



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación: 660012331000200900087 02

Referencia: 47830

Actor: MUNICIPIO DE PEREIRA

Demandado: ELIZABETH HOYOS

Naturaleza: Apelación sentencia de nulidad

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada ELIZABETH HOYOS CASTAÑO contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda del 14 de diciembre de 2012 en la que se decidió:

- “1. **DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 3778 del 2 de septiembre de 2008 del Municipio de Pereira, por medio de la cual se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008”.*
- 2. **ORDÉNESE** al Municipio de Pereira, devolver la suma cancelada en virtud del acto declarado nulo, junto con los intereses causados por la misma, a la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO”.*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

La demanda fue presentada por la apoderada del Municipio de Pereira, en ejercicio de la acción de Nulidad – Acción de Lesividad, con el objeto de que previos los trámites de un proceso ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- “1. Declárase la nulidad de la decisión contenida en la Resolución No. 3778 de fecha 2 de septiembre de 2008 **“POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA No. 50 DE 2008”**, expedida por el Alcalde del Municipio de Pereira, mediante la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008, cuyo objeto es la “venta de dos (2) predios denominados LA MARTA LOTE Im2 Y LA MARTA LOTE Im15 UBICADOS EN EL Corregimiento de*



Cerritos, Condominio Maracay” a la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.081.756, por infringir normas es que debía fundarse”.

2. Hechos

Las pretensiones de la parte actora se fundamentan en los hechos que la Sala sintetiza así¹:

2.1. El 11 de agosto de 2008, el Municipio de Pereira, inició el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50, cuyo objeto era: *“Recibir ofertas para la venta de dos (2) predios denominados LA MARTA LM2 Y LA MARTA LM15 ubicados en el Corregimiento de Cerritos, Sector Cerritos, Condominio Maracay”.*

2.2. De conformidad con el cronograma establecido en el artículo segundo de la Resolución 3585 de 19 de agosto de 2008, manifestaron su interés en participar en el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008, los señores: Wilfor Fernando Rendón Tabares, Elizabeth Hoyos Castaño, Gustavo Forero, Alba Luz Betancourth B. y James Alberto Orozco Marín.

2.3. Según constancias de recibo de propuesta, se presentaron a dicha convocatoria:

- Wilfor Fernando Rendón Tabares, identificado con Cédula de ciudadanía No. 18.592.778 de Santa Rosa de Cabal, el día 25 de agosto de 2008 a las 8:20 a.m.
- Elizabeth Hoyos Castaño, identificada con Cédula de ciudadanía No. 42.081.756 de Pereira, el día 25 de agosto de 2008, a las 8:40 a.m.

2.4. El día 25 de agosto de 2008, a las 9:00 a.m., en el despacho de la Secretaría Jurídica del Municipio de Pereira se llevó a cabo la diligencia de cierre del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008, en la que se constató que se recibieron solo dos propuestas:

- La del señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARÉS, por un valor de \$120'000.000.
- La de la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, por un valor de \$155'000.000.

2.5. El señor Wilfor Fernando Rendón Tabares y la señora Elizabeth Hoyos Castaño, en sus respectivas propuestas declararon bajo la gravedad del juramento que no se

¹ Folios 121 a 128 C. No. 1.



hallaban incursos en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad señaladas en la Constitución y en la Ley.

2.6. El señor Wilfor Fernando Rendón Tabares a su vez, en su propuesta señaló como su dirección: Km 7 vía Armenia Tapanga Casa No. 3, número de teléfono 3388255 y número celular 3104927125. Mientras en el RUT aparece como su dirección: Calle 18 No. 20-60 Barrio Santa Mónica, Conjunto Horizontes CA7 y número de teléfono 3302666.

2.7. La señora Elizabeth Hoyos Castaño suministró en la propuesta como su dirección: la Calle 18 No. 20-60 Dosquebradas, con número de teléfono 3302666 y número celular 314171716. Mientras que el RUT aparece como su dirección: Km 7 vía Armenia Condominio Tapanga CA3 y número de teléfono 3388255.

2.8. El día 26 de agosto de 2008, el Comité de evaluación designado mediante Decreto No. 629 de 22 de agosto de 2008, se reunió para realizar la evaluación de las propuestas presentadas en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50. En el Acta correspondiente se señaló:

“...que la propuesta presentada por la señora **ELEZABETH HOYOS CASTAÑO** cumple con los requerimientos consignados en el pliego de condiciones y **su oferta es favorable para la entidad**, por lo cual, el Comité de Evaluación recomienda al señor Alcalde adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 cuyo objeto es **“venta de dos (2) predios denominados LA MARTA LOTE LM2 Y LA MARTA LOTE LM15 ubicados en el corregimiento de Cerritos, Condominio Maraca”** a la señora **ELIZABETH HOYOS CASTAÑO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.081.756 de Pereira, por la suma:

LOTE LM2	\$75.000.000
LOTE LM15	\$80.000.000
	\$155.000.000

PARA UN TOTAL DE CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS \$155.000.000 (...)”

2.9. Mediante Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008, se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008 a la señora Elizabeth Hoyos Castaño, identificada con Cédula de ciudadanía No. 42.081.756 de Pereira.

2.10. En fecha posterior a la expedición de la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008, la Administración municipal tuvo conocimiento que entre WILFOR FERNANDO RENDÓN TABÁRES y ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, únicos proponentes dentro del Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, existe vínculo matrimonial vigente, por



rito religioso celebrado el día 3 de marzo de 1990 en la ciudad de Pereira, tal y como consta en el Registro Civil de Matrimonio expedido por la Notaria Tercera del Círculo de Pereira el 27 de julio de 2011.

2.11. La propuesta de la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO está incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el literal g) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, viciando la legalidad de la Resolución 3778 de 2 de septiembre de 2008, por medio de la cual se adjudicó el proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008.

2.12. Mediante comunicación del 21 de enero de 2009, la señora Elizabeth Hoyos Castaño, solicitó al Alcalde del Municipio de Pereira el cumplimiento de la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008, para proceder a firmar la Escritura Pública de Compraventa y solicitando además, se expliquen las razones y fundamentos jurídicos por los que no se ha dado cumplimiento a dicho acto administrativo.

2.13. Por Oficio No. 1470 de 5 de febrero de 2009, la Administración informó a la señora Elizabeth Hoyos Castaño, la imposibilidad de suscribir la Escritura Pública de venta de los lotes objeto del Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, ante la existencia de la inhabilidad en que la adjudicataria se encontraba incurso por la existencia del vínculo matrimonial entre ella y el señor Rendón Tabares, dos únicos proponentes de dicho proceso de contratación.

2.14. En comunicación de 2 de marzo de 2009, la señora Elizabeth Hoyos Castaño solicita nuevamente le sean reconocidos los derechos, que en su calidad de proponente adjudicataria, adquirió dentro del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008 y que se proceda de manera inmediata a la firma de la Escritura Pública de Compraventa.

2.15. A la Secretaría Jurídica del Municipio de Pereira se allegó una copia de la Escritura Pública No. 957 de 22 de febrero de 2008, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Pereira, en la que se consigna que el señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES está casado y tiene sociedad conyugal vigente con la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO.

2.16. El 21 de mayo de 2009, el Municipio de Pereira, promovió demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, tendiente a la declaratoria de nulidad



de la Resolución No. 3772 de 2 de septiembre de 2008 “POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA No. 50 DE 2008” expedida por el Alcalde del Municipio de Pereira, por cuanto con posterioridad a la expedición de dicho acto administrativo, se tuvo conocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial entre la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, persona a quien se le adjudicó el Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, y el señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES, quien también presentó propuesta para participar en dicho proceso de contratación.

II. NORMAS INVOCADAS POR EL DEMANDANTE COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

1. Normas vulneradas

Los artículos 4, 6 y 315 numeral 1 de la Constitución Política; literal g) numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

2. Concepto de violación

El actor alega que con la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008, por medio de la cual se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008 a la señora Elizabeth Hoyos Castaño, es nulo por concurrir para su expedición una de las causales de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Formuló tres cargos en contra de la mencionada Resolución, a saber:

a. Violación del contenido del artículo 6 de la Constitución Política.

En opinión del actor, si bien el Municipio de Pereira en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008 actuó respetando los principios de imparcialidad, transparencia, eficiencia, eficacia, entre otros, con el objeto de proceder a la **“venta de dos (2) predios denominados LA MARTA LOTE LM2 Y LA MARTA LOTE LM15 ubicados en el Corregimiento de Cerritos, Condominio Maracay”**², se vió asaltado en su buena fe por parte de los señores WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES y ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, quienes en forma separada presentaron

² Folio 128 C. No. 1.



propuestas para participar en el Proceso de Selección referido, ocultando el vínculo matrimonial existente entre ellos, circunstancia ésta que los inhabilitaría para participar en el mismo. Puesto que se contraría el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, resulta evidente que el Alcalde de Pereira emite el Acto administrativo de adjudicación violando el ordenamiento legal vigente.

b. Violación del contenido del artículo 315 de la Constitución Política.

En este sentido, el actor sostuvo que al haberse emitido la Resolución 3778 de 2 de septiembre de 2008 en abierta violación del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la Administración Municipal vulneró el numeral 1 del artículo 315 de la Constitución Política al expedir un Acto administrativo que resulta contrario a una norma jurídica de carácter superior.

c. Violación del contenido del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

La demanda señala que de acuerdo con el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que a la letra dice:

“De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1º. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con entidades estatales:

(...)

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para la misma licitación o concurso.

(...)”

El señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES y la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, estaban inhabilitados para participar en ésta o en cualquier otra convocatoria pública desde el momento mismo en que contrajeron matrimonio.

Además señala como en las propuestas que cada uno de ellos presentó, manifestaron bajo la gravedad de juramento que no se encontraban incursos en causal de inhabilidad, manifestación falsa que puede corroborarse con la Escritura Pública de Compraventa e Hipoteca No. 957 de 22 de febrero de 2008, otorgada en la Notaria Primera del Círculo de Pereira en la que interviene el señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES y en la que se consigna:



*“...**PRIMERO:** Que en el carácter antes expresado mediante el presente y público instrumento, TRANSFIERE A TITULO DE VENTA real y efectiva a favor de WILFOR FERNANDO RENDON TABARES, mayor de edad, vecino de Pereira, de estado civil casado, con sociedad conyugal vigente, identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.592.778 de Santa Rosa de Cabal (...) Leído (sic) y aprobado por los Comparecientes y advertidos del registro oportuno firman conmigo de todo lo cual doy fe ... Manifiesta El Comprador que su estado civil es Casado con Sociedad Conyugal Vigente con la señora **ELIZABETH HOYOS CASTAÑO**, por lo tanto **QUEDA AFECTADO A VIVIENDA FAMILIAR**, el Inmueble que hoy adquiere, de conformidad con la Ley 258 de 1996, reformada por la Ley 854 de 2003.”³*

El actor concluye que el señor Wilfor Fernando Rendón Tabares, al presentar su propuesta el día 25 de agosto de 2008 a las 8:20 a.m. con el fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, inhabilitó a su cónyuge Elizabeth Hoyos Castaño quien también presentó propuesta en la misma fecha a las 8:40 a.m. Circunstancia que a su juicio, configuró la inhabilidad a que se refiere el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Y por lo tanto, la Resolución 3778 de 2 de septiembre de 2008 mediante la que se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008 a la señora Elizabeth Hoyos Castaño, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.081.756 de Pereira, resulta violatoria de la norma en comento, toda vez que el proceso fue adjudicado a persona que se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante auto de 16 de julio de 2009, admitió la demanda, no decretó la suspensión provisional solicitada y ordenó notificar la demanda a la señora **ELIZABETH HOYOS CASTAÑO** como tercera interesada en las resultas del proceso de conformidad con el numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo así como también notificar personalmente al señor agente del Ministerio Público⁴.

³ Folios 5 reverso y 12 reverso C. No. 2.

⁴ Folios 139 a 144 C. No. 1.



2. Recursos contra el Auto admisorio de la demanda

2.1. Recurso de reposición.

En contra del mencionado auto, el Procurador Judicial II Asuntos Administrativos No. 37 presentó recurso de reposición⁵ por considerar que ha debido agotarse el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, atendiendo a que la acción procedente de conformidad con los fundamentos fácticos, la calidad de las partes y la naturaleza del acto, es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En tal sentido, señaló que de acuerdo con la decisión tomada por la Sala, la acción de nulidad de la Resolución 3778 de 2008 expedida por el Alcalde municipal de la ciudad de Pereira:

“entrañaría un restablecimiento a favor de la administración, y que además por tratarse de un acto de carácter particular y concreto que genera efectos jurídicos respecto de la señora Elizabeth Hoyos Castaño a quien se le adjudicó el proceso de selección abreviada No. 50 de 2008 y a la chal debe llamarse al proceso como “tercero”, por tener interés directo en el mismo, no por ello se hace exigible el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, esto es, la conciliación prejudicial; pues la misma se ha instituido para que sea celebrada entre las partes y en este caso la misma administración es parte demandante y demandada, y la señora Elizabeth Hoyos no es parte en el presente proceso sino tercero interesado, por ende no le es dado conciliar respecto de los efectos del acto que se acusa”⁶

Así las cosas, a su juicio, y tomando en consideración algunos pronunciamientos del Consejo de Estado se debe concluir que la acción de lesividad es equivalente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho *“que ejercen los particulares con el fin de cuestionar la legalidad de un acto administrativo concreto y tiene entre otras características, que en ella la administración comparece al proceso en calidad de demandante y de demandada, buscando obtener la nulidad de un acto administrativo expedido por ella, invocando una o varias de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A., según las cuales los actos administrativos son anulables cuando: “(...) infrinjan las normas en que debería fundarse, (...) 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”⁷.⁸* Y por lo tanto la pretensión de la parte actora, aunque en principio y

⁵ Folios 145 a 157 C. No. 1.

⁶ Folio 145 C. No. 1.

⁷ Sentencia de 8 de mayo de 2008, Consejo de Estado, Sección II, Subsección B, Consejero Ponente Doctor Jesús María Lemos Bustamante, Expediente 250002325000200213231 -01 (0949-2006)

⁸ Folios 147 y 148 C. No. 1.



aparentemente, solo se estaba limitando a la nulidad del acto, no puede renunciar al restablecimiento del derecho que la misma comporta.

Siendo claro que de acuerdo a la naturaleza y los hechos de la demanda la acción deprecada debe ser la de nulidad y restablecimiento del derecho la cual exige como requisito de procedibilidad el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

En el caso de autos, insiste el Ministerio Público, existe un conflicto de carácter particular de contenido económico, tanto para la Administración, al recibir el valor de lo entregado en venta por los dos predios denominados LA MARTA LOTE Im2 y LA MARTA LOTE Im15 ubicados en el Corregimiento de Cerritos, Condominio Maracay, es decir, la suma de ciento cincuenta y cinco millones de pesos (\$155.000.000), como para la particular beneficiada con la expedición del acto, que le adjudicó en el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008 los dos lotes mencionados y que efectivamente está llamada a materializar su derecho con el cumplimiento de las formalidades propias del negocio jurídico correspondiente.

Así mismo, resaltó que:

- “ – El acto de adjudicación cuya nulidad se solicita es de carácter particular*
- Desde la misma presentación de la demanda el Municipio de Pereira solicito (sic) la vinculación de la señora Elizabeth Hoyos Castaño.*
- En el auto admisorio se ordena su notificación”⁹.*

Razón por la que concluyó que la señora Elizabeth Hoyos Castaño, desde el momento de la presentación de la demanda, fue vinculada como parte en el proceso. Aceptando en gracia de discusión que si el Municipio de Pereira *“no está demandando al particular beneficiado con el acto, nos encontramos que este último no constituye institución distinta al de un litisconsorte necesario y, en consecuencia, su vinculación al proceso es imprescindible”¹⁰.*

Por último, señaló que la demanda no debió haber sido admitida, no existiendo duda en la calidad de parte de la señora Elizabeth Hoyos Castaño y conforme a la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que exige el agotamiento de dicho requisito de procedibilidad.

⁹ Folio 154 C. No. 1.

¹⁰ Folio 155 C. No. 1.



2.2. Pronunciamiento de la parte Actora frente al Recurso de Reposición

La apoderada del Municipio de Pereira, encontrándose en oportunidad procesal para ello, se pronunció sobre el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Judicial en Asuntos Administrativos No. 37 contra el auto de fecha 16 de julio de 2009¹¹. Señalando los argumentos presentados en la demanda insistió en que al configurarse en la persona de Elizabeth Hoyos Castaño la inhabilidad para contratar, la Resolución 3778 de 2 de septiembre de 2008, se tornó ilegal y por lo tanto es “*es deber de la entidad agotar el mecanismo judicial a través del ejercicio de la acción de nulidad dentro de la oportunidad establecida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de solicitar al Juez, declare la nulidad de dicho acto*”¹².

Se aparta de lo planteado por el Ministerio Público, al considerar que la acción que ha debido instaurarse es la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y que por lo tanto ha debido agotarse el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, puesto que la entidad territorial demandante, no ha sufrido perjuicio alguno y por lo tanto al no haberse quebrantado o lesionado un derecho de la administración, en consecuencia no hay lugar a solicitar restablecimiento derecho alguno a favor de la entidad territorial.

Así las cosas, concluyó:

*“Los predios objeto del Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, en la actualidad son de propiedad del Municipio de Pereira; por tanto, con la expedición de la resolución cuya nulidad se solicita, la administración municipal no ha suscrito la Escritura Pública de compraventa pues como se ha indicado, al tener conocimiento del vínculo (sic) existente entre los señores WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES y ELEZABETH HOYOS CASTAÑO, el Municipio instauró la demanda de nulidad contra el acto de adjudicación por resultar violatorio del ordenamiento jurídico colombiano”*¹³.

2.3. Recurso de Apelación.

El Ministerio Público presenta Recurso de Apelación de acuerdo con el artículo 181 – 2 del C.C.A.¹⁴, contra el Auto de 16 de julio de 2009 que denegó la solicitud de suspensión provisional.

¹¹ Folios 192 y 193 C. No. 1.

¹² Folio 192 C. No. 1.

¹³ Folio 193 C. No. 1.

¹⁴ Folios 158 a 171 C. No. 1.



El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante providencia de 4 de marzo de 2010 denegó por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el señor Agente del Ministerio Público y concedió en efecto suspensivo el recurso de Apelación contra el auto admisorio de la demanda de fecha 16 de junio de 2009¹⁵.

La apoderada de la parte actora, en la oportunidad procesal debida, se pronunció sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, reiterando su posición respecto a la inhabilidad para contratar en la que incurrió la señora Elizabeth Hoyos Castaño y la pertinencia de incoar acción de Nulidad para que se declare la Nulidad de la Resolución 3778 de 2 de septiembre de 2008; y por último, solicitándole al Consejo de Estado, no acceder a la solicitud de revocatoria del Auto de 16 de julio de 2009¹⁶.

Mediante proveído de 2 de junio de 2010 el Consejo de Estado admitió el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador Judicial II de Asuntos Administrativos No. 37 contra el auto de 16 de julio de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda¹⁷.

La parte actora, por intermedio de su apoderada intervino en el trámite del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por considerar que ésta no procede contra el Auto admisorio de la demanda de 16 de julio de 2009, puesto que dicha providencia no resolvió la suspensión provisional y sobre el particular indicó:

“Sobre la medida cautelar solicitada, se observa que con la simple confrontación de la norma invocada como vulnerada y los argumentos que fundamentan la solicitud, no es posible en este momento de la Litis llegar a una conclusión que permita determinar si la señora Elizabeth Hoyos Castaño se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado, y por consiguiente para ser adjudicataria del proceso de selección abreviada No. 50 de 2008 por configurarse la inhabilidad contemplada en el literal g) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, ello por cuanto, no está demostrado que entre las personas antes mencionadas hubiere existido vínculo (sic) matrimonial para el momento en que se presentaron las propuestas (agosto 25 de 2009), pues pese a que la entidad para acreditar dicha información allegó escritura de compraventa Nro. 32801284 de fecha 22 de febrero de 2008 en la que obra como comprador Wilfor Fernando Rendón (folio 112), y en la que se lee que “Manifiesta el comprador que su estado civil es casado con sociedad conyugal vigente con la señora Elizabeth Hoyos...”, no es este documento elidóneo (sic) para acreditar un vínculo matrimonial, para cuya prueba se exige el registro civil correspondiente (Decreto 1260 de 1970 arts. 67 a 72 y 101); y con el mismo registro civil se demuestra la vigencia del vínculo matrimonial o la disolución del mismo conforme a nota marginal; de tal manera que tampoco se tiene certeza que la unión

¹⁵ Folios 139 a 144 C. No. 1.

¹⁶ Folios 204 y 205 C. No. 1 - 1.

¹⁷ Folio 209 C. No. 1 - 1.



*conyugal señalada en otro documento, se encontraba vigente al momento en que se presentaron las propuestas para la licitación contractual*¹⁸.

Procede igualmente a allegar al expediente el Registro Civil de Matrimonio del señor Wilfor Fernando Rendón Tabares y la señora Elizabeth Hoyos Castaño, en el que se demuestra el vínculo matrimonial existente entre ellos y el cual no presenta nota marginal alguna que haga referencia a divorcio, disolución o liquidación de sociedad conyugal de bienes de mutuo acuerdo, ni cesación de efectos civiles, de lo que se deduce que el matrimonio entre los citados señores se encuentra vigente¹⁹.

Mediante Auto de 23 de mayo de 2011, la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, procede a declarar la nulidad de la actuación surtida a partir de la concesión del recurso de apelación por parte del Tribunal Administrativo de Risaralda, conforme a lo señalado en el numeral 2 de la parte resolutive del auto de 4 de marzo de 2010 y declara ejecutoriado el auto de 16 de julio de 2009, proferido por el mismo Tribunal. Puesto que entiende esta Corporación que la decisión de admisibilidad de la demanda, objeto del presente recurso por la impugnación del Agente del Ministerio Público no tenía vocación de segunda instancia de acuerdo con la competencia limitada que tiene el juez Contencioso administrativo para conocer de este tipo de recursos (artículo 181 del Código Contencioso Administrativo). Resalta igualmente, como: *“la decisión que admite una demanda solo es susceptible del recurso de reposición, por tratarse de una decisión de sustanciación o tramite, como quiera que se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la misma*²⁰.

3. Contestación de la demanda.

La señora Elizabeth Hoyos Castaño, por medio de apoderado judicial, presentó en forma oportuna escrito²¹ en el que se opuso a las pretensiones de la demanda apoyándose en que para alegar que la Administración fue asaltada en su buena fe debe probarse la existencia del vínculo matrimonial entre el señor Wilfor Fernando Rendón Tabares y su representada, mediante documento idóneo, de acuerdo con el artículo 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970 (escritura pública o acta de matrimonio celebrado ante autoridad religiosa) y que el Juez no podría solo por pruebas meramente indiciarias declarar una nulidad.

¹⁸ Folios 213 y 214 C. No. 1 - 1.

¹⁹ Folios 215 a 217 C. No. 1 - 1.

²⁰ Folio 219 reverso C. No. 1 - 1.

²¹ Folios 173 a 180 C. No. 1.



Propuso la excepción de *inepta demanda por escogencia indebida de la acción*, argumentando que la acción que debió interponerse era la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y no la de Nulidad, por considerar que lo que se pretende con la declaratoria de Nulidad de la Resolución demandada, es restablecer el derecho pleno de la Administración sobre los bienes que dicho acto administrativo había adjudicado a la proponente Adjudicataria.

Señaló a su vez, que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que no se surtió la conciliación prejudicial exigida, puesto que si existe parte pasiva diferente a la Administración. Agregó además que la señora Elizabeth Hoyos Castaño ha debido ser convocada al proceso como demandada y no como tercero.

Adicionalmente, agrega que la Administración recibió de la señora Hoyos Castaño la suma de \$155.000.000 como pago de los lotes denominados LA MARTA 1 y LA MARTA 2, debiendo haberse incluido en las pretensiones de la demanda la devolución de dicha cantidad de dinero, desvirtuándose por lo tanto la Acción de Nulidad incoada. Y en caso de no ordenarse la devolución de dicha suma de dinero, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor del Municipio de Pereira.

Por todo lo anterior, a su juicio, deberá el Tribunal INHIBIRSE para fallar sobre el fondo de la controversia planteada.

Adicionada la demanda²² por el Municipio de Pereira y admitida la misma por el Tribunal Administrativo de Risaralda por Auto de 26 de octubre de 2011²³, el apoderado de la señora Elizabeth Hoyos Castaño presentó escrito²⁴ en el que propone la excepción de caducidad manifestando que el inciso 2 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, es norma especial frente al numeral 7 del artículo 136 del mismo Código, y por lo tanto debe preferirse el primero, de modo que el término de la caducidad que debe operar en el presente caso es el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no es de dos años, sino de cuatro meses.

A su juicio, contra el acto de adjudicación no procede la acción de nulidad simple, sino la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y por lo tanto, la demanda contra la

²² Folios 232 a 256 C. No. 1 - 1.

²³ Folios 261 y 262 C. No. 1 - 1.

²⁴ Folios 268 a 273 C. No. 1 - 1.



Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008 ha debido incoarse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación personal de la misma, es decir hasta el 6 de enero de 2009, puesto que la demanda efectivamente fue presentada el 21 de mayo, entiendo que ha operado el término de caducidad.

4. Alegatos de conclusión.

Por auto de 11 de octubre de 2012²⁵, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita concepto si a bien lo tuviere.

La parte demandante, reiteró los argumentos de la demanda²⁶ y manifestó que en el proceso se probó en debida forma la existencia del vínculo conyugal existente entre los dos proponentes participantes al Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008, configurándose la inhabilidad para contratar con el Estado y viciando de ilegalidad el Acto administrativo de Adjudicación demandado. Alega además que dicha Resolución incurrió en falsa motivación “*al señalar que la oferta de la adjudicataria cumplió con todas las condiciones legales, pues se comprobó que no satisfizo el requisito legal de no estar incurso en inhabilidad*”²⁷.

El Agente del Ministerio Público y la demandada Elizabeth Hoyos Castaño, guardaron silencio.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal resolvió declarar la nulidad de la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008 expedida por el Municipio de Pereira, por medio de la que se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008 y ordenó a la Entidad Territorial devolver a la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO la suma de dinero cancelada en virtud del Acto declarado nulo junto con los intereses causados por la misma²⁸. Con fundamento en las siguientes consideraciones:

No prospera la excepción de inepta demanda por escogencia indebida de la acción, planteada por la demandada Elizabeth Hoyos Castaño y sobre el particular, el *A quo* precisa que el acto precontractual demandado no vulnera el derecho de una persona

²⁵ Folio 305 C. No. 1 - 1.

²⁶ Folios 307 a 310 C. No. 1 - 1.

²⁷ Folio 310 C. No. 1 - 1.

²⁸ Folios 312 a 327 C. Ppal.



determinada, bien sea, el de los licitantes vencidos o el de aquellos que se vieron inhibidos de participar en el proceso de selección. En el presente caso es la misma Administración la que frente a la posible violación de normas jurídicas de rango superior busca salvaguardar la legalidad de sus actuaciones solicitando la nulidad del Acto administrativo expedido sin el previo conocimiento de las circunstancias que lo viciaban.

Frente a la caducidad alegada, pretendiendo la aplicación del inciso 2 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo por ser una norma “*más especial*” que el numeral 7 del artículo 136 del mismo Código, el Tribunal estima que la demandada hace una interpretación errónea de la jurisprudencia que trae a colación, puesto que en el caso concreto, la acción incoada, en debida forma y oportunidad, es la de nulidad, interpuesta por la misma Administración a la que se le aplica el numeral 7 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo:

“ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES:

(...)

7. Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición”.

Puesto que la expedición del Acto atacado se surtió el 2 de septiembre de 2008, el plazo para impetrar la acción corre hasta el día 3 de septiembre de 2010; al haberse presentado la demanda el día 21 de mayo de 2009²⁹ es claro que no ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción alegada.

Del acervo probatorio allegado se concluye que el señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES y la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, al momento de presentar sendas propuestas en el proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008 del Municipio de Pereira, tenían sociedad conyugal vigente, hecho que en ningún momento ha sido negado o desvirtuado durante el proceso.

El carácter irrevocable y obligatorio que la ley ha dado al acto de adjudicación, da lugar a una relación jurídica entre la entidad pública y el proponente adjudicatario para proceder a formalizar el acuerdo de voluntades mediante el perfeccionamiento del contrato. El derecho subjetivo que surge en cabeza del adjudicatario, obliga a la

²⁹ Folio 136 C. No. 1.



Administración a celebrar el contrato solo con él y dentro de los términos establecidos en las condiciones generales de la invitación o pliegos de condiciones, de acuerdo con la propuesta aceptada.

Ciertamente, frente a la prohibición legal para revocar los actos de adjudicación de los contratos, la Administración no puede invocar válidamente motivo alguno del cual pueda derivar potestades de revocación. Sin embargo, la entidad pública, en estos casos, no queda sometida a la voluntad del adjudicatario cuanto el acto sea contrario a preceptos superiores. Evento en el cual puede recurrir a las acciones consagradas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., y si la infracción de la Ley reúne las características descritas en el artículo 152 del mismo Código podrá, obtener la suspensión provisional del acto demandado.

Respecto de lo alegado por la demandada, en relación a que en el presente caso, no opera la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto la propuesta del señor WILFOR FERNANDO RENDÓN TABARES fue rechazada por no cumplir con los requerimientos exigidos, como quedó consignado en el “Informe del Comité de Evaluación”. El Tribunal no comparte el argumento, puesto que la norma *“no contempla la inhabilidad e incompatibilidad para los proponentes cuya propuesta “pueda ser calificada” sino para aquellos que **formalmente hayan presentado la propuesta para una misma licitación o concurso**, siendo ésta la conducta que se configuró dentro del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No.50 de 2008 del Municipio de Pereira³⁰*. La inhabilidad se estructura en el momento de la presentación de la propuesta y por lo tanto la señora Elizabeth Hoyos Castaño estaba inhabilitada para participar en este proceso de Selección Abreviada de Mínima Cuantía No. 50 de 2008, puesto que su cónyuge Wilfor Fernando Rendón Tabares presentó primero su propuesta al mismo proceso de Selección.

En conclusión, el *A quo*, declara la nulidad de la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008, por medio de la que se adjudicó la contratación a la señora Elizabeth Hoyos Castaño, puesto que la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituiría una causal de nulidad del contrato celebrado bajo esas condiciones (artículo 44 Ley 80 de 1993).

³⁰ Folio 326 C. Ppal.



Por último, ordena que la suma cancelada en virtud del acto declarado nulo deberá ser devuelta por la Administración junto con los intereses causados por la misma a la señora HOYOS CASTAÑO, puesto que al declararse la nulidad del acto que dio origen al pago, desaparece también la obligación de quien ya no ostenta el título de adjudicataria. *“Ésta consideración no supone un restablecimiento del derecho ni un fallo ultra petita como lo argumenta la demandada, debido a que es apenas el efecto justo y racional de la nulidad del acto demandado, que evita erigir un enriquecimiento sin causa de la administración”³¹.*

6. Recurso de Apelación

El 30 de enero de 2013 la parte demandada Elizabeth Hoyos Castaño interpuso recurso de apelación³² con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las excepciones planteadas. El apoderado de la demandada manifestó:

Que el pronunciamiento del Tribunal respecto de la resolución de las excepciones planteadas no expresó claramente las razones por las cuales su decisión se aleja del precedente jurisprudencial citado para el caso en estudio, quebrantando así los derechos de acceso a la justicia, igualdad, prevalencia del derecho sustancial y debido proceso de la demandada.

Insiste en que el acto de adjudicación no podía ser demandado como lo precisa el Tribunal a través de la acción de nulidad, pues también la entidad Estatal estaba llamada a formular adecuadamente la acción contra el acto de adjudicación de la licitación o del proceso de selección, puesto que a su juicio, prevalece la regla especial del inciso 2 del artículo 87 del C.C.A. sobre la regla general del numeral 7 del artículo 136 del C.C.A. Por lo tanto, la entidad Estatal está legitimada para demandar el acto de adjudicación como cualquiera de los intervinientes en el proceso de licitación o de selección, rigiéndose no por reglas genéricas sino por las reglas especiales que rigen los procesos de contratación estatal.

Si bien el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 permite la revocación del acto de adjudicación cuando sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad, esto no es razón

³¹ Folio 327 C. Ppal.

³² Folios 330 a 337 C. Ppal.



suficiente para que se admita una acción por fuera del término de caducidad, *“pues entonces ya la competencia sería administrativa y no del juez, que en ese aspecto no puede hacer las veces de administración y entender que es lo mismo una acción caducada que una revocación en sede administrativa”*³³.

Respecto de la caducidad de la acción reitera que como el acto demandado corresponde a aquellos proferidos antes de la celebración del contrato solo era demandable en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 4 meses siguientes a su comunicación, notificación o publicación, por lo que para el 21 de mayo de 2009, fecha de presentación de la demanda, ya se encontraba superado el término de caducidad para esta clase de acciones.

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. El recurso de apelación fue admitido por la Sección Tercera, Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por auto de 12 de agosto de 2013³⁴ y por auto de 8 de octubre de 2013³⁵ se dispuso el traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y rendir concepto si a bien lo tuviere.

7.2. El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, el 8 de noviembre de 2013 solicitó traslado especial³⁶ y el 27 de noviembre de la misma anualidad rindió concepto por escrito³⁷. El Ministerio Público se pronunció sobre los siguientes puntos:

a. El precedente jurisprudencial: señaló como el Consejo de Estado³⁸ ha precisado que en el derecho colombiano la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar para el administrador de justicia, quien podrá aplicarlo en uso de su autonomía funcional.

Igualmente, señaló como la sección Segunda del Consejo de Estado precisó:

“Ahora bien el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto factico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio

³³ Folio 335 C. Ppal.

³⁴ Folio 346 C. Ppal.

³⁵ Folio 347 C. Ppal.

³⁶ Folio 349 C. Ppal.

³⁷ Folios 350 a 360 C. Ppal.

³⁸ Sentencia de 29 de noviembre de 2004, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Expediente 14774



*decidendi o razón central de la decisión anterior, la que al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso*³⁹.

Así las cosas, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la justicia y no puede ser entendida de manera absoluta, puesto que el Juez al momento de fallar solo está sometido al imperio de la Ley, no obstante en aquellos casos en los que el precedente ya esté unificado se deberá proceder conforme al mismo, tal y como lo dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b. Aplicación del precedente jurisprudencial al caso concreto: la parte recurrente alega que no se aplicó la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 13 de junio de 2011, Exp. 19.936, que en su sentir es una sentencia de unificación. Afirmación de la que difiere el Ministerio Público al advertir que *“las consideraciones jurídicas en ella contenidas no corresponden o se enmarcan dentro de la definición que de ellas hace el artículo 270 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)*⁴⁰, *pues no decidió un recurso extraordinario, no se expidió un trámite de revisión eventual, no es sentencia de unificación o de importancia jurídica o trascendencia social y no expresa en su argumentación que éste unificando o sentando jurisprudencia*⁴¹.

Si bien la sentencia precisa algunos aspectos relacionados con los sujetos legitimados para demandar el acto de adjudicación y sobre la vía idónea para demandar su nulidad, advirtiendo que el ejercicio de la acción de simple nulidad no aplica para esta clase de actos. Consideró el Ministerio Público que esto no es óbice para desconocer o dejar de lado la aplicación de la acción de lesividad establecida en el numeral 7 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, pues dicha acción *“fue concebida por el legislador como el instrumento autónomo e idóneo para que las entidades públicas pudieran demandar la nulidad de sus propios actos, sin distinguir o limitar su ejercicio respecto de los actos separables o precontractuales expedidos durante la etapa previa a la celebración del respectivo contrato*⁴².

³⁹ Auto de 16 de septiembre de 2010, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 110001-03-15-000-2010-00830-00 (AC)

⁴⁰ **“Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial.**

Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado pro importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

⁴¹ Folios 356 y 357 C. Ppal.

⁴² Folios 357 y 358 C. Ppal.



Por último, agregó que la acción de lesividad ejercida por el Municipio de Pereira contra el acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008, era la vía idónea para demandar la nulidad, pues era un acto administrativo expedido por la misma entidad demandante, respecto del que no procedía la revocatoria directa pues se trataba de un acto particular y concreto que amparaba un derecho subjetivo que requería del consentimiento de la adjudicataria, razón por la que la excepción de indebida escogencia de la acción carece de fundamento. Tampoco procede la excepción de caducidad, puesto que la acción de lesividad se ejerció dentro del término legal de dos años establecido para esta clase de acciones.

Por las razones expuestas, solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que declaró la nulidad de la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008 y ordenó al Municipio de Pereira devolver a la señora Hoyos Castaño la suma cancelada en virtud del acto declarado nulo, pues respecto a la ilegalidad del acto de adjudicación y la consecuente devolución del dinero junto con los intereses no hubo reparo alguno por parte de la apelante.

7.3. Las partes guardaron silencio⁴³.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Elizabeth Hoyos Castaño, por tratarse de un proceso de doble instancia, en razón a la cuantía del asunto, comoquiera que la suma de todas las pretensiones asciende a \$155.000.000, equivalente a 311,93 salarios mínimos mensuales legales vigentes para 2009, año de presentación de la demanda, a razón de \$496.900 por concepto de salario, conforme a lo reglado en los artículos 129 y 132.3 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Por tratarse de apelante único, la Sala resolverá a partir de lo señalado en el artículo 357 del C.P.C ⁴⁴, es decir, que la controversia en esta instancia se limitará de manera

⁴³ Folio 361 C. Ppal.

⁴⁴ Inciso primero: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere



exclusiva a los argumentos expuestos en el recurso de alzada sin hacer más gravosa la situación del recurrente, respetando así el principio de la *non reformatio in pejus*.

2. Examen de los motivos de inconformidad planteados en el recurso.

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Elizabeth Hoyos Castaño es indispensable efectuar las siguientes consideraciones:

2.1. La acción de lesividad como instrumento idóneo de la Administración en materia de adjudicación de contratos.

Sea lo primero advertir, que no le asiste razón jurídica al apelante en el presente asunto, en relación con la improcedencia del ejercicio de la acción de nulidad (LESIVIDAD) impetrada por el municipio de Pereira contra su propio acto administrativo de adjudicación en el marco de un proceso de selección de contratistas.

Debemos recordar que el control de constitucionalidad y legalidad de las decisiones administrativas por la vía contencioso administrativa comprende, tanto aquellas acciones contenciosas a través de las cuales no solo se puede obtener un pronunciamiento de simple anulación de un acto administrativo sino también, según el caso, las de restablecimiento del derecho del demandante o las indemnizaciones que correspondan por las actuaciones de la administración.

En este contexto se ha desarrollado en nuestro derecho un verdadero contencioso de naturaleza mixta, dentro del cual podemos ubicar entre otras las conocidas por la doctrina como acciones de lesividad, o sea aquellas llamadas a ser ejercidas por la Administración contra sus propias decisiones, en cuanto sujeto pasible de vulneración no solo de derechos subjetivos, sino también, colectivos.

La acción de lesividad

Precisamente con el nombre de acción de lesividad⁴⁵ se identifica a nivel doctrinal la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la

indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”

⁴⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La configuración del recurso de lesividad”, *Revista de Administración Pública*, n.º 15, septiembre-diciembre de 1954, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pp. 115 y 118 a 147. En este interesante estudio se aborda la evolución histórica de la lesividad, que por lo demás es propia del derecho español. Específicamente se analizan las raíces del concepto de hacienda pública, donde se recibió como un remedio judicial



jurisdicción Contencioso administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos no sólo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento convencional, constitucional y la sujeción al principio de legalidad (arts. 2º, 4º, 6º, 121, 122, 123 inc. 2.º y 209, entre otros) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servidores públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el Código Contencioso Administrativo que habilitan a la Nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contencioso administrativos como demandantes, caso concreto de los artículos 134, 136.7 y 151 inciso 1.º del decreto 01 de 1984⁴⁶, normas vigentes para el momento de los hechos y aplicables al caso, recientemente recogidas en los artículos 149, 151, 152, 154 y 155 de la Ley 1437 de 2011.

La configuración de la acción de lesividad se produce en todos los casos en que la Nación o las entidades públicas acudan como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente, cuando lo hagan con el fin de impugnar aquellos actos administrativos por ellas producidos. Las normas contenciosas indicadas

para impugnar actos en firme del propio demandante. Ahora bien, en su concepción inicial la lesividad no se vinculó a un juicio de legalidad de los actos de la administración sino a perjuicios o lesiones que la hacienda pública pudiera sufrir con ocasión de la vigencia de una decisión administrativa: “El concepto de lesión, como el más vulgar de los ‘perjuicios’, tiene un perfil exacto en el derecho y se refiere concretamente no a un supuesto de invalidez objetiva de un acto por infracción formal de las normas sino, por el contrario, a un acto perfectamente válido pero que, sin embargo, implica la consecuencia de un perjuicio económico para una de las partes [...] no se está contemplando el caso ordinario de la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, sino específicamente el de desmanes administrativos de liquidación de créditos que, siendo perfectamente válidos, han producido, sin embargo, una lesión económica en contra de la hacienda”. El fundamento de esta primaria concepción de la institución, según GARCÍA DE ENTERRÍA, se produjo a partir del denominado *privilegium fisci* o especie de presunción de minoridad de la hacienda que llevaba al reconocimiento de la *in integrum restitutio* o acción rescisoria por lesión de la hacienda. En esta perspectiva, a la lesividad inicialmente se le concibió, no como una acción de nulidad, sino como el antiguo beneficio de la causa de rescisión por causa de lesión. Modernamente la institución se ha transformado sustancialmente pasando a convertirse en un mecanismo de control de la legalidad, esto es, se presenta una evidente “Involucración de los motivos de nulidad en los motivos de lesión como fundamento del recurso”. Sobre el alcance doctrinal de esta acción, cfr. AURILIVI LINARES MARTÍNEZ. “El proceso de lesividad: ¿una vía contencioso administrativa en manos de la administración?”, en *Libro Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. II, Madrid, Thomson y Edit. Civitas, 2003, pp. 2233 y ss.; JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. “El proceso de lesividad”, en *RAP*, n.º 25, Madrid; ROBERTO DROMI. “Acción de lesividad”, *RAP*, n.º 88, Madrid.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 26 de marzo de 1999, exp. 9244: “De conformidad con el artículo 149 CCA vigente a la fecha de la presentación de la demanda, las entidades públicas pueden obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, y pueden incoar todas las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo cuando las circunstancias lo ameritan. Así mismo, el artículo 136 ibídem, vigente por la época en mención, preveía en su inciso 2.º que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de 2 años si el demandante es una entidad pública. Las normas en mención ponen de presente la legitimación que tiene una entidad pública para demandar sus propios actos, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, pues no es cierto que la única persona que se puede creer lesionada en su derecho es el particular destinatario del acto, dado que puede suceder que la administración encuentre que su propio acto resulta lesivo a sus intereses amparados jurídicamente, motivo por el cual, a voces del artículo en mención, puede pedir la nulidad de su propio acto administrativo y el restablecimiento del derecho conculcado con el mismo”.



constituyen un marco genérico que reconoce la posibilidad de que las instituciones públicas actúen como demandantes. La acción de lesividad encaja de manera específica dentro de esta relación normativa; se trata de una fórmula garantística del ordenamiento jurídico en manos de las entidades públicas respecto del control jurisdiccional de sus propias decisiones cuando no ha sido posible que éstas pierdan su fuerza ejecutoria por la vía administrativa no obstante estar viciadas en su convencionalidad, constitucionalidad o legalidad y que puedan causar perjuicio al patrimonio público⁴⁷, los derechos subjetivos públicos o a los derechos e intereses colectivos.

En el contexto de nuestro Código Contencioso Administrativo, la acción de lesividad adopta una doble connotación naturalística. Por una parte, la de una típica acción objetiva, cuya pretensión básica y directa es la protección del ordenamiento jurídico, cuando a través de su ejercicio la Nación o las entidades públicas buscan tan sólo obtener la nulidad de sus actos administrativos en beneficio del ordenamiento jurídico, la convencionalidad, la constitucionalidad o la legalidad. En estos casos, la acción se rige por las reglas de la acción de nulidad, compartiendo sus características de intemporal, general e indesistible. No obstante, la caducidad para su ejercicio, según lo dispone el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, es de dos años contados a partir del día siguiente de la expedición del acto⁴⁸. Si la entidad pública

⁴⁷ Ídem: “La acción ejercida por la entidad de derecho público en defensa de sus propios intereses, conocida en la doctrina como acción de lesividad, procede cuando la administración expide un acto administrativo que le resulta perjudicial en razón de que contraviene el orden jurídico superior, y sin embargo no puede revocarlo directamente debido a que no se reúnen los requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, ya porque no es viable obtener el consentimiento del particular, ya porque no se da alguna de las condiciones previstas para que proceda la revocatoria según los artículos 69 a 73 CCA, tal como de tiempo atrás lo ha precisado la Sala. En consecuencia, y si bien la administración tiene la facultad de dejar sin efectos sus propios actos administrativos, a través de la revocatoria directa de los mismos, sólo lo puede hacer en los casos expresamente previstos en el artículo 69 CCA, y cuando se ha creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o se ha reconocido un derecho de igual categoría, si tiene el consentimiento expreso y escrito del titular, tal como lo prescribe el artículo 73 ibídem, lo que pone de presente que no siempre es viable el mecanismo de la revocatoria directa, y que en casos en que tal viabilidad no resulte, se hace necesario acudir ante la jurisdicción a fin de que sean los jueces de lo contencioso administrativo los que ordenen que el acto administrativo lesivo a los intereses jurídicamente tutelados de la autoridad que lo expidió desaparezca del mundo jurídico”.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de octubre de 1998, exp. 14912, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE: “Adicionalmente la Sala encuentra que la entidad demandante en este proceso, Ecocarbón Ltda., es una sociedad entre entidades públicas, la cual se somete al régimen de la empresas industriales y comerciales del Estado. En este orden de ideas, y por ser Ecocarbón una entidad pública, la caducidad para acudir en demanda ante el juez era de 2 años, tal como lo preveía el inciso 2.º artículo 136 CCA. Se advierte que esta disposición fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el cual en el numeral 7 establece que ‘cuando una persona de derecho público demande su propio acto, la caducidad será de dos años contados a partir del día siguiente al de su expedición’. Esto significa que en eventos como el que examina la Sala, por tratarse de la acción en contra de un acto que no fue expedido por Ecocarbón, de haberse interpuesto la demanda en vigencia de la



pretende demandar actos diferentes a los propios la caducidad será de cuatro meses⁴⁹.

Por otra parte, la de una acción subjetiva, individual, temporal y desistible cuando lo que se pretenda con la nulidad de sus propias decisiones sea el restablecimiento de un derecho de la correspondiente entidad pública que se encuentre amparado en una norma jurídica. Circunstancia en la que, para todos los efectos estamos en presencia de una verdadera acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas, por acción de lesividad se entiende tanto el ejercicio de la acción de simple nulidad, o de la de nulidad y restablecimiento del derecho, en ambos casos, con fundamento en actos administrativos adoptados por la Nación o por las demás entidades públicas administrativas, los cuales impugna la entidad pública correspondiente persiguiendo los propósitos de una u otra acción.

En el asunto que llama la atención de la Sala, se advierte que la demanda fue impetrada por el municipio de Pereira en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra un acto administrativo propio, nada menos, que el de adjudicación de un proceso de selección de contratistas, el cual a todas luces y dada la calidad de las pruebas aportadas al proceso, fue el producto de claras e inobjectables maniobras engañosas y de alteración de la realidad de las condiciones del mercado, en contra de los intereses públicos, por parte de algunos de los proponentes, entre ellos la beneficiaria de la adjudicación del negocio, lo que reclamaba, sin mayores reparos, el ejercicio oportuno, por parte de las Autoridades municipales de la acción impetrada, con el propósito de frenar por los cauces institucionales, la fuerza vinculante y el carácter ejecutorio del acto de adjudicación

Ley 446 de 1998 el plazo de caducidad sería el general establecido para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, 4 meses”.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de marzo de 2001, exp. 10909, C. P.: DELIO GÓMEZ LEYVA: “Sobre la clara conclusión de que no es posible la interrupción del término de caducidad de la acción contencioso administrativa por motivos distintos a los previstos en el artículo 143 CCA, encuentra la Sala que la acción instaurada en el *sub judice* se halla caducada, toda vez que a términos del artículo 136 CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la actora, a pesar de ser una persona jurídica de derecho público dado su carácter de empresa industrial y comercial del Estado, tenía 4 meses a partir del día siguiente al de la notificación del acto, en este caso, del que le puso fin a la vía gubernativa, para demandar, y por cuanto dicha notificación se surtió el 10 de febrero de 1999, los 4 meses vencían el 11 de junio de 1999, lapso dentro del cual la demanda no fue presentada, dado que el libelo fue presentado el 28 de abril de 2000, esto es, cuando ya la acción había caducado. Sobre el particular recuerda la Sala que en virtud de la modificación en comento, respecto de las personas jurídicas de derecho público sólo existe un término de caducidad de 2 años si se trata de demandar sus propios actos, término que, además, se empieza a contar a partir del día siguiente al de la expedición del acto. En consecuencia, si la persona jurídica de derecho público demanda actos distintos a los propios, como sucede en el *sub judice*, opera el término general de caducidad de 4 meses, de conformidad con el artículo 136.2 CCA”.



viciado, es decir, se trata del ejercicio de una típica acción de lesividad en la modalidad objetiva de simple nulidad.

Independientemente de los contenidos del párrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que establece la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como la procedente contra los actos de adjudicación de los contratos estatales, la Sala estima, que frente a hipótesis fácticas como la que nos ocupa, la acción llamada a ser invocada por la autoridad administrativa es precisamente la de lesividad, no siendo excluida la posibilidad de su interposición por lo dispuesto en dicha norma, que tan solo se refiere a las reclamaciones contencioso administrativas meramente de contenido subjetivo, esto es, derechos individuales supuestamente desconocidos con la vigencia del acto de adjudicación.

Para el caso, la Administración esta impugnando su propia decisión de adjudicación, por razones de legalidad en abstracto, no está buscando un restablecimiento como consecuencia de la posible violación de sus derechos subjetivos, y fundamentalmente en la medida que está procurando el restablecimiento objetivo del ordenamiento jurídico, esto es, actuando en favor de los intereses públicos, que han sido menoscabados con la acción tramposa de algunos proponentes que indujeron a la creación de derechos subjetivos a favor de ellos, con claro desconocimiento de precisas prohibiciones legales en materia de formulación de propuestas negociales del Estado.

Nos encontramos por lo tanto, ante una típica acción de lesividad en la modalidad de simple nulidad, la cual, puede ser invocada por las entidades públicas en los términos y condiciones establecidos en el Código Contencioso Administrativo, decreto 01 de 1984, hoy retomados en la Ley 1437 de 2011, incluso frente a casos como los de adjudicación de contratos, en la medida en que el párrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, está destinado a regular el acceso a la justicia a los interesados en los procesos de selección de contratos sobre la base de la vulneración de derechos subjetivos y a obtener restablecimientos y reparaciones como consecuencia de lo que se pruebe en relación con estas alegaciones.

Mientras que con la acción objetiva de lesividad en la modalidad de simple nulidad, se establece y regula el acceso a la justicia de la Nación y demás entidades públicas administrativas en relación con sus propios actos, asunto sustancial, que dada su especialidad, y por contener una clara garantía para estos especiales sujetos, de



acceso constitucional y convencional a la administración de justicia, no está comprendido en las regulaciones de la contratación estatal, ni puede entenderse como excluido por estas regulaciones. Se trata entonces de la garantía mínima que tiene el sujeto público administrativo de acceso a la justicia cuando los bienes de que es titular están (o pueden verse) amenazados o violentados a partir de una decisión propia.

Obsérvese, que esta hipótesis no esta contenida en el párrafo en comento, pero obtiene su fundamento en la convencionalidad y en la Constitución Política (Artículo 29), luego cualquier lectura e interpretación que se haga del párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, debe hacerse en consonancia con el ordenamiento superior, garantizando el acceso a la administración de justicia de los órganos públicos y no entendiendo su contenido como nugatorio de estas garantías.

Desde el ámbito de las pretensiones, es claro que las dos acciones tienen diferentes objetos. Al respecto no podemos perder de vista que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho desarrollada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y definida como precedente para los actos de adjudicación de contratos en el párrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada⁵⁰ en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, solicita por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se declare la nulidad del mismo, esto es, que el acto pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10.973, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO: “El Código Contencioso Administrativo antes de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998 –producida con posterioridad a la iniciación de este juicio– en materia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho disponía que ‘Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica’ tiene derecho de acción (art. 85). Ese artículo no condicionaba el ejercicio de la acción a la demostración con la demanda de la condición alegada por el actor, precisamente porque el real interés es objeto de probanza en juicio. La Sala respecto a tal situación ha diferenciado la legitimación en la causa (formal y material) con la teoría concreta de la acción y no ha aceptado esta teoría, según la cual quien tenga la titularidad material del derecho constitutivo aseverado en juicio, es el que está legitimado en la causa. Igualmente la Sala ha distinguido entre aducir en la demanda una condición (legitimación de hecho) y probar directamente el interés verdadero (legitimación material) en juicio”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Exp. 0471, C. P.: HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE: “La acción de restablecimiento del derecho [...] no procede como vía preventiva para evitar lesiones futuras, eventuales o hipotéticas de los derechos de las personas residentes en Colombia, pues la acción se otorga a quien se crea lesionado en un derecho suyo y no a quien se crea lesionable en un derecho suyo, o sea que la vía del control jurisdiccional contra actos administrativos se abre cuando la lesión es actual”.



beneficio personal y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño ocasionado⁵¹.

Mientras que en el asunto de autos, la parte demandante, que lo es el municipio de Pereira, no busca en manera alguna pretensiones de las antes señaladas, por el contrario, es claro que esta invocando la acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo⁵² esto es, una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de la cual solicita directamente ante la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, que un acto administrativo expedido por el mismo Municipio, incurso en causal de nulidad, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad⁵³; luego por la calidad del sujeto y el tipo de pretensión invocada, resulta evidente que está actuando con propósitos claramente diferentes a los del mero

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1994, exp. 8235, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. En esta providencia se hace por parte de la corporación un interesante análisis sobre la naturaleza de la posibilidad de que a través de una acción de restablecimiento del derecho se indemnicen los daños ocasionados con la vigencia de un acto administrativo ilegal. En el sentir del Consejo de Estado colombiano, nos encontramos ante una acción que comparte pretensiones indemnizatorias, que se diferencia de la reparación directa en que en ésta el origen de la indemnización está dado por un hecho, omisión u operación administrativa y en aquella por un acto administrativo: “En otros términos, la jurisprudencia (por lo menos desde la Ley 167 de 1941) no ha aceptado que cuando el acto produce perjuicios al administrado éste tenga que demandar primero, en acción de restablecimiento, la nulidad de este y luego reclamar, por la vía de la reparación directa, los perjuicios causados por el mismo. No; es este el alcance de la jurisprudencia, la cual ha sido clara en definir las acciones de responsabilidad por la índole de la fuente generadora del perjuicio y no por el perjuicio en sí mismo considerado. Así, ha reiterado que es acción de nulidad y restablecimiento cuando el daño lo produce un acto; de reparación directa cuando proviene de un hecho o de una omisión; y contractual cuando la causa del perjuicio se deriva del contrato”. La Sección Cuarta le ha introducido algunos elementos interpretativos que eventualmente restringen el alcance de la reparación del daño dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Mediante el auto del 20 de mayo de 1997, M. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, sostuvo que la solicitud de reparación del daño sólo es procedente cuando el mismo no es posible lograrlo a través del simple restablecimiento del derecho. Desde esta perspectiva, la reparación del daño dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sería una simple pretensión subsidiaria. Al respecto sostuvo la Sección Cuarta: “la solicitud de reparación del daño está aludiendo a aquellos casos en que ya el restablecimiento del derecho no es posible como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, tal cosa ocurre cuando se ha ejecutado el acto administrativo y no es posible volver las cosas al estado anterior, como por ejemplo cuando el remate se ha efectuado, el establecimiento ya se ha cerrado por evasión, se ha tomado posesión de los activos de una entidad vigilada por parte del Estado o liquidado forzosamente una sociedad”.

⁵² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003, exp. 8302, C. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA: “En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado [...] En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo [...] En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene *erga omnes*, si la decisión es anulatoria; en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora [...] la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda”.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL: “La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los artículos 1.º, 2.º, 6.º, 121, 123 inciso 2.º y 124 C. N., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237 num. 1, 5 y 6 y 238)”.



restablecimiento de derechos subjetivos y siendo de mayor envergadura y amplitud, como lo son la protección de los intereses generales, que como ya se dijo, no están ni sustancial ni adjetivamente limitados en la redacción del parágrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

Para la Sala resulta absolutamente claro que los propósitos de la acción promovida por el municipio de Pereira, no son otros que los de la preservación del ordenamiento jurídico. Lo cual implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y del Estado de derecho. Conforme con lo anterior, sobra reiterar entonces, que la Administración puede impugnar su propia decisión en defensa de los intereses generales, para poner fin, mediante sentencia judicial, a una situación irregular originada con la vigencia de su propio acto, para así hacer cesar los efectos vulneradores, en tanto éste contraviene el orden jurídico superior y, algunas veces, para poner término a la situación que resultaría perjudicial y lesiva patrimonialmente con el acto administrativo. Tal y como sucede en el caso *sub examine*, en el que la inhabilidad de la proponente adjudicataria vicia el contenido del Acto administrativo por medio del cual se le adjudica el Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, puesto que al ser la cónyuge del otro único proponente, no podía participar en dicho proceso de selección objetiva, de acuerdo a los principios generales de la actividad administrativa.

La señora Hoyos Castaño, no solo conocía su inhabilidad, sino que en su propuesta bajo la gravedad del juramento, declaró no estar incurso en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, circunstancia que posteriormente fue corroborada como no cierta por la Administración Municipal. La actuación de la señora Hoyos Castaño, es abiertamente violatoria de las reglas de la contratación pública y una practica que vicia la sana y leal competencia que debe existir en todo proceso de selección de contratistas, amén del principio de buena fe objetiva en las actuaciones precontractuales, sobre todo en aquellas propias de la contratación estatal.

No prospera por lo tanto, la excepción de indebida escogencia de la acción, alegada por la parte demandada para controvertir que la parte actora no podía incoar la simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., sino que debía impetrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para declarar la nulidad de la Resolución No. 3778 de 2 de septiembre de 2008.



Del acervo probatorio allegado al proceso se prueba de manera fehaciente que la señora Elizabeth Hoyos Castaño se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993⁵⁴, y que la entidad Territorial, a través de este mecanismo judicial lo que perseguía era recurrir su propio acto administrativo puesto que, por las razones anotadas, resultaba improcedente la revocatoria directa de la decisión contenida en dicha Resolución, por medio de la cual se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, cuyo objeto era la “venta de dos (2) predios denominados LA MARTA LOTE Im2 Y LA MARTA LOTE Im15 UBICADOS EN EL Corregimiento de Cerritos, Condominio de Maracay” a la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.081.756, por infringir normas en que debía fundarse”⁵⁵.

En conclusión, reitera la Sala, que como la acción de lesividad tiene como finalidad atacar un acto administrativo propio que no puede ser revocado directamente y cuyos efectos tienden en muchos casos a beneficiar a un particular y pueden llegar a afectar intereses públicos o generales, es la acción de lesividad el mecanismo idóneo para permitir a la propia Administración acudir al órgano jurisdiccional competente, para discutir con el legítimo contradictor, **que en muchos casos sería ella misma o los particulares que resultaren beneficiados con el acto**, el asunto de fondo, es decir la presencia de una evidente lesión al interés público, derivada del acto administrativo que la propia administración pretende cuestionar.

2.2. Inexistencia de la caducidad y no procedencia del precedente invocado por el recurrente.

Conforme con las explicaciones anteriores, teniendo claro que el objeto de la pretensión del municipio de Pereira, no era otro que el de la preservación del ordenamiento jurídico y la protección del interés general, reiteramos que la acción impetrada fue la de simple nulidad en su modalidad objetiva y no la de nulidad y restablecimiento del derecho y por lo tanto la Sala considera que cuando la Administración demanda su propio acto de conformidad con el numeral 7 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad aplicable es el de 2 años, contados a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto.

⁵⁴ Folios 281 a 283 C. No. 1 -1.

⁵⁵ Folio 121 C. No. 1.



Así las cosas, en el presente caso, el acto de adjudicación del Proceso de Selección Abreviada No. 50, fue expedido por el Alcalde de Pereira el día 2 de septiembre de 2008, teniéndose como plazo para incoar la acción hasta el día 3 de septiembre de 2010, al haberse presentado la demanda el 21 de mayo de 2009⁵⁶, la acción fue impetrada dentro del término legal sin que hubiera operado la caducidad de la acción.

Ahora bien, la Sala se aparta de la aplicación de la tesis invocada por el recurrente según la cual “...el acto de adjudicación solo puede ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no a través de la acción de simple nulidad”⁵⁷, en cuanto que dicha providencia no es en la realidad de las cosas un precedente vinculante en los términos de la Ley 1437 de 2011 y materialmente se refiere a hechos no similares a los discutidos en el presente asunto, hechos en relación con los cuales la Sala reitera lo expuesto en párrafos anteriores dando con esto prevalencia al derecho material sobre el sustancial. Los intereses públicos no pueden en manera alguna quedar sujetos a lecturas del ordenamiento jurídico que puedan colocar en peligro los principios y valores que nos inspiran como sociedad. Lo cierto en el caso de autos, es que se engañó a la administración llevándola a producir un acto administrativo contra la ley y la constitución y sus beneficiarios no pueden alegar por lo tanto derecho alguno. Se aplaude pues, la actitud de la administración Municipal de Pereira al invocar la vía procesal utilizada.

Compartimos los argumentos del Ministerio Público, al considerar que no se está en presencia de un precedente jurisprudencial pues la sentencia alegada por el actor como tal no se enmarca dentro de la definición hecha por el artículo 270 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) pues la misma no decidió sobre un recurso extraordinario, no se expidió en trámite de revisión eventual, no es sentencia de unificación o de importancia jurídica o trascendencia social y no expresa en su argumentación que esté unificando o sentando jurisprudencia, tanto así, que el mismo pronunciamiento trae dos salvamentos de voto que difieren de la posición en ella consignada.

En consecuencia de lo anterior, no procede tampoco la excepción de caducidad alegada, puesto que la acción de lesividad se ejerció dentro del término legal de los dos años establecido para esta clase de acciones, que como bien lo reconoció el Tribunal

⁵⁶ Folio 137 C. No. 1.

⁵⁷ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 13 de junio de 2011, Exp. 19.936,



de primera instancia, si el acto administrativo contentivo de la adjudicación del Proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, fue expedido por el Alcalde de Pereira el 2 de septiembre del mismo año y la demanda se instauró el 21 de mayo de 2009⁵⁸, no operó en ningún momento la caducidad.

2.3. Análisis y alcance de la inhabilidad demostrada en el proceso.

2.3.1.- El propósito de las inhabilidades e incompatibilidades en el estado de derecho

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociales de todas aquellas personas que, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, puedan eventualmente colocar en peligro los intereses generales y el bien común, depositados en las entidades estatales. Se trata de todo un régimen de limitación de derechos a partir del establecimiento de prohibiciones por razones de interés público –por lo tanto, de origen y justificación en las finalidades mismas del Estado– que deben soportar todos aquellos que se encuentren incurso en las hipótesis que el legislador establece para estos propósitos.

De manera concreta, la existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad; por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales.

La Constitución y el legislador quieren la mayor transparencia y pulcritud en el manejo de las decisiones públicas y, sobre todo, en el destino de los recursos presupuestales vinculados con la contratación, con el propósito de que éstos no se trasladen a sujetos que pueden caracterizarse legalmente por estar incurso en conflicto con el interés general. Cualquier actitud complaciente con el individualismo o con los intereses personales para el manejo del Estado resulta reprochable frente al ordenamiento

⁵⁸ Folio 136 C. No. 1.



jurídico, en especial en materia contractual, donde el legislador ha elevado a conducta punible todas aquellas relaciones contractuales con sujetos incurso en prohibiciones en razón de sus conflictos con el interés general.

En esta materia, la insistencia del ordenamiento contiene especiales connotaciones públicas y jurídicas. Al respecto sostiene la Corte Constitucional:

Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales, que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con la cual contratan o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato...⁵⁹

Por esta razón se concretan en el ordenamiento jurídico las llamadas incompatibilidades o inhabilidades, que constituyen, ambas, prohibiciones. En el primer caso, por regla general, para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público, para contratar con el Estado; esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma, si se tiene en cuenta que los intereses personales del servidor público definidos por el constituyente o el legislador pueden entrar en conflicto con el interés general si se celebra un determinado contrato. Estos conflictos en la mayoría de los casos se refieren a la relación laboral, al parentesco, a vínculos afectivos o de matrimonio.

El legislador, en virtud de consideraciones de política legislativa y de los intereses generales, puede establecer otros criterios para efectos de estas modalidades restrictivas. En este sentido, define las inhabilidades e incompatibilidades como “*las que recogen una relación de circunstancias vinculadas a la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar*”⁶⁰.

La inhabilidad, por el contrario, resulta por lo general imputable al posible contratista o particular que desee acceder a un cargo público. Se trata así mismo de consideraciones

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, exp. C-489, C. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, en *Banco de datos jurídicos*, cit.

⁶⁰ Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 en Gaceta del Congreso No. 75, pág 15.



personales definidas por el legislador que limitan su posibilidad de acción dentro del tráfico jurídico⁶¹. Las inhabilidades e incompatibilidades son entonces de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación o aplicación analógica⁶².

Así las cosas, las inhabilidades hacen referencia a situaciones imputables al contratista que le impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado, mientras que las incompatibilidades se predicen respecto a la celebración del contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés.

El Consejo de Estado, a su vez, reconoce las inhabilidades e incompatibilidades como “preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas, tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad de la misma”⁶³

Para el caso concreto de la ley de contratación estatal, el Consejo de Estado ha explicado el alcance ideológico y político de estas prohibiciones; al respecto ha sostenido:

De conformidad con la filosofía inspiradora de la normativa contenida en la Ley 80 de 1993 y particularmente en lo relacionado con la razón de ser de la normativa de causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, se tiene que indudablemente han sido intereses públicos de carácter general los que han evidenciado la necesidad de que los procesos de selección de los contratistas que establecen vínculos para con la administración se adelanten dentro de parámetros de transparencia, moralidad e igualdad, para todos aquellos que concurren al proceso de selección. Esta es la razón de ser de la existencia de causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad, que buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concurso como en el acto mismo de contratación se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la administración puedan participar en los procesos de selección, pues

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, exp. 1097, C. P.: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, en *Banco de datos jurídicos*, cit.

⁶² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 925, C. P.: ROBERTO SUÁREZ FRANCO, en *Banco de datos jurídicos*, cit.: “Las inhabilidades e incompatibilidades, así como sus excepciones, son de interpretación y aplicación restrictiva. Por lo tanto, al no considerar la ley el hecho de ser el oferente pariente del representante legal de la entidad contratante como una excepción a la incompatibilidad prevista, ésta no puede dejar de aplicarse; las razones de conveniencia o inconveniencia para la administración no son admisibles frente a mandato concreto de la ley (lit. b art. 8.2 Ley 80 de 1993)...”.

⁶³ Consejo de Estado, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10989.



*dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación...*⁶⁴.

En materia contractual, la finalidad perseguida por el Ordenamiento jurídico no es otra que la de salvaguardar el interés general, dotándolo de garantías para cumplir con los principios de transparencia e imparcialidad de la función administrativa y legitimar el proceso de contratación del Estado. No obstante, el legislador incorpora conductas bajo el título genérico de inhabilidades o incompatibilidades, sin hacer distinción, como si se tratara de fenómenos similares, tal como ocurre en materia de contratación estatal, donde el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 comprende bajo el título de inhabilidades e incompatibilidades una serie de conductas, todas ellas prohibitivas para participar en licitaciones o celebrar contratos, y con efectos similares, es decir, excluyentes de los procesos contractuales del Estado.

2.3.2.- Inhabilidades e incompatibilidades en la ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 recogió en gran parte el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en que quedan incursos los aspirantes a contratistas del Estado dentro del esquema de la protección del interés general anteriormente explicado. Por las características del texto legal, se observa que el legislador quiso que este régimen de prohibiciones esté presente durante prácticamente todas las instancias del proceso contractual.

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 8º de esta ley, las inhabilidades e incompatibilidades se pueden dar no sólo durante el trámite del contrato, sino también durante su celebración, su ejecución e incluso, dada la magnitud y trascendencia de las mismas para los intereses públicos, durante su liquidación. En todos los casos como fenómenos limitantes directos, o como sobrevinientes. De esta forma se protege de manera integral al contrato del Estado de las injerencias de posibles intereses personales que puedan desvirtuar la finalidad de la institución. Hacemos extensivas las inhabilidades a la liquidación del contrato, en cuanto que mientras el contrato no se liquide tiene existencia jurídica. Bajo esta perspectiva, no tendríamos duda alguna en hacer extensivas las inhabilidades e incompatibilidades a este momento contractual.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 1997, exp. 10760, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, en *Banco de datos jurídicos*, cit.



El carácter de sobrevinientes en las prohibiciones contractuales amplifica de manera clara su ámbito de acción y les proporciona a las autoridades y a los aspirantes a contratistas una visión integral del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a la vez que brinda soluciones con el fin de evitar la paralización de los procesos de escogencia o la ejecución y liquidación de los contratos. En este sentido, el artículo 9º de la Ley 80 de 1993 plantea que de llegar a darse inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente respecto de un proponente dentro de una licitación o concurso, o dentro de un procedimiento de contratación directa, se entenderá que éste renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo; hipótesis ésta que parte del hecho de que cuando el proponente presentó su oferta no se encontraba incurso en ningún tipo de prohibición. Si las limitaciones sobrevinientes recaen en forma directa sobre el contratista éste cederá el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Con el fin de prevenir la ruptura de las condiciones originarias del contrato establecidas en el pliego o en los términos de referencia, la ley busca de todas las maneras mantener la integridad del contratista. En este sentido, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal éste cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante, pero en ningún caso podrá ceder su parte del contrato a quienes integran el consorcio o unión temporal⁶⁵.

Las soluciones ofrecidas por el legislador frente a los casos de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente buscan ante todo restablecer el ordenamiento jurídico violentado de manera intempestiva por circunstancias ajenas a los proponentes o contratistas. La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el artículo 9º de la ley de contratación estatal, determinó su constitucionalidad precisamente por el carácter corrector de esta disposición:

A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, exp. 1097, C. P.: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, en *Banco de datos jurídicos*, cit.



la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que lícita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros. Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedirse que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual...⁶⁶.

2.3.3.- inhabilidad por parentesco, matrimonio y unión permanente

Conforme al literal g del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, existe inhabilidad por parentesco, matrimonio, o por la existencia de compañeros permanentes, cuando los mismos de manera simultánea se presentan a una licitación o concurso público. Indica la disposición que quien sea cónyuge o compañero permanente y quien se encuentre dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso se encuentra incurso en el régimen de inhabilidades contractuales.

En cuanto al parentesco que señala la ley, éste comprende los segundos grados de consanguinidad o afinidad, esto es, implicaría rechazar la presencia de padres, hijos y hermanos en un mismo proceso de selección de contratistas, o padres, hijos y hermanos del cónyuge o compañero permanente de un proponente, al igual que esposos y compañeros permanentes o en unión marital. A primera vista podría pensarse que la norma establece una restricción injusta e inconstitucional dentro de un régimen de mercado, donde no se debe escoger a los contratistas por razones familiares, sino en consideración al contenido de su propuesta y a las mejores condiciones objetivas que éstos le presenten a la entidad.

Sin embargo la Corte Constitucional, al analizar esta disposición, la encontró ajustada a la Carta en la medida en que **tiende a evitar la manipulación de los procesos de escogencia de contratistas por parte de algunos núcleos familiares** que, aprovechando su presencia múltiple en el trámite contractual, podrían **manipular la información y acomodar las propuestas de manera tal de afectar la escogencia objetiva y la garantía de igualdad de los proponentes**. Para la Corte, la norma evita que se altere la activa y

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia del 16 de mayo de 1996, exp. C-221, C. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, en *Banco de datos jurídicos*, cit.



honesto competencia entre los participantes en el proceso de escogencia. La presencia de parientes, cónyuges u otro tipo de personas cercanas no garantiza la debida reserva que debe existir para efecto de una real selección objetiva:

La ley asume que por regla general el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar se sobrepone al de competencia material entre sus miembros. La adjudicación del contrato a uno de los miembros de la familia, en todo caso, representa un provecho familiar que puede, inclusive, estimular la colusión contra el Estado y los demás participantes, así como también, antes de la apertura de la urna, llevar a la ruptura del secreto respecto de las ofertas y sus condiciones [...] El constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad...⁶⁷

Por estas razones se considera que, una vez presentada una propuesta, los parientes o allegados del proponente a que hace referencia la disposición quedan de inmediato inhabilitados para ofertar.

Analizando cada uno de los elementos de la causal de inhabilidad contractual invocada en el caso que nos ocupa, por el municipio de Pereira, para justificar su actuación administrativa negatoria de la celebración del contrato, tenemos que la misma se configura cuando se incurra en el siguiente descripción legal: “g) quienes sean Cónyuges o Compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso^{68/69}”

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

⁶⁸ Lo sub-rayado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia 054 de 2001. “Estese a lo resuelto en la Sentencia C-415 de 1994”. Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de la familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación.

(...)

Una vez el Legislador identifica una situación específica que puede gravemente afectar el interés general, como la que se acaba de analizar, puede legítimamente prohibir las conductas que la configuran. La mencionada prohibición, entre las múltiples formas que puede adoptar, puede tener el carácter de inhabilidad sancionable con nulidad absoluta (ley 80 de 1993, arts. 8, numeral 1, literal g) y h); artículo 44)

De hecho para evitar el nepotismo y la colusión, se hace necesario consagrar inhabilidades basadas en los nexos familiares, la única forma de hacerlo es la de apartar en el caso concreto a los miembros de una misma familia, de modo que a lo sumo sólo uno de ellos pueda gozar de la oportunidad de que se trate. Aquí no se está en principio, frente a una acumulación de beneficios en cabeza de un grupo familiar, sino ante el ejercicio de un derecho de participación d un ciudadano o persona singular. El sacrificio de los restantes miembros de la familia, se ha podido justificar en esa precisa situación, ya sea en el prevención de un serio peligro social o en la clara y necesaria defensa del interés general.

(...) El constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse.



Dada lo perentorio del mandato prohibitivo del legislador tenemos que esta Inhabilidad comprende y aplica a todos los procesos de Selección del contratista y que se materializa por las relaciones dadas por el parentesco por consanguinidad y afinidad conforme se pasa a explicar:

El parentesco por consanguinidad (artículo 35 C.C) es: *“la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de sangre”*. A su vez el artículo 37 del mismo Código, regula los grados de consanguinidad, señalando que entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Pone como ejemplo que el nieto está en segundo grado de consanguinidad respecto del abuelo y a su vez el artículo 41 C.C., establece que en el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados, entendiéndose por línea la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común.

La afinidad legítima, en cambio, según el artículo 47 C.C., es la que existe entre una persona que está casada o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el correspondiente consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado en línea recta con los abuelos de su mujer y en línea transversal con los hermanos de su mujer.

En consonancia con lo anterior, la Ley 80 de 1993 restringe la participación en un mismo proceso de selección de contratistas, a saber:

- a. Los cónyuges, entendiéndose por estos a aquellas personas que han establecido una relación interpersonal a través del vínculo jurídico del matrimonio, con sus consecuentes efectos jurídicos.
- b. Los compañeros permanentes, siendo aquellos que establecen una relación interpersonal a partir de situaciones de facto demostrativas de una comunidad de vida permanente o establece y singular con otra persona.
- c. Los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad: aquella relación que tienen entre sí, las personas que comparten vínculos de sangre o un



tronco común. Una persona tiene parentesco de consanguinidad en primer grado, con su madre, padre e hijos, en segundo grado con sus hermanos y abuelos.

d. Los parientes hasta el segundo grado de afinidad: que en los términos del artículo 47 del Código Civil, es el vínculo existente entre un individuo y los consanguíneos de su esposo o esposa; el grado de parentesco que tenga su cónyuge con sus familiares será el mismo pero a manera de afinidad, del que tenga esa persona con los consanguíneos de su pareja.

Lo anterior, sin perjuicio del concepto convencional⁷⁰ y constitucional⁷¹ amplio de familia que debe ser considerado por las autoridades jurídicas en el marco del ordenamiento jurídico interno, tal como ha sido recogido por esta Subsección en diversos fallos⁷².

Si bien este tipo de inhabilidades para contratar con el Estado, constituyen una limitación a la libertad negocial de las personas, las mismas tienen su apoyo en razones constitucionalmente válidas orientadas a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para beneficio individual garantizando el ejercicio de la función pública tendiente a moralizar el desarrollo de la acción administrativa y la prevalencia del interés general.

⁷⁰ Al respecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 17 la “protección a la familia”; sobre el desarrollo jurisprudencial del concepto amplio de familia véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012 Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile, específicamente los puntos 172 a 175 del fallo.

⁷¹ El concepto de familia encuentra su germen en el artículo 42 constitucional, donde se protege la familia como institución nuclear de la sociedad, siendo conformada ésta por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de hombre y mujer de celebrar un matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. En este sentido, la interpretación del concepto amplio de familia y de compañeros permanentes debe hacerse a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (entre otras, las sentencias C-577, T-716 de 2011, T-606 de 2013).

⁷² Al respecto, la Sala de Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en diversas decisiones, ha recogido y potenciado dicho concepto, específicamente en materia de reconocimiento e indemnización de perjuicios, aunque su alcance se extiende a todo ámbito del ordenamiento jurídico, sin verse acotado al derecho de la responsabilidad del Estado. Al respecto, puede verse, entre otras las sentencias de 13 de junio de 2013 (exp. 26800), 11 de julio de 2013 (exp. 31252), 24 de julio de 2013 (exp. 27289), entre otras decisiones. Precisamente, en la primera de las citadas se sostuvo: “La Sala advierte en esta oportunidad, que dadas las cambiantes formas de familia que constitucionalmente se han venido reconociendo, lo que aquí se ha expresado en relación con las amas de casa, es aplicable también cuando el hombre es el que se ocupa de las labores domésticas, y de esta forma aporta al sustento material y afectivo del círculo familiar. Lo será igualmente predicable respecto de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.”



De acuerdo con la Corte Constitucional⁷³, las razones que llevan a establecer dichas limitaciones en el régimen de la contratación pública tienen un fundamento ético y atienden razones de eficacia, transparencia e imparcialidad, que justifican constitucionalmente la restricción impuesta por el legislador a la libertad de contratación de las personas antes citadas, puesto que **el hecho de que entre ellas existan relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad vicia el contenido de los acuerdos a los que se pueda llegar dentro del régimen contractual.**

Las inhabilidades ciertamente, constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

Es por ello, que en el caso *sub examine*, **el vínculo matrimonial existente y plenamente probado entre la señora Hoyos Castaño y el señor Rendón Tabares⁷⁴, es causal de inhabilidad que les impedía presentarse al mismo proceso de selección del contratista. La ley establece dicha prohibición puesto que los intereses, en este caso, de los cónyuges, son abiertamente contrarios al perseguido por la Administración. El hecho de que los dos se presenten al mismo proceso en violación de la norma mencionada repercute de manera negativa en las finalidades de la entidad pública contratante y se constituye en un comportamiento grave en contra del correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato y de la acción administrativa en general.**

Téngase en cuenta además como la intencionalidad de los proponentes encierra un halo de mala fe, cuando en el momento de presentación de las propuestas, el señor Wilfor Fernando Rendón Tabares señaló como su dirección: Km 7 vía Armenia Tapanga Casa No. 3, número de teléfono 3388255 y número celular 3104927125. Mientras en el RUT aparece como su dirección: Calle 18 No. 20-60 Barrio Santa Mónica, Conjunto Horizontes CA7 y número de teléfono 3302666. Mientras que la señora Elizabeth Hoyos Castaño suministró como su dirección: la Calle 18 No. 20-60 Dosquebradas, con

⁷³ Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996. También Ver: Sentencias C-415/94; C-178/96; C-429/97; y C-054/91.

⁷⁴ Folio 215 C. No. 1-1.



número de teléfono 3302666 y número celular 314171716. Mientras que el RUT aparece como su dirección: Km 7 vía Armenia Condominio Tapanga CA3 y número de teléfono 3388255.

La actitud de los cónyuges, en efecto, vulnera el interés general y su conducta estimula la colusión de los intereses del grupo familiar en contra de los intereses del Estado. El haber llegado a adjudicar a la señora Hoyos Castaño el correspondiente proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, bajo las anteriores premisas **vulneraría la igualdad de oportunidades para los otros posibles participantes y la obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado**. Por esta razón la acción de lesividad por nulidad simple objetiva invocada por el municipio de Pereira, no solo fue la más conveniente sino que responde a los postulados generales de nuestro Estado constitucional imperante.

2.4. Fundamentos constitucionales de la inhabilidad y su repercusión en el ámbito de la economía del mercado. Configuración de la colusión.

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se le aplican las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de la interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y las particulares del derecho administrativo (artículo 23 Ley 80 der 1993)⁷⁵.

La Constitución de 1991, establece que el modelo económico adoptado en Colombia es el de libre mercado, con un marcado énfasis social, el cual se enmarca en los principios

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 2008. Expediente 16152. “El principio de buena fe, en la relación contractual, tiene singular incidencia en los contratos bilaterales o sinalagmáticos que contienen prestaciones recíprocas, dado que en tales contratos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla “do ut des” (te doy para que me des); es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones con determinados alcances, los cuales no pueden ser desbordados por ninguna de las partes en perjuicio de la otra. Bajo estos postulados resulta claro que no solo la Administración está en el deber de honrar el principio de buena fe y confianza legítima frente al contratista, con el fin de garantizar seguridad jurídica y estabilidad en sus relaciones, sino que éste también debe asumir un comportamiento leal, honrado y correcto frente a la Administración, en todas las actuaciones que despliegue en las distintas etapas del contrato, hasta la extinción misma de la relación contractual, en virtud del principio de buena fe. Si bien es cierto que la Administración está en el deber de responder por los perjuicios que ocasione al contratista cuando quiera que con sus actuaciones o decisiones cause un daño antijurídico, no menos cierto es que cuando dicho daño sea el resultado de la conducta asumida pro el propio afectado o víctima, que además deviene contraria a los postulados de la buena fe, no se genera para la Administración obligación alguna de reparar los daños que alegue el particular”



de libertad de empresa y libre y leal competencia. En desarrollo de lo anterior, el artículo 333 de la Constitución establece que:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica⁷⁶ es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha desarrollado el alcance del artículo 333 de la Constitución de conformidad con el artículo 13 de la misma, con el propósito de acentuar el hecho de que todos aquellos con interés en acudir a un mercado, se encuentran en igualdad de condiciones, proscribiéndose, en consecuencia prácticas o actuaciones que puedan generar desigualdad o que puedan beneficiar de manera injustificada y desleal a uno de los actores del mercado en detrimento de otros. La actividad económica del Estado por lo tanto, cualquiera que esta sea, debe ejercitarse dentro de los cauces de la libre y leal competencia, entendiendo por ésta la garantía de la igualdad jurídica entre los competidores. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“... (2) la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; (3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de las masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas se mantengan o impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico, abierto y eficiente”.

Asimismo, la Corte ha establecido que:

“La restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus

⁷⁶ Sobre la noción de libre competencia la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones entre otras, con las siguientes sentencias: Sentencia C-623 de 2004, Sentencia C-516 de 2004, Sentencia C-1035 de 2003, Sentencia C-654 de 2003, Sentencia C-150 de 2003, Sentencia C-815 de 2001, Sentencia C-1262 de 2000, Sentencia SU-182 de 1998



fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que "las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica"⁷⁷.

Finalmente, para reiterar el alcance de los derechos económicos, en especial el de la libre competencia, la Corte Constitucional ha señalado que:

"El sistema económico reconocido y amparado por nuestra Constitución es el del libre mercado, en el que se garantiza la libre actividad económica y la iniciativa privada, esto es, la libertad de empresa dentro de los "límites del bien común", instituyéndose la libre competencia como un derecho de todos que supone "responsabilidades". Sin embargo, se le asigna al Estado la dirección general de la economía y se le otorgan plenas facultades para intervenir en esa actividad, por mandato de la ley, en los casos y para los fines consagrados en el artículo 334 de la misma Carta"⁷⁸.

Conforme a este marco normativo constitucional, en donde queda suficientemente justificada la valía que tiene la libertad de empresa y, en específico la libertad de competencia, en el ámbito constitucional colombiano, es que la Sala considera que existe el deber del Estado de adoptar disposiciones administrativas y/o judiciales dirigidas a prevenir, sancionar y reparar aquellas prácticas que se configuren como restrictivas de la libre competencia de los actores al mercado público.

Ello por cuanto el rol que asume el Estado en el marco de la economía social de mercado no es la de un árbitro pasivo que abandona en manos de los actores privados la configuración del mercado, sino que, conforme a la impronta característica del Estado Social y Democrático de Derecho, se impone su intervención activa, conforme a un criterio de proporcionalidad, siempre que sea a favor del progreso y desarrollo económico de la nación⁷⁹.

Sobre el sentido y alcance que tiene la garantía de la libre competencia económica ya la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación se ha pronunciado, en fallo de 14 de febrero de 2012, en donde destacó que ésta correspondía a un derecho subjetivo de libertad, que su garantía y protección a cargo del Estado era un asunto de interés para la colectividad en general y que presuponía la necesaria pluralidad de oferentes y

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz

⁷⁹ "La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada "economía social de mercado", según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación." Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004.



demandantes en el mercado, haciendo énfasis en que respecto de los demandantes existe un derecho consistente en la libertad de elegir. Tales cuestiones medulares fueron expuestas en dicho fallo en los siguientes términos:

“Así las cosas, la libre competencia económica, recogida en los artículos 88 y 333 constitucionales, constituye una especial y particular situación de interacción dinámica y permanente entre los agentes característicos del mercado, en la cual, en relación con estos, se predica la existencia de un claro derecho subjetivo, soportado en el concepto de libertad, que les permite, por regla general, ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quien compra o adquiere estos bienes y servicios, con sujeción a las reglas del mercado, lo cual, dada la magnitud y significado de esta interacción, se reconoce constitucionalmente como un asunto de interés para la colectividad en general, aspectos todos estos que deben ser garantizados y protegidos por el Estado⁸⁰, y solo limitados excepcionalmente en fundadas razones de interés general por el legislador⁸¹.

La libre competencia económica implica necesariamente para un bien o servicio determinado, que existe una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada. La libertad económica establecida en el artículo 333 constitucional comporta la libertad de elegir. A los agentes económicos del mercado se les reconoce el derecho de elegir.”⁸²

Justamente, en lo que concierne a la regulación normativa de la contratación estatal, debe decirse que el régimen de inhabilidades encuentra justificación constitucional expresa a partir del reconocimiento del principio de igualdad en armonía con el de la libre competencia, de allí que una violación a estas disposiciones constituya una trasgresión al mismo régimen constitucional, pues actos como los de colusión, que corresponde a acuerdos ilícitos restrictivos de la libertad de competencia en el marco de los procedimientos contractuales, afectan, por una parte, la libre y leal competencia, en tanto que limita o cercena de manera ilícita la participación de potenciales oferentes en dichos procedimientos (ruptura del principio de igualdad en materia de participación en el mercado) y, por otro tanto, resulta violatorio de los fines constitucionales que persigue la administración pública (artículo 209), por cuanto ésta verá distorsionada las

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2010. En tales términos y en atención a lo previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, el Estado está obligado a garantizar dicho escenario de libre competencia económica y, para tal efecto, deberá atender los siguientes criterios: “(i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos”. (Resaltado fuera del texto)

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001 y C-870 de 2003. La jurisprudencia constitucional ha establecido al unísono que la libre competencia económica implica que “*un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita*”.

⁸² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 14 de febrero de 2012, exp. 38924.



condiciones del mercado, lo que a la postre le impedirá cumplir con el cometido de seleccionar al contratista que en la mayor medida satisfaga los principios y valores jurídicos que rigen la contratación pública; en desmedro del interés público.

Desde esta perspectiva, podemos analizar como la conducta de la señora Elizabeth Hoyos Castaño, podría encuadrarse dentro de la enumeración no taxativa del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁸³, puesto que la presentación de su propuesta y la de su cónyuge responde a esos tipo de Acuerdos que sanciona el ordenamiento jurídico por vulnerar las reglas de la transparencia y la libre competencia que deben orientar en todo momento el proceso de contratación pública.

La existencia del vínculo matrimonial y la participación en el proceso de contratación valiéndose de engaños, es un indicio grave de la mala fe de los proponentes y de cómo su actuación fue abiertamente contraria al ordenamiento constitucional y administrativo vigente. Circunstancia que no solo vulneró los intereses del municipio de Pereira sino los de los otros potenciales proponentes y los de la colectividad en general.

Para la Sala, entre los cónyuges Rendón Tabares y Hoyos Castaño, no solo se atentó contra los derechos de eventuales competidores sino contra el ordenamiento jurídico constituido, al presentar una propuesta a sabiendas de que no podrían hacerlo, puesto que su condición de cónyuges inhabilitaba a la señora Elizabeth Hoyos Castaño a presentarse al mismo proceso de selección en el que ya había presentado propuesta su marido.

El fenómeno de la colusión, ha asumido tal importancia en la actualidad que la materia ha sido regulada tanto a nivel nacional, comunitario⁸⁴, como internacional⁸⁵, puesto que:

⁸³ La norma se refiere específicamente, en su numeral noveno, a los acuerdos que tengan por objeto la colusión de licitaciones o concursos o los acuerdos que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

⁸⁴ De acuerdo a la Decisión 608 de 29 de marzo de 2005 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones donde se establece como conducta restrictiva de la libertad de competencia, en el artículo 7º, “e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.”

⁸⁵ “El término “cártel” se refiere a los acuerdos entre empresas que de otro modo competirían entre sí (es decir, “acuerdos horizontales”) por lo que se refiere a fijar los precios, reducir la producción o repartirse los mercados o a permitir la presentación de licitaciones colusorias. Con la expresión “intrínsecamente nocivos” se destacan los perjuicios derivados de ese tipo de arreglos y se los distingue de las empresas conjuntas y otros acuerdos interempresariales que involucran la colaboración eficaz entre empresas y pueden realzar el bienestar social.”. Organización Mundial del Comercio. OMC. Grupo de Trabajo sobre interacción entre comercio y política de competencia. 20 de junio de 2002. “Disposiciones sobre los carteles intrínsecamente nocivos”. WT/WGTCP/W/191. Documento obtenido en el enlace web: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/wgtcp_docs_s.htm revisado el 4 de julio de 2014.



“La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país”⁸⁶.

Indudablemente, las normas mencionadas están en consonancia con la inhabilidad planteada por la Ley 80 de 1993, aplicable al presente caso, que pretende no permitir que dos proponentes que participen en el mismo proceso de selección tengan algún tipo de vínculo por matrimonio, consanguinidad o afinidad que puedan favorecer acuerdos o prácticas colusorias, que restrinjan la competencia y puedan viciar los principios y reglas que orientan la contratación pública.

Como quiera que del comportamiento y de las actuaciones surtidas por los cónyuges proponentes en el proceso de Selección Abreviada No. 50 de 2008, tal y como consta en las pruebas recaudadas en el caso *sub examine*, se pueden verificar maniobras engañosas que podrían llegar a inducir a error a la Administración pública, en ejercicio de su actividad administrativa, es claro que dichos comportamientos y conductas deben ser investigadas

Resalta la Sala, que si bien, no es una norma vigente al momento de los hechos y por lo tanto inaplicable al caso en estudio, con la expedición de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)⁸⁷, se otorgó competencia a los jueces penales para conocer como

⁸⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Colaboración del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio y Comisión de la Unión Europea. Consúltese en: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=18361.

⁸⁷ Ley 1474 de 2011. Artículo 27. *Acuerdos restrictivos de la competencia*. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

De la redacción del anterior tipo penal queda claro que esta conducta delictiva se configura siempre que i) se obre a partir de un acuerdo con otros sujetos diferentes al autor de la conducta, lo que supone la existencia de maniobras coordinadas por varios individuos; ii) se persiga como intención o finalidad la alteración ilícita del procedimiento contractual, con lo cual se deja a salvo aquellos tratos y acuerdos entre partícipes de un procedimiento contractual que se ajusten al ordenamiento jurídico. En particular, es claro que la intención que persigue el tipo penal es la de sancionar las actuaciones que se consideren como contrarias a la libre competencia del mercado.

Queda claro que este tipo penal se dirige a tutelar el bien jurídico de la administración pública, comoquiera que es a partir de aquellos tratos contrarios a la competencia que se causa una afectación al interés general que persigue la Administración, en tanto que verá alterada de manera irregular las condiciones de igualdad del mercado a efectos de



conducta delictiva de los casos por colusión en licitaciones, en los que no pueden quedar excluidos los demás procesos de selección objetiva del contratista, puesto que una lectura restrictiva sería abiertamente contraria a la interpretación sistemática que debe hacerse de los principios de la contratación pública en concordancia con los principios generales del derecho y la prevalencia del interés general.

En nuestro sentir, la lucha contra este tipo de prácticas atentatorias de la libertad de empresa y la libre competencia en materia de contratación estatal, debe estar orientada a garantizar tanto la aplicación de los principios de selección objetiva y de transparencia, así como estar encaminada a lograr la eficiencia económica y la adecuada asignación de los recursos para la atención de las necesidades de la comunidad.

2.6. La “*non reformatio in pejus*” en el caso concreto.

Se sabe que cuando se impugna una sentencia por una sola de las partes del extremo de la *Litis*, irremediablemente debe limitarse el estudio del caso con fundamento en el principio constitucional y legal de la “*non reformatio in pejus*”, esto es, no puede desmejorarse la situación de éste; esta previsión no es cosa diferente al desarrollo de la garantía prevista en el inciso segundo del artículo 31 constitucional que manda que “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.⁸⁸”.

Y de acuerdo con la posición jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera⁸⁹, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia “*lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por*

realizar la escogencia del contratista. Sin embargo, no puede perderse de vista que la conducta tipificada también se dirige a la protección del interés colectivo constitucional de la libre competencia, en tanto que con esta conducta lo que se castiga es el ejercicio de maniobras que, en últimas, pueden impedir que potenciales partícipes de los procedimientos contractuales puedan tomar parte en ella o hacerlo en condiciones de igualdad.

⁸⁸ Posición reiterada en sentencia de Subsección C de 19 de agosto de 2011 expediente: 19663.

⁸⁹ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.



lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁹⁰ de la sentencia como el principio dispositivo⁹¹, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: *‘tantum devolutum quantum appellatum’*^{92 93}. (Subrayado por la Sala)

La posición de esta Sección ha sido clara también al afirmar el alcance de la competencia del Juzgador de segunda instancia en los siguientes términos:

“3.2.2.1. En relación con el alcance del recurso de apelación de las sentencias, la Sala, a partir de la interpretación que hizo del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil⁹⁴, acogió la tesis conforme a la cual la competencia del juez ad quem está limitada a los aspectos que señale el recurrente. Se consideró que de la premisa: “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante”, no se sigue, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia⁹⁵, “una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y ad nutum determinar libremente ‘qué es lo desfavorable al recurrente’, pues a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual ‘no podrá el ad quem enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’”.

3.2.2.2. Para la Sala, sin embargo, la regla general relacionada con los límites de la competencia del juez ad quem, admitía excepciones derivadas de mandatos constitucionales y legales. A título de ejemplo se señalaron en el fallo algunos asuntos procesales, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, los cuales, entre otros, deben ser declarados por el juez de segunda instancia, de manera oficiosa, en tanto favorecen al apelante único, aunque no hubieran sido propuestos como fundamentos de su inconformidad con la providencia

⁹⁰ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

⁹¹ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.

“Son características de esta regla las siguientes: “(...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁹² Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁹³ Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

⁹⁴ Sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 500012331000199706093-01 (21.060), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹⁵ Sentencia de 4 de agosto de 2010, exp. 0500131030012002, M.P. Ruth Marina Díaz.



censurada, porque tales aspectos constituyen presupuestos para dictar sentencia de mérito.

3.2.2.3. La Sala, en esta oportunidad precisa que la competencia del juez de segunda instancia abarca los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone, al sustentar el recurso de apelación de la sentencia. Se trata de dar alcance a la expresión “los aspectos que señale el recurrente”, a los cuales se limitó la competencia del ad quem en la providencia referida.

Para la Sala, la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente, por las siguientes razones:

3.2.2.3.1. Los límites que el recurrente traza al juez de segunda instancia con la apelación, de conformidad con la tesis acogida por la Sala, son aquellos aspectos de la sentencia contenidos en la parte resolutive del fallo, en relación con los cuales aquél deberá exponer las razones de su disenso.

La Sala, en la sentencia mediante la cual acogió la tesis señalada, reiteró en varios de sus apartes que el recurrente debía señalar los aspectos del fallo que a su juicio le resultarían desfavorables y sólo éstos podían ser objeto de revisión del juez ad quem. Se dijo en el fallo, por ejemplo, que: “el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados” por el recurrente; por lo tanto, los demás aspectos del fallo que no fueron cuestionados por el apelante único no pueden ser revisados por el juez ad quem; “corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia” y también que “en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior” (se subraya).

Criterio que aparece claramente señalado en aquellos estatutos en los cuales el legislador limita la competencia del ad quem a los términos del recurso, como ocurre con la ley 715, que en materia laboral dispone: “Principio de consonancia: La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación” (subraya fuera del texto)⁹⁶.

3.2.2.3.2. En la sentencia a que se viene haciendo alusión, la Sala precisó, además, que la exigencia prevista en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo de sustentar el recurso de apelación, con el señalamiento de los aspectos que el impugnante considera lesivos para sus intereses y de las razones de su inconformidad, no constituye una simple formalidad irrelevante para el proceso sino el marco conceptual que delimita la competencia del ad quem. La sustentación, se añade, tiene como finalidad la garantía del derecho de contradicción, porque de esa manera, la otra parte, beneficiada con la decisión recurrida, puede exponer las razones que a bien tenga para solicitar al juez que mantenga dicha decisión.

3.2.2.3.3. Pero las razones expuestas por el recurrente no constituyen un marco infranqueable para el juez de segunda instancia, dada la salvedad que viene por cuenta de los asuntos que por mandato constitucional o legal deben ser revisados siempre por el juez, con independencia de la aplicación de la tesis acogida por la Sala, conforme a la cual es el recurrente quien delimita el campo de competencia del juez ad quem. En otras palabras, las razones señaladas por el recurrente, con el fin de garantizar el derecho de contradicción de la otra parte, no pueden impedir al juez de segunda instancia cumplir

⁹⁶ En relación con esta norma, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de junio de 2004, destacó su diferencia con la regulación establecida en el Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos: “Para la Sala yerra el Tribunal al asumir competencia funcional completa de revisión de la totalidad del objeto del litigio, desbordando la que le corresponde según las reglas que gobiernan el recurso de apelación en la jurisdicción laboral, que son precisas en circunscribirla a las materias respecto de las cuales el apelante o los apelantes hayan manifestado inconformidad y cumplido con la carga procesal de fundamentar sus reparos”.



con el mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución, conforme al cual, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

*En efecto, que el recurrente delimite la competencia del juez al señalar los aspectos que le resulten desfavorables no es óbice para que declare la ilegalidad del fallo en relación con el aspecto señalado por el recurrente, pero por una razón jurídica diferente, en tanto tenga el deber jurídico de declararlo. Es lo que se conoce con el principio *iura novit curia*, que sin controversia alguna ha sido aplicado por la Sala desde hace ya varias décadas, muy particularmente al definir el régimen de responsabilidad en los casos concretos, principio que sólo encuentra límites cuando se pretende la nulidad de los actos administrativos, en razón de la presunción de legalidad que los ampara⁹⁷.*

(...)

3.2.2.3.5. Pero no hay ninguna duda de que el interés del recurrente al pretender que se modifique a su favor un aspecto de la sentencia que le es desfavorable, queda en parte satisfecho cuando esa modificación es proporcionalmente menor a lo pretendido, pero en todo caso, favorable a su interés.

Es lo que sucede en los casos en los cuales el recurrente solicita que se revoque el fallo, porque aduce que no es responsable del daño que se le imputa y en segunda instancia se considera que sí es responsable, pero que hay lugar a una reducción de la indemnización, por considerar que la víctima también contribuyó a la causación del daño, o se aprecia que no está demostrado uno o algunos de los daños cuya indemnización se reclama, o que en la liquidación del mismo se incurrió en errores que afectan al apelante único, como ocurrió en el caso concreto.

Es de esperar que los argumentos expuestos en el recurso de apelación por parte de quien ha sido condenado a pagar una indemnización y pretenda la revocatoria del fallo, se centrarán en las razones por las cuales se pide tal revocatoria, pero que se omitirá toda reflexión relacionada con los aspectos consecuenciales de la sentencia en la cual se accedió a las pretensiones, dado que al revocarse la declaración de responsabilidad, se negarán las pretensiones de la demanda. Sin embargo, la ausencia de razones expuestas por el recurrente no impiden al juez corregir la sentencia apelada, para hacer reducciones por concurrencia de la intervención de la víctima en la causación del daño, o por reconocimientos de daños que no aparecen demostrados en el expediente, o por errores en la liquidación de las indemnizaciones.

3.2.2.3.6. En la lógica más elemental, “el que puede lo más puede lo menos”, lo que en términos jurídicos y en relación con el asunto que aquí se trata significa que si el juez

⁹⁷ En sentencia S-123 de 14 de febrero de 1995, la Sala Plena de la Corporación consideró: “la Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante. En las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas generales consagradas en la legislación positiva, aplicables que pueden ser invocadas en la demanda, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirve de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, lo cierto es que no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, pero sin que pueda modificar la *causa petendi* de la misma, que como ya se precisó la constituyen los hechos mismos en que se fundamenta. De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura novit curia*, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su *causa petendi* y son los precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les pueda dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto con nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar los hechos en que se funda la controversia”.



adquiere competencia para resolver un aspecto global de la controversia, por haber sido objeto del recurso, tiene igualmente la atribución para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único.

Lo dicho constituye una reafirmación de la regla general deducida por la Sala, conforme a la cual la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los aspectos que señale el recurrente, pero es además, una precisión sobre los límites de esa competencia, que no pueden quedar reducidos únicamente a la revisión de las razones señaladas por el recurrente, con omisión del deber constitucional del juez de aplicar la ley y, en todo caso, de atender el propio interés del apelante, que si bien en principio está dirigido a obtener la satisfacción plena de su pretensión, abarca en todo caso cualquier reforma que le resulte favorable a sus intereses.

3.2.2.3.7. Los asuntos comprendidos en la decisión del recurso deben guardar íntima relación con los motivos de la apelación.

El mismo artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, del cual dedujo la Sala la regla general que se viene señalando, establece que el superior podrá enmendar, aún de manera desfavorable para el recurrente, la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, cuando en razón de la reforma pedida fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.

Como se aprecia, por mandato legal, la competencia del juez de segunda instancia excede no sólo el ámbito fijado en el recurso, sino la prohibición de la reformatio in pejus, en relación con los asuntos íntimamente relacionados con los aspectos de la apelación. Y si la competencia del juez puede exceder esos límites, tanto más podrá extenderse al estudio de los asuntos no sólo relacionados, sino inmersos en el aspecto recurrido, mucho más cuando de lo que se trata es de favorecer los intereses del apelante único⁹⁸.

Por su parte, en otro pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta misma Corporación⁹⁹, se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas.

ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir

⁹⁸ Sentencia Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 20104. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁹⁹ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.



una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)¹⁰⁰.

Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *Ad quem*, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo,

- i) De las normas o los principios previstos en la Constitución Política;
- ii) De los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o
- iii) De las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada. Tal es el ejemplo de la caducidad de la acción, o la falta de legitimación de alguna de las partes¹⁰¹.

Ahora bien, este planteamiento actual de la Sección Tercera, en aplicación de los principios constitucionales y legales enunciados en los párrafos precedentes, también comprende la hipótesis en la que el *A quo* concede, al ahora apelante único, un derecho que en verdad no tiene y que no ha sido reclamado ni por la vía de acción ni por la vía de excepción.

Tal sería por ejemplo el caso en el que el juez *A quo* equivocadamente le da efectos retroactivos a la declaratoria de Nulidad de un acto administrativo, lo cual como es bien

¹⁰⁰ Al respecto consultar, por ejemplo, sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 23 de abril del 2009, expediente: 17160 y de 20 de mayo de ese mismo año, expediente: 16.925.

¹⁰¹ “La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos¹⁰¹ en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.” Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.



sabido resulta inadmisibles, toda vez que los efectos de la Nulidad de dichos actos se producen hacia el futuro.

Reconocer derechos que no se tienen o que como en el caso concreto no pueden ser concedidos porque no han sido objeto del debate procesal implicaría no solo una eventual lesión de los intereses de la Administración sino también una vulneración del derecho al debido proceso.

Sin perjuicios de estas consideraciones, la Sala considera que la valoración de este punto debe realizarse a la luz de los postulados constitucionales¹⁰², donde se destaca el compromiso irrestricto del Juez con la obtención del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad, a fin de satisfacer el ideal de la justicia material, y de convencionalidad¹⁰³, lo que impone al Juez Contencioso apreciar, además de la mirada propia del régimen contencioso administrativo vigente (del que ya se ha dado cuenta en este apartado), los criterios sustantivos de convencionalidad relativos al derecho a un recurso judicial

¹⁰² Conforme al desarrollo del derecho al acceso material a la administración de justicia, conforme al artículo 228 constitucional. La Corte Constitucional ha entendido que este derecho se “concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares”. Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2009.

¹⁰³ El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1° de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1° de septiembre de 2010; Caso Vélez Loo Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1° de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1° de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.



efectivo y la protección judicial¹⁰⁴ (artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de tal manera que se impone, en el marco de toda actuación judicial, observar ““todos los requisitos que sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”¹⁰⁵, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹⁰⁶, comoquiera que “la existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”¹⁰⁷, garantías aplicables tanto en los procedimientos judiciales como administrativos¹⁰⁸.

En este orden de ideas, respecto de la orden impartida en el numeral segundo del fallo del Tribunal, la Sala considera que ésta debe ser leída e interpretada a la luz de los mencionados criterios, para señalar, entonces, que dicha medida, *per se*, no pugna con el ejercicio del contencioso de nulidad simple (lesividad), incoado por el Municipio de Pereira, pues aún en aquellos casos en donde se discute la legalidad *in abstracto* del ordenamiento jurídico, el Juez no puede hacer caso omiso a la realidad fáctica en la que se encuentran imbricadas las partes cuando se trata de un acto administrativo de carácter particular como es el de adjudicación de un contrato.

¹⁰⁴ Sobre la observancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de aspectos procedimentales esta Corporación ha señalado: “Adicional a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina¹⁰⁴.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 24 de septiembre de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 50001-23-31-000-2011-00586-01 (44050).

¹⁰⁵ Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; párr.25.

¹⁰⁶ Corte I.D.H., *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 28 y Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 130, párr. 118.

¹⁰⁷ *Cfr. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131, y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 183, párr. 78.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Reverón vs Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009.



Aunque cierto es que en este tipo de acciones, en línea de principio, no habría lugar a efectuar un pronunciamiento respecto de los derechos subjetivos de alguna de las partes de la controversia, la Sala se ve abocada a abordar esta cuestión por cuanto el *a-quo* ordenó devolver a la demandante una suma de dinero sin que este aspecto haya sido objeto del debate procesal y, lo que es más grave, dándole un efecto retroactivo a la declaratoria de nulidad del acto demandado.

En consecuencia, se ve compelida la Sala, conforme a los postulados constitucionales y convencionales habilitantes, a abordar el punto resolutivo segundo dictado por el Tribunal, pues habida cuenta que no se tiene certeza sobre el pago de una suma de dinero efectuada por la demandada a favor del Municipio de Pereira, pero siendo claro que el Juez Contencioso no puede pasar por alto este punto ya que ello equivaldría a crear una situación de incertidumbre entre las partes, contraria a la seguridad jurídica, se ordenará al Municipio de Pereira iniciar inmediatamente las actuaciones administrativas o judiciales que sean del caso tendientes a determinar las sumas de dinero que deban ser o no devueltas en virtud del acto declarado nulo, junto con los intereses y actualización que pudieron haberse causado o no, a favor de la señora Elizabeth Hoyos Castaño.

3. COSTAS

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, observa la Sala que todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil, toda vez que para el momento en que se profiere el fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que, como en el caso de autos, hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, tal y como quedó debidamente acreditado.

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



FALLA

MODIFICAR la sentencia proferida por el por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda del 14 de diciembre de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, la cual quedará en los siguientes términos:

PRIMERO: CONFIRMAR la nulidad de la Resolución No. 3778 del 2 de septiembre de 2008 del Municipio de Pereira, por medio de la cual se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 50 de 2008”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda del 14 de diciembre de 2012 en la que se ordenó al Municipio de Pereira, a devolver la suma cancelada en virtud del acto declarado nulo, junto con los intereses causados por la misma, a la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO, en su lugar **ORDENAR** al Municipio de Pereira, iniciar inmediatamente las actuaciones administrativas o judiciales que sean del caso tendientes a determinar las sumas de dinero que deban ser o no devueltas en virtud del acto declarado nulo, junto con los intereses y actualizaciones que pudieron haberse causado o no, a la señora ELIZABETH HOYOS CASTAÑO.

TERCERO: ORDENAR compulsar copias íntegras del presente expediente a la Unidad de Delitos Económicos y/o Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada señora Elizabeth Hoyos Castaño.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.



Municipio de Pereira c. Elizabeth Hoyos
Expediente 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830)
Acción de nulidad (lesividad)

57

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente