, si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.

“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

“En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene

¹⁰ La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene, en este asunto, la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual para optar por éste (Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P.: Jorge Arango Mejía).

una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.

“2.5.5. Es menester recordar que, en materia de nulidades procesales, el Código Contencioso Administrativo remite (artículo 165) a las causales consagradas en el Código de Procedimiento Civil, estatuto que dispone, por un lado, la facultad oficiosa del juez para declarar nulidades insaneables (artículo 145) y, por el otro, que una de éstas es, precisamente, la falta de jurisdicción (artículos 140-1 y 144, inciso final), entendida ésta como la carencia de la potestad de administrar justicia en un asunto cuya competencia le ha sido asignada (bien por la ley o bien por las partes) a otra autoridad de diferente jurisdicción, a lo cual se suma que, en lo contencioso administrativo, según dispone el segundo inciso del artículo 164 del primero de los códigos en cita, “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada” (se resalta).

“Esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio.

“De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original.” (Negrillas y subrayado del original).

De modo que, al asunto *sub lite* no le resulta aplicable la jurisprudencia trascrita porque la misma se refiere a los litigios contractuales, es decir, cuando los sujetos contratantes pretenden sustraerse de los efectos de la cláusula compromisoria mediante la presentación de una demanda contractual ante esta Jurisdicción. A *contrario sensu*, la controversia que se plantea en esta ocasión tiene que ver con definir si existe o no la posibilidad de que se ejerza la acción de simple nulidad –

contencioso objetivo o de pura legalidad– para cuestionar la legalidad de actos administrativos contractuales de contenido particular y concreto.

Además, tampoco se configura la causal de nulidad de que trata el numeral 4 del artículo 140 del C.P.C., esto es, haberse tramitado la demanda por proceso diferente al que corresponde, comoquiera que, en el caso concreto, tanto la acción contractual como la de nulidad simple compartían el proceso ordinario regulado en los artículos 206 y subsiguientes del C.C.A.¹¹

Aunado a lo anterior, es preciso estudiar de fondo la controversia, en tanto que, para la fecha de presentación de la demanda, ya se encontraba caducada la acción de controversias contractuales para cuestionar la legalidad del acto administrativo de liquidación, por cuanto fue presentada en el año 2004, mientras que el acto fue expedido en el año 1998, es decir, por fuera de los términos establecidos en el artículo 136.10 del C.C.A.

Por último, no sería viable anular la totalidad de este proceso contencioso administrativo, para remitirlo por jurisdicción a la justicia arbitral, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato, toda vez que a los árbitros les está vedado pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos proferidos o expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales, de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 14 de la ley 1682 de 2012 (ley de infraestructura)¹² y el inciso final del artículo 1º de la ley 1563 del mismo año (estatuto arbitral)¹³, comoquiera que el acto administrativo cuya legalidad y

¹¹ “**ARTÍCULO 206.** [Modificado por el art. 45, Decreto Nacional 2304 de 1989.](#) Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.”

¹² “**Artículo 14. Solución de controversias.** Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

“Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

“(…) c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;

“(…)”

¹³ “En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración,

validez se discute corresponde a la liquidación unilateral del contrato proferida por el ISS, en los términos del artículo 61 de la ley 80 de 1993.

En síntesis, los problemas jurídicos que se abordan son los siguientes: ¿la teoría de móviles y finalidades desarrollada por el Consejo de Estado, es predicable frente a los actos administrativos contractuales de naturaleza particular?, y por consiguiente, ¿es posible ejercer la acción de nulidad simple para controvertir ese tipo de actos administrativos?

2. Sistema procesal para demandar los actos administrativos precontractuales y contractuales en vigencia del C.C.A. - reiteración jurisprudencial

En términos generales –fuera de la órbita contractual– resulta perfectamente viable que una entidad pública demande en nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho un acto administrativo proferido por otra autoridad. Es decir, que lejos de tratarse de una pretensión de lesividad –controvertir la legalidad de su propio acto– la finalidad que se persiga sea: i) la protección de la legalidad (contencioso objetivo), o ii) la nulidad de un acto administrativo particular con el consecuente restablecimiento del derecho (contencioso subjetivo).

Así las cosas, bajo esa perspectiva es viable, *prima facie*, que se permita demandar la legalidad de un acto administrativo particular bajo la égida de la acción de nulidad simple acudiendo a la teoría de los móviles y finalidades.

Sobre el particular, la Sección ha sostenido:

“Al abordar el problema jurídico relacionado con la viabilidad de ejercer la acción de nulidad para la impugnación de actos administrativos de carácter particular y concreto, esta Corporación ha sostenido que, para estos efectos, tal acción solamente resulta procedente: *i)* en los casos en que expresamente la ley lo ha señalado¹⁴ y *ii)* en aquellos eventos en los cuales una eventual

desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”

¹⁴ Como son los siguientes actos administrativos: los electorales concretos (artículos 223 y ss. del C.C.A.); los contentivos de carta de naturaleza (artículo 221 del C.C.A.); los de patentes, de certificados de dibujos o modelos industriales y de registro de marca, antes según los artículo 585 y ss del Código de Comercio y hoy según disposiciones de la Comunidad Andina; las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA (artículo 72 de la Ley 160 de 1994); los actos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un

sentencia estimatoria no comporte el restablecimiento automático de un derecho subjetivo¹⁵.

“(…) Por el contrario, si una entidad de derecho público demanda un acto que ha sido expedido por otra, pretendiendo su nulidad y el consecuente restablecimiento de su derecho, se está en presencia de una típica acción ordinaria de nulidad y restablecimiento a la que se deberá aplicar tanto el término de caducidad de 4 meses,¹⁶ como los demás requisitos de procedibilidad a que haya lugar.

“Ha de precisarse que además de los eventos expuestos, siempre podrá la entidad pública¹⁷ impugnar un acto administrativo, propio o de otra entidad, en ejercicio de la acción de nulidad, acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la cual por regla general, puede interponerse -con esa única pretensión-, en cualquier momento a partir de la expedición del acto,¹⁸ teniendo en consideración que para determinar cuál es la acción procedente para el caso concreto, habrá de acudirse a la teoría de los móviles y finalidades.”¹⁹

La denominada teoría de los móviles y finalidades, al margen de ser ampliamente cuestionada por un sector representativo de la doctrina administrativa nacional²⁰, permite o avala el ejercicio de la acción de nulidad simple (art. 84 del C.C.A.) contra actos de contenido particular, siempre y cuando el único fin u objetivo que se persiga con la demanda sea la defensa de la legalidad, es decir, del orden jurídico.

permiso, autorización, concesión o Licencia Ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente (artículo 73 de la Ley 99 de 1.993).

¹⁵ Sentencia de agosto 10 de 1961, tomo LXIII, núms. 392-396, p. 202, M. P. CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE. La línea de interpretación establecida en esta providencia, no fue objeto de la declaratoria de inexequibilidad dispuesta en la sentencia C-426 de 2002 de la Corte Constitucional.

¹⁶ C.C.A. art. 136-2.

¹⁷ Acerca de la posibilidad de que personas jurídicas ejerciten la acción de nulidad, puede consultarse entre otras, la Sentencia de la Sección Cuarta de febrero 19 de 1.999, expediente 9.229, C.P. Daniel Manrique Guzmán.

¹⁸ C.C.A. art. 136-1.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 10227, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ “La denominada teoría de los móviles y finalidades de las acciones contenciosas de nulidad y de restablecimiento del derecho ha sido una de las construcciones jurisprudenciales más desafortunadas para el Estado de derecho, y sobre todo para el control efectivo de la arbitrariedad y del desconocimiento de los derechos subjetivos por la administración pública. En la práctica su desarrollo en Colombia nos muestra todo un sendero de inseguridad jurídica y de despropósitos procesales frente a los derechos sustanciales de los asociados y la defensa de la legalidad. Esta situación se advierte a partir de su aplicación a una estructura de acciones que el legislador prefijó sobre la base del tipo de actos objeto de impugnación... Al aplicar la teoría de los móviles y finalidades a esta base conceptual, la misma se desdibuja produciendo de inmediato un profundo choque procesal que aún nuestras altas cortes no han podido solucionar, cayendo todas ellas en decisiones abiertamente desconocedoras de principios básicos del Estado de derecho como los de legalidad y seguridad jurídica.” SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “Tratado de derecho administrativo”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 140 y 141.

La sentencia fundante e hito de la línea jurisprudencial sobre el tópico analizado, es la aditada 10 de agosto de 1961, oportunidad en la que se puntualizó²¹:

“No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia... Los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo... Los motivos y finalidades del acto deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas legales asignan a la acción. Es presumible esta similitud cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta directamente a la comunidad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares, [evento en el que] la doctrina de motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses...”

Con posterioridad, la Sala Plena de la Corporación modificó o matizó el contenido y alcance de la tesis de los móviles y finalidades para restringir su aplicación, en los siguientes términos:

“En virtud de las anteriores consideraciones, y en procura de reafirmar una posición jurisprudencial en torno de eventuales situaciones similares a la que ahora se examina, estima la Sala que **“además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, es especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.”** De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de

²¹ Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, sentencia del 10 de agosto de 1961, M.P. Carlos Gustavo Arrieta.

particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación.”²²

La Corte Constitucional con ocasión del estudio de una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 84 del C.C.A., tuvo ocasión de pronunciarse frente a la posibilidad que mediante el contencioso objetivo se permita censurar la legalidad de actos administrativos de contenido particular, circunstancia por la que, de contera, analizó la aplicación de la teoría de los móviles y finalidades a la luz de la Constitución Política. En esta ocasión, el tribunal constitucional arribó a la conclusión –en similar sentido a la providencia del 10 de agosto de 1961 del Consejo de Estado– que la acción de nulidad simple permite formular pretensiones de pura legalidad contra actos administrativos particulares.

No obstante, en relación con la posible consecuencia resarcitoria o de restablecimiento que pudiera derivarse de la nulidad del acto administrativo, la Corte incurre en formulaciones equívocas por cuanto en algunos apartes de la decisión sostiene que la acción de nulidad procederá contra actos particulares con independencia de si la ilegalidad lleva o no aparejado el restablecimiento automático del derecho, mientras que de otros podría concluirse lo contrario. Sobre el particular, puntualizó *in extenso*²³:

“7.8. Teniendo en cuenta el objeto fundamental y las circunstancias de orden legal que reglamentan y condicionan su ejercicio, es válido afirmar que la acción de nulidad presenta las siguientes características: (i) se ejerce exclusivamente en interés general con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; (ii) por tratarse de una acción pública, la misma puede ser promovida por cualquier persona; (iii) la ley no le fija término de caducidad y, por tanto, es posible ejercerla en cualquier tiempo; (iv) procede contra todos los actos administrativos siempre que, como se dijo, se persiga preservar la legalidad en abstracto -la defensa de la Constitución, la ley o el reglamento-.

“7.9. Por su parte, en lo que corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, (i) ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación. (ii) A diferencia de la acción de nulidad, la misma sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 1996, exp. S-404, M.P. Daniel Suárez Hernández.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

legal. (iii) igualmente, tal y como se deduce de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A, esta acción tiene un término de caducidad de cuatro meses, salvo que la parte demandante sea una entidad pública, pues en ese caso la caducidad es de dos años.

“(…) 7.14. Ello conduce a que, por fuera de lo que constituyen sus características más próximas, la procedencia de una u otra acción no esté determinada por el contenido del acto que se impugna -general o particular- ni por los efectos que de éstos se puedan derivar, sino por la naturaleza de la pretensión que se formule, o lo que es igual, por la clase de solicitud o de petición que se haga ante el órgano jurisdiccional. Si el proceso administrativo de anulación define su propia identidad a partir del bien jurídico a tutelar -la simple legalidad o ésta y la garantía de un derecho subjetivo-, la pretensión procesal se convierte en su objeto principal pues en torno a ella es que tiene lugar todo el curso de la actuación judicial. La promoción o iniciación del proceso, su desarrollo e instrucción y la posterior decisión, encuentran como referente válido la declaración de voluntad del demandante o lo que éste pida que se proteja, sin que tenga por qué incidir en la actuación la condición del acto violador o sus efectos más próximos.

“En esos términos, si la pretensión procesal del administrado al acudir a la jurisdicción se limita tan sólo a impugnar la legalidad del acto administrativo, no existe razón para desconocerle el interés por el orden jurídico y privarlo del acceso a la administración de justicia, por la fútil consideración de que la violación alegada provenga de un acto de contenido particular y concreto que también afecta derechos subjetivos. Resultaría insólito y contrario al Estado de Derecho que la Administración, acogiéndose a criterios netamente formalistas que no interpretan fielmente los textos reguladores sobre la materia, se pueda sustraer del régimen legal que gobierna la actividad pública y, de contera, del control judicial de sus propios actos, como si unos -los de contenido general- y otros -los de contenido particular- no estuvieran sometidos al principio de legalidad.

“7.15. Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, **pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros**. Siguiendo este mismo razonamiento, si lo que persigue el demandante es un pronunciamiento anulatorio y la consecuente reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a ejercitarse dentro del término de caducidad a que hace expresa referencia el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., para que el juez proceda no sólo a decretar la nulidad del acto sino también al reconocimiento de la situación jurídica individual que ha resultado afectada.

“7.16. Así las cosas, independientemente de las tesis que hayan sido expuestas en el seno del máximo órgano de la jurisdicción

administrativa para delimitar la procedencia de la acción de nulidad contra actos de contenido particular, la formulación y exigencia de requisitos adicionales no contenidos en el texto de la norma acusada ni derivados de su verdadero espíritu y alcance, representan, sin lugar a dudas, una carga ilegítima para los administrados que afecta y restringe de manera grave el ejercicio de sus derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso, pues, lo ha dicho la Corte²⁴, el intérprete no puede hacer decir a las normas lo que éstas no dicen, mucho menos si el sentido que les atribuye excede su verdadero contenido y no se ajusta al texto de la Constitución Política.

“7.17. Establecer como orientación jurisprudencial dominante, que la acción de nulidad sólo procede contra los actos de contenido particular cuando lo indique la ley o cuando éstos representen un interés para la comunidad, no sólo comporta una interpretación inexacta del contenido del artículo 84 del C.C.A., cuyo texto permite demandar por vía de la simple nulidad todos los actos de la Administración, sino también, una inversión de la regla allí establecida, en cuanto que la citada orientación lleva a la conclusión de que sólo por excepción los actos administrativos de contenido particular son demandables a través de la acción de simple nulidad, sentido que jamás podría extraerse del texto de la preceptiva impugnada ni del alcance que la propia Constitución y la ley le han fijado a la acción Pública de nulidad.

“7.18. Mediante la aplicación de esta regla de interpretación, y sin que la ley disponga nada al respecto, se le está impidiendo al ciudadano acceder a la jurisdicción para salvaguardar y hacer prevalecer el imperio de la ley, con la sola excusa de no haber solicitado en tiempo el restablecimiento del derecho o la reparación del daño sufrido por el acto, desconociéndose de esta manera el principio de legalidad que resulta ser consustancial a nuestro Estado de derecho y los mandatos constitucionales que subordinan el interés privado al interés público o social, y que difieren en la ley la facultad de regular los recursos, las acciones y los procedimientos necesarios, precisamente, *“para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico...”* (C.P. arts. 58 y 89). Sobre esto último, teniendo en cuenta las atribuciones asignadas por la Carta Política a las distintas ramas del Poder Público, habrá de recordarse que la regulación de los procedimientos judiciales es competencia exclusiva y excluyente del legislador²⁵, de manera que sólo él es el llamado a fijar y definir los presupuestos procesales de las acciones y en particular los de la acción de simple nulidad, sin que le sea posible al juez apartarse de ellos, modificando o alterando las reglas normativas preestablecidas en perjuicio de los administrados.

“7.19. Reconocerle a la acción de nulidad un carácter eminentemente restrictivo tratándose de los actos administrativos de

²⁴ Cfr. la sentencia C-011/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ Ciertamente, conforme se indicó en el acápite de esta Sentencia que desarrolla el derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud de lo preceptuado en los artículos 29, 89 y 150-2 de la Constitución Política, corresponde al legislador regular los procedimientos judiciales y establecer los recursos y acciones que propugnen por la integridad el orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos.

contenido particular, resulta, entonces, contraria al principio *pro actione* o de promoción de la actividad judicial, que, como garantía fundamental de los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso, le impone al operador jurídico, en este caso a los órganos que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el deber jurídico de aplicar e interpretar las normas legales -en particular las procesales- consultado su verdadero espíritu y alcance, en plena armonía con las garantías constitucionales que le sirven de sustento y en el sentido que resulten más favorables y útiles para la realización del derecho sustancial; el cual, por mandato expreso del artículo 228 Superior, está llamado a prevalecer sobre el derecho adjetivo o formal.

“7.20. Es cierto que, conforme a los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, el juez, en particular el contencioso, está ampliamente facultado para interpretar y aplicar las leyes. Sin embargo, según lo ha venido sosteniendo esta Corporación en forma por demás reiterada, el ejercicio de esta atribución no es absoluta, pues la misma encuentra límites claros en el conjunto de valores, principios y derechos que consagra nuestro ordenamiento jurídico, “de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que en todo se ajuste a la Carta Política.”²⁶ La actividad interpretativa del juez, pese a gozar de un amplio margen de libertad, no puede comprender *ex proprio jure*, “manifestaciones de autoridad que supongan un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas”²⁷, tal y como ocurre en el presente caso. Sobre el particular, dijo esta Corporación:

“Conservando la misma línea de pensamiento, ha precisado la Corte que la autonomía e independencia judicial, como manifestación de la facultad que tiene el operador jurídico para interpretar las normas jurídicas, no es absoluta. Ella encuentra límites claros en la propia institucionalidad y en el orden jurídico. Así, la función judicial, analizada desde la perspectiva del conjunto de atribuciones y potestades reconocidas por la ley a los órganos encargados de administrar justicia, tiene necesariamente que desarrollarse dentro del marco de la Constitución Política, como la única forma de garantizarle a los coasociados la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz, y de procurar hacer efectivo el propósito Superior de asegurar un orden político, económico y social justo”. (Sentencia SU-1185/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

“7. 21. En estos términos, si el imperativo constitucional del derecho a la tutela judicial es su *efectividad*, entendida ésta como el compromiso estatal de garantizar en forma real el acceso a la jurisdicción para lograr el restablecimiento del orden jurídico y la garantía de los derechos ciudadanos, puede asegurarse que la interpretación que viene haciendo el Consejo de Estado del precitado artículo 84 del C.C.A. desconoce este derecho medular, pues, además de impedirle al afectado solicitar el restablecimiento de la situación jurídica individual por encontrarse vencido el término

²⁶ Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷ Sentencia *Ibidem*.

legal estatuido para esos efectos, también se le está limitando al ciudadano -interesado o tercero- el acceso al proceso para controvertir la simple legalidad de ciertos actos administrativos de contenido particular, sin que ese haya sido el verdadero interés del constituyente ni del legislador extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad.

“7.22. Así, cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A. art. 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto. **En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (C.C.A. art. 136-2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (C.C.A. arts. 84 y 136-1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan por razones de interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la Administración en el ejercicio del poder público. En estos casos, la competencia del juez contencioso administrativo se encuentra limitada por la pretensión de nulidad del actor,** de manera que, en aplicación del principio dispositivo, aquél no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada por el acto. Ahora bien, si se acusa un acto de contenido particular y concreto por vía de la acción de simple nulidad, y la demanda no se interpone por el titular del derecho afectado sino por un tercero, es imprescindible que el juez contencioso vincule al proceso al directamente interesado, con el fin de que éste intervenga y pueda hacer efectivas las garantías propias del derecho al debido proceso.

“7.23. Siguiendo este razonamiento, en el entendido que la procedencia de una u otra acción está determinada por la pretensión que se formule ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es menester precisar que cuando se demanda por vía de la acción de simple nulidad un acto de contenido particular y concreto que crea o reconoce un derecho subjetivo, pese a que el mismo haya sido declarado nulo en la respectiva sentencia, el juez de la causa está obligado a mantener intangible el derecho en cuestión ya que, como se ha venido explicando, el pronunciamiento judicial en estos casos es única y exclusivamente de legalidad en abstracto. Téngase en cuenta que, una vez vencido el término de caducidad previsto en la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento sin que ésta se haya impetrado -que es de cuatro meses si se trata de un particular o de dos años si quien demanda es una persona de derecho público-, el derecho subjetivo reconocido en el respectivo acto administrativo adquiere firmeza jurídica y se torna inmodificable, de manera que, frente a la posible declaratoria de simple nulidad del

acto, la cual puede promoverse en cualquier tiempo, deben hacerse prevalecer los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima en favor del titular del derecho previamente reconocido.

“7.24. Asimismo, en aras de la certeza y seguridad jurídica, habrá de aclararse que cuando no se promueva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad fijado en la ley, y se demanda un acto de contenido particular y concreto a través de la acción de simple nulidad, la sentencia que acoge la pretensión de nulidad del acto no abre la posibilidad para que el sujeto afectado pueda entrar a solicitar la reparación del daño antijurídico derivado de dicho acto. En realidad, el hecho de que no se haya reclamado en tiempo el reconocimiento de una situación jurídica individual afectada por un acto administrativo, impide de plano que pueda utilizarse el contencioso de simple anulación como medio para revivir nuevamente la posibilidad de reclamar, por vía judicial, el restablecimiento del derecho presuntamente afectado.”
(Negrillas adicionales).

El anterior pronunciamiento, produjo un significativo giro ya que el Consejo de Estado retomó la hermenéutica contenida en la sentencia fundante del 10 de agosto de 1961, es decir, la que admite el ejercicio de la acción de nulidad simple contra actos administrativos particulares en aras de proteger la legalidad y el orden jurídico, siempre y cuando la declaratoria de nulidad no conlleve un restablecimiento automático del derecho.

Ahora bien, como se desprende de los pronunciamientos referidos, la teoría de los móviles y finalidades se ha centrado en la articulación que existe entre las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho; por consiguiente, corresponde definir si ese mismo constructo resulta predicable respecto de la acción de controversias contractuales.

El artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, preceptúa:

“De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“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.

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

“En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

De la norma trascrita, y de la jurisprudencia proferida por esta Sección, se pueden extraer varias conclusiones:

i) los actos administrativos precontractuales, proferidos con ocasión de la actividad contractual, pueden ser demandados a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, dependiendo el tipo y la naturaleza del acto, dentro de los treinta días siguientes a su notificación, comunicación o publicación, sin que sea predicable la tesis de los actos separables²⁸, es decir, sin que puedan ser atacados bajo la égida del artículo 85 y del 136.2 del C.C.A., es decir, dentro del plazo de cuatro meses,

ii) el acto de adjudicación sólo puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁹,

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de agosto de 2006, exp. 30141, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁹ “*Contrario sensu*, cuando el acto precontractual, además de su carácter de definitivo acusa la vulneración a una persona determinada, de un derecho amparado en una norma, el caso determinará el contencioso subjetivo como el medio de control judicial idóneo para enjuiciar su legalidad y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

“Y ello por cuanto el acto de adjudicación puede llevar consigo la vulneración a sujetos determinados, los participantes en el proceso licitatorio incluida la entidad estatal contratante, de un derecho amparado en una norma, lo cual excluye su control por la vía del contencioso objetivo, dado que al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 13 de junio de 2011, exp. 19936, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

iii) es posible que el acto de revocatoria directa de aquel que dispuso la apertura de la licitación genere perjuicios y, por lo tanto, pueda ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el término de caducidad de treinta días³⁰ o a través de la acción de reparación directa cuando el acto de revocatoria es legal y lícito,

iv) el acto de declaratoria de desierta de la licitación está directamente relacionado con el proceso contractual y, por ende, el instrumento procesal para su censura es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de treinta días, y no el general de cuatro meses de que trata el artículo 136.2 del C.C.A.,

v) una vez celebrado el contrato, la única forma de cuestionar la legalidad de actos administrativos precontractuales es mediante la petición, simultánea, de la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 87 del C.C.A.), es decir, se trata de una pretensión consecucional, y

vi) los actos contractuales y poscontractuales, esto es, los que se profieren a lo largo del desarrollo o ejecución del contrato, y aquellos que se expiden con posterioridad al vencimiento del mismo, sólo son demandables mediante la acción contractual, de conformidad con el artículo 77 de la ley 80 de 1993³¹, posición que se aplica, incluso, frente a las aseguradoras –que sin ser partes en el contrato estatal– si tienen interés directo en muchos de los actos administrativos proferidos a lo largo de la ejecución, terminación o liquidación del mismo (v.gr. declaratorias de incumplimiento y cobro de siniestros)³².

En esa perspectiva, el sistema procesal para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y poscontractuales es complejo, comoquiera que articula las acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, la de controversias contractuales y, excepcionalmente, la de reparación directa –v.gr. cuando existe omisión administrativa en la celebración del contrato estatal–.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³¹ “*De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas*. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.” (Negritas de la Sala).

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de marzo de 2011, exp. 20917, M.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, establecido que la vía idónea para demandar los actos administrativos precontractuales, contractuales y poscontractuales, una vez celebrado el contrato estatal, es la acción de controversias contractuales del artículo 87 del C.C.A., es preciso definir si la teoría de móviles y finalidades es predicable frente a la misma, esto es, si la acción de nulidad simple puede ser impetrada contra actos administrativos particulares de contenido contractual.

Para la Sala, una vez perfeccionado el contrato estatal en los términos del artículo 41 de la ley 80 de 1993³³, la teoría de móviles y finalidades resulta improcedente frente a la acción de controversias contractuales, por las razones que se exponen a continuación:

i) Para controvertir la legalidad de los actos administrativos relacionados con la actividad contractual –contractuales y poscontractuales– no sólo es relevante la legalidad en sentido objetivo, sino que, para determinar su legalidad –en la mayoría de los eventos– es imprescindible valorar aspectos relacionados con el contrato estatal o convenio interadministrativo.

En otros términos, para contrastar la validez de los actos administrativos contractuales resulta inexorable atender al contenido y alcance del negocio jurídico celebrado, así como al comportamiento contractual de los contratantes, el grado de ejecución, etc.

ii) Esta Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que una vez celebrado el contrato estatal, la única forma para cuestionar la validez absoluta o relativa del mismo, así como para censurar la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual, es la acción de controversias contractuales.

³³ “Artículo 41º.- *Del Perfeccionamiento del Contrato*. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

“El art. 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo de éste artículo así: Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

“Los contratos estatales son "Intuito personae" y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

“(…)”

iii) Los actos administrativos contractuales pueden ser sometidos al conocimiento y juzgamiento de árbitros, al menos en su contenido económico, lo que impediría su juzgamiento en un plano de pura legalidad.

iv) Los actos administrativos contractuales y poscontractuales tienen como fundamento normativo no sólo el orden jurídico general (legalidad), sino las normas que se desprenden del contrato en los términos del artículo 1602 del Código Civil, que determina que el negocio jurídico es una ley entre las partes. Por lo tanto, un control de legalidad de los actos relacionados con la actividad contractual –una vez se suscribe el contrato estatal– no puede efectuarse de manera aislada al acuerdo de voluntades, sino que, por el contrario, cualquier estudio de validez supone no sólo la confrontación entre el acto con el ordenamiento jurídico sino también con el contrato.

El artículo 1602 del Código Civil consagra el carácter vinculante de los contratos, al precisar que: *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

Frente a la fuerza normativa del contrato –y en general del negocio jurídico– la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

“Incluso, desde la óptica de la teoría jurídica³⁴, concretamente desde el positivismo analítico, es posible señalar que el contrato se encuentra sujeto no sólo a las normas habilitantes –reglas secundarias que permiten su celebración–, sino de igual manera a las normas primarias de conducta, en tanto con fundamento en estas últimas es que debe proferirse la regla jurídica que determinará la forma como una de las partes –la administración pública– debe ejercer determinada potestad que se encuentra atribuida por el ordenamiento jurídico, y que es desarrollada por el negocio jurídico.^{35”36}

³⁴ “En el centro del problema de una dinámica jurídica se encuentra la cuestión acerca de los diferentes métodos de producción jurídica, o acerca de las formas del Derecho. Si se reconoce como función esencial de la norma jurídica el que ella obligue a los hombres a determinada conducta (enlazando la conducta opuesta con un acto coactivo, con la llamada consecuencia jurídica), el punto de vista decisivo, desde el que ha de juzgarse la producción de la norma jurídica, resulta ser el siguiente: si el hombre ha de ser obligado por la norma, el sometido a la norma, participa o no en la producción de esta norma que le obliga. En otros términos: si la obligación tiene lugar con su voluntad o sin ella, y eventualmente hasta en contra de su voluntad. En aquella diferencia que de ordinario se designa como la antítesis de autonomía y heteronomía, y que la doctrina jurídica suele emplear en el dominio del derecho público...” KELSEN, Hans “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, Pág. 146.

³⁵ “Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o

v) La controversia que se genera con la expedición de un acto administrativo contractual o poscontractual, siempre será de contenido particular y, valga la redundancia, originada en el contrato, razón por la que un estudio de simple confrontación o parangón normativo no resulta viable, por cuanto, se reitera, siempre será necesario estudiar el contenido del negocio jurídico, así como los principios que se integran a ese acuerdo de voluntades, como por ejemplo, el postulado de buena fe, el derecho al debido proceso, etc.

3. Caso concreto

Así las cosas, no resulta viable –desde ningún punto de vista– la aplicación extensiva de la teoría de los móviles y finalidades al ámbito de la acción contractual, circunstancia por la que la Sala declarará probada, de oficio, en los términos del artículo 306 del C.P.C.³⁷ y 164 del C.C.A.³⁸, la excepción de indebida escogencia de la acción y, por consiguiente, se proferirá fallo inhibitorio³⁹.

diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las de segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que impliquen movimiento o cambios físicos; las de segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.” HART, H.L.A. “El concepto de derecho”, Ed. Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, Pág. 101.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 17863, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ **ARTÍCULO 306.** Resolución sobre excepciones. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. “Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.”

³⁸ **ARTÍCULO 164.** En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*.”

³⁹ En lo que tiene que ver con la indebida escogencia de la acción, se recuerda que para acceder al trámite de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es menester que el demandante determine la vía procesal adecuada para buscar que prosperen sus pretensiones, la cual depende de la causa generadora o fuente del daño cuyo restablecimiento se pretende. Ello implica que las solicitudes del demandante pueden resolverse de fondo sólo si se accedió ante la

En efecto, el departamento de Cundinamarca debió hacer uso de la acción de controversias contractuales con el objetivo de solicitar la nulidad del acto de liquidación unilateral proferido por el ISS y, consecuentemente, que en sede jurisdiccional se procediera a la liquidación del convenio interadministrativo suscrito entre las entidades.

Como corolario, de conformidad con la jurisprudencia sostenida por esta Sala se declarará probada la excepción de inepta demanda, por falta o carencia de uno de los presupuestos procesales para proferir sentencia de fondo, esto es, el ejercicio de la acción idónea.

5. Costas

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas a las partes, por cuanto no se evidencia que hayan actuado con temeridad o mala fe.

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. Declárase probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Sin costas.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, **archívese** el proceso.

jurisdicción mediante la acción pertinente, pues, de acuerdo con el reiterado criterio de esta Sala, el adecuado ejercicio de las vías procesales para demandar es un requisito sustancial indispensable para que se pueda analizar de fondo un determinado caso. (...) cuando el actor escoge una vía inadecuada para demandar el restablecimiento de su situación, o para perseguir la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, es procedente el rechazo de la demanda, en caso de no haberse admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo se presente en el libelo introductorio y no haya sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior." Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, exp. 44037, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA