

ACTOS PRECONTRACTUALES – Control judicial – Acto de adjudicación – Nulidad y restablecimiento del derecho

El mandato original del artículo 87 del Decreto-Ley 01 de 1984 establecía que el control judicial de los actos previos al contrato estatal estaba sujeto y compartía las mismas reglas procesales aplicables a la generalidad de los demás actos administrativos. Así, su enjuiciamiento se debía realizar a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Luego, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se precisó que la impugnación del acto de adjudicación debía promoverse a través de *"la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo"* (párrafo primero del art. 77).

Este aspecto resulta fundamental, pues su consagración y vigencia en el ordenamiento jurídico tendió el puente entre las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aquellas que determinaban el cauce procesal para el ejercicio de las acciones respectivas, todo lo anterior, de cara a las finalidades sustanciales de preservación de los contratos estatales –incluida su base fundamental que descansa en el acto de adjudicación– como lo prevé el citado estatuto. De este modo, cuando la norma definió que la adjudicación sólo podía ser atacada por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que hizo fue afirmar su naturaleza de acto administrativo de carácter particular, y destacar que sus efectos estaban dirigidos a dotar de carácter irrevocable aquel acto, como generador de un estatus jurídico a favor del adjudicatario para celebrar el contrato.

NULIDAD ACTO DE ADJUDICACIÓN – Acción – Nulidad y restablecimiento del derecho

Con el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el art. 87 del CCA, se precisó que los actos previos al contrato estaban sujetos al ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, *según el caso*, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación y publicación. Al lado de lo anterior, señaló que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

Resulta pertinente resaltar que, cuando el legislador utilizó la expresión **"según el caso"**, tal mención no se dirigió a dar a entender que la elección de uno u otro mecanismo quedaba al arbitrio del demandante, o que pudiera aplicarse de forma supletiva o por descarte. El sentido de tal precisión apuntó a identificar la existencia de dos instituciones procesales perfectamente diferenciadas en sus elementos, alcance y fines, cuya escogencia anida en el interés del demandante al activar la jurisdicción, y enmarca la posición que asume en el proceso en función de sus pretensiones.

[...]

El reconocimiento de la finalidad que persiguen las referidas acciones no se restringe a la mera denominación del instrumento procesal que las distingue entre sí. A partir de ello se alzan varias características inherentes a cada una y, por ende, a su correcta elección. Entonces, si se acudía a la jurisdicción con el único objetivo de confrontar la legalidad del acto administrativo frente al ordenamiento jurídico, la *acción de nulidad* (art. 84 del CCA) despuntaba ser la idónea; y cuando la persona *"se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica"*, y pida *"que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho"*, la *acción de nulidad y restablecimiento del derecho* se constituía en el mecanismo admisible, al debatir un derecho subjetivo del actor afectado. La jurisprudencia de esta Corporación precisó que la nulidad del acto de adjudicación *"conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa"*.

[...]

Esta Sección, en decisiones anteriores, ha señalado que como el acto de adjudicación puede acarrear la vulneración de derechos a sujetos determinados, solo puede cuestionarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante el contencioso objetivo de legalidad, puesto que *"al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación"*.

En el caso concreto, la Sala advierte que el vehículo procesal utilizado por los actores –simple nulidad– no es idóneo para cuestionar la resolución de adjudicación objeto del *sub-lite*, al tratarse del acto constitutivo de un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, de modo que la motivación excede el mero control abstracto de la legalidad. Esta exigencia no entraña un cariz meramente formal, sino que es coherente con los elementos que estructuran las bases mismas del proceso.

NULIDAD ACTO DE ADJUDICACIÓN – Legitimación en la causa por activa – Características – Constatación oficiosa por parte del juez - Nulidad y restablecimiento del derecho

La legitimación constituye un presupuesto para obtener decisión de fondo, en virtud del cual se verifica que quien demanda ostenta la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate. Este instituto transita por dos niveles (i) la de hecho que surge a partir del momento en que se traba la litis y se define a partir de quienes componen los extremos del litigio, por lo que se origina del despliegue de un acto procesal; y (ii) la material, conforme a la cual se establece

si existe o no una relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que esta fórmula o la defensa que aquella realiza.

En esa medida, la legitimación se alza como un elemento material para obtener una sentencia estimatoria, en tanto constituye un aspecto sustancial que se debe verificar para el éxito de la pretensión, razón por la cual procede su constatación de forma oficiosa por parte del fallador, sin que la ley determine un obstáculo para el efecto –como sí ocurre con las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben ser expresamente alegadas por las partes (art.306 CPC)

Sobre el tema que concierne a este asunto, esta Sección ha establecido que la legitimación para debatir la legalidad del acto de adjudicación no se concibe en cabeza de sujetos ajenos al proceso de selección que simplemente busquen el control abstracto sobre el mismo, por cuanto *“serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado”*.

Tal aserto fue decantado por la jurisprudencia que precisó el entendimiento de estas disposiciones, al advertir que resultaba una contradicción que la Ley 446 de 1998, de un lado, restringiera la titularidad para solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal pero, a la vez, se entendiera que ampliaba la aptitud para cuestionar el acto de adjudicación a cualquier sujeto, en perjuicio de la estabilidad y conservación del negocio jurídico derivado de dicho acto de cierre del proceso de selección.

En conclusión, la discusión del acto de adjudicación es un asunto que se ventila a través del contencioso subjetivo de anulación, y su legitimación por activa, respecto de terceros, reside en quienes demuestren un interés concreto, personal y directo en ello –no la mera defensa de la legalidad– es decir, quienes formularon propuesta y no fueron seleccionados. Sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, era posible, a través de la acción contractual, pretender la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos previos, como el de adjudicación.

En el sub-lite, los actores no cumplen el presupuesto de la legitimación, por cuanto no fueron proponentes dentro de la licitación pública [...] ni tampoco expresaron, ni se puede inferir, la trasgresión o lesión a un derecho subjetivo del que sean titulares; únicamente reclamaron el amparo del orden jurídico objetivo, al sostener que por medio de la resolución de adjudicación se vulneraron las previsiones del POT del municipio, lo que deja entrever la falta de vocación de aquellos para ejercer la acción intentada, lo cual conduce a la Sala a emitir una decisión en tal sentido.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 68001233100020110042301 (72.633)
Demandantes: Omar de Jesús Aristizábal y otros
Demandado: Municipio de San Juan Girón
Medio de control: Nulidad - CCA
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD Y DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – la escogencia de una u otra depende del interés del sujeto que ejerce el derecho de acción / ACTO DE ADJUDICACIÓN – la nulidad simple no es el mecanismo procesal apto para discutir este tipo de actos – la acción idónea para su enjuiciamiento es la de nulidad y restablecimiento, según las Leyes 80 de 1993 y 446 de 1998 / NULIDAD ACTO DE ADJUDICACIÓN – Titularidad de la acción. Legitimación, reiteración jurisprudencial.

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda.

El debate se centra en determinar si procede la nulidad de la resolución de adjudicación de una licitación pública.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 11 de julio de 2024, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de la Resolución No. 1225 del 27 de mayo de 2011, proferida por el demandado¹.
2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 8 de junio de 2011² por los señores Omar de Jesús Aristizábal, José Luis Arango Cano y José Robinson García Medina³ (en adelante los demandantes o la parte actora) contra el municipio de San Juan Girón (en adelante el municipio, la entidad o el demandado), cuya pretensión y fundamentos fácticos y jurídicos se enuncian a continuación.

Pretensión

3. La parte actora solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución 1225 del 27 de mayo de 2011, a través de la cual el municipio adjudicó la licitación pública SI-003-2011 a la sociedad Serrano Gómez y Construcciones Ltda. –SERGOM–.

¹ Sin condena en costas por la primera instancia.
² Índice 2, SAMAI, archivo: "00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf", fls.122
³ Quienes actúan en nombre propio, de conformidad con lo consagrado en el art. 84 del CCA, que establece: "Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos ...".

Fundamentos fácticos y jurídicos

4. El municipio ordenó la apertura de la licitación pública SI-003-2011, para el mejoramiento y adecuación de la carrera 26 entre calles 36 y 43 del barrio El Poblado, la cual fue adjudicada a SERGOM mediante la Resolución 1225 del 27 de mayo de 2011.

5. Como base del reclamo, se adujo la vulneración del art. 313.7 de la Constitución Política, y de los arts. 4, 24, 25 y 26 de la Ley 388 de 1997 que determinan como funciones de los concejos municipales reglamentar el uso del suelo y aprobar el POT. Lo anterior, con fundamento en que el acto enjuiciado dejó sin efecto la norma urbanística relativa a la existencia de parqueaderos públicos y privados –art. 375 del POT–, pues el alcance de tal licitación establecía la conversión de dichas locaciones en andenes, sin contar con la autorización del concejo municipal y sin agotar su socialización con la comunidad.

Trámite de primera instancia

6. Mediante proveído del 15 de junio de 2012⁴, el *a quo* admitió la demanda⁵; a su turno, negó la petición de suspensión provisional del acto enjuiciado y ordenó la vinculación del municipio y de SERGOM (adjudicataria del proceso de selección⁶), quienes fueron debidamente notificados⁷, sin contestar la demanda.

Alegatos en primera instancia

7. Surtido el debate probatorio⁸, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para rendir concepto⁹, sin pronunciamiento alguno¹⁰.

Fundamentos de la sentencia impugnada¹¹

⁴ Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fls.145 a 148.

⁵ En auto del 31 de agosto de 2015, el *a quo* admitió la adición de la demanda (Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fl.168). Luego, dicha Corporación citó a las partes para la realización de audiencia de reconstrucción, toda vez que “*revisado el expediente en su totalidad, se observa que dentro del mismo no obra escrito de adición de la demanda*” (Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fl.179). Tal diligencia se efectuó el 24 de mayo de 2017, a la que no asistió la demandada, y respecto de la cual el municipio manifestó que no tenía conocimiento “... *de la existencia de la adición de la demanda y por lo tanto esta nunca nos fue notificada*” (Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fl.181). Finalmente, en providencia del 25 de febrero de 2019, el Tribunal dejó sin efectos todo el trámite atinente a la reconstrucción del expediente, “*al verificarse la integridad de los soportes documentales que lo componen [al expediente] con la secuencia ininterrumpida en su foliatura*” (Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fl.183). En efecto, al examinar el plenario la Sala observa que el expediente está completo, así que no hay lugar a colegir la ausencia de un escrito de reforma de la demanda; además, el municipio nunca conoció de éste y los actores tampoco se pronunciaron sobre su supuesta pérdida, lo cual ratifica la decisión del *a quo* de tenerlo íntegro.

⁶ Al respecto, dijo: “... *por verse directamente interesada en el resultado de este proceso la Sociedad Serrano Gómez y Construcciones Ltda. ‘SERGOM’, la cual resultó (sic) favorecida con la adjudicación en el proceso de Licitación Pública, deberá vincularse al presente de acuerdo a lo establecido en el artículo 207 numeral 3 y notificársele conforme se establece en la norma en comento*”.

⁷ Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fls.160 y 166.

⁸ En auto del 25 de febrero de 2019, el Tribunal abrió a pruebas el proceso. Allí incorporó las documentales allegadas por los actores –índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fls.11 a 90– (índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fl.183).

⁹ Índice 2, SAMAI, archivo: “00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf”, fl.185.

¹⁰ En escrito del 10 de junio de 2025, el Tribunal certificó que las partes no presentaron alegaciones en el curso de la primera instancia –índice 31, SAMAI–.

¹¹ Índice 2, SAMAI, archivo: “03. (11 Jul 24) Sentencia de primera instancia”.

8. El *a quo* declaró la nulidad de la resolución enjuiciada. Indicó que no se demostró la socialización del proyecto antes de proferir la resolución debatida¹². Argumentó que el municipio convocó a una reunión para informar sobre la obra después de la expedición de ese acto –27 de mayo de 2011–, reunión que fue meramente informativa, pues se limitó a comunicar que la obra iniciaría el 29 de julio siguiente¹³.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN¹⁴

9. El municipio solicitó revocar la sentencia de primer grado. En su lugar, pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a los actores, bajo los siguientes argumentos:

10. (i) El Tribunal apreció las pruebas referentes a la socialización del proyecto como si se tratara del trámite de revisión excepcional del POT, pese a que la resolución enjuiciada se dictó en el marco de una licitación pública, lo que no significaba una modificación o revisión de aquél, de modo que las pruebas aludidas por el *a quo* son inconducentes para sustentar la decisión judicial.

11. (ii) Aplicación de una norma improcedente. El *a quo* analizó el trámite para modificar el POT, aun cuando el acto cuestionado no tiene ese propósito ni es equiparable con una determinación en ese sentido, en tanto se ciñe a la adjudicación de una obra pública para intervenir una zona vial del municipio.

12. (iii) Omisión en especificar el vicio constitutivo de nulidad, dado que el Tribunal no explicó si el acto se expidió sin competencia, con falsa motivación o desviación de poder, de forma irregular, o con infracción de normas superiores.

13. (iv) Vulneración del debido proceso, por indebida motivación de la sentencia.

Trámite en segunda instancia

14. Esta Corporación admitió la apelación en proveído del 30 de abril de 2025¹⁵. En auto del 27 de mayo siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto¹⁶. El municipio insiste en las razones de su alzada¹⁷.

15. El Ministerio Público pide revocar la sentencia impugnada¹⁸. Sostiene que el examen de los documentos precontractuales no permite colegir que la licitación pública SI-003-2011 tuviera el propósito eliminar las bahías de los parqueaderos públicos para

¹² Sobre el particular, mencionó que los arts. 24 y 25 de la Ley 388 de 1998 consagran que para la aprobación y formulación del POT es necesario agotar unas etapas de concertación entre la autoridad ambiental, la junta metropolitana y el consejo territorial de planeación. A su vez, las sesiones de los concejos municipales en esa materia deben celebrarse a través de un cabildo abierto, al que asisten quienes tengan un interés en el asunto.

¹³ Indicó que “*la parte actora aportó el periódico Vanguardia Liberal del jueves 28 de julio del 2011 que en su página 4D contiene reportaje ‘Comunidad se opone a la adecuación de la carrera 26’, y en el párrafo sexto dice: ‘el viernes o el lunes comenzarán las obras’, la secretaria de infraestructura Paola Santos, asegura que las obras comenzarían el viernes 29 de julio o el lunes de la siguiente semana’*”.

¹⁴ Índice 2, archivo: “05. (31 de jul 24) Memorial ddo presente recurso de apelación”.

¹⁵ Índice 10, SAMAI.

¹⁶ Índice 23, SAMAI.

¹⁷ Índice 32, SAMAI.

¹⁸ Índice 33, SAMAI.

construir andenes, ni que con ello se vulnere la norma urbanística para el barrio El Poblado. No se logra determinar que mediante el acto enjuiciado se persiga modificar el POT, de modo que no era imperativo el trámite específico concebido para la reforma de éste¹⁹.

16. Los demandantes y SERGOM guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

17. El centro del debate en la segunda instancia apunta a determinar si procedía la declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación debatida; para el efecto, la Sala iniciará por precisar la idoneidad del cauce procesal utilizado para activar el derecho de acción en el *sub-lite* –simple nulidad–, seguido por el examen de la legitimación de los actores para cuestionar el acto censurado, conforme a los cánones del Código Contencioso Administrativo, norma procesal bajo la que se instauró la demanda. De constatarse lo anterior, se examinará si los argumentos del *a quo* se basaron en una disposición inaplicable al asunto, junto con la valoración de los insumos aportados al plenario.

Análisis del caso

18. El CCA, a través de las denominadas *acciones*, previó diversos mecanismos para el control judicial de la actividad del Estado. Su escogencia, lejos de tratarse de un asunto discrecional, responde a una estructura diseñada por el legislador en la definición del vehículo adecuado para conducir las pretensiones, que está hilado al interés del actor y al objeto del proceso.

19. En este contexto, el sistema normativo exige la constatación de los presupuestos procesales y, según la causa promovida, asigna una mayor o menor amplitud respecto de la acreditación de tales condiciones en función de determinar los titulares de la legitimación procesal, la oportunidad para presentar la demanda, y los factores asociados a la competencia judicial, según los contenidos debatidos.

20. El *sub-lite* persigue la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1225 del 27 de mayo de 2011, a través de la cual se adjudicó la licitación pública SI-003-2011, para “*el mejoramiento y adecuación de la carrera 26 entre calles 36 y 43 barrio El Poblado*”²⁰, ubicado en el municipio. Como el libelo fue presentado el 8 de junio de 2011 quedó sometió al régimen procesal contenido en el CCA, incluida la reforma de la Ley 446 de 1998²¹ que, entre otros, modificó el art. 87 de ese código, en punto al enjuiciamiento de los actos precontractuales, como el demandado, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

¹⁹ Al respecto, señaló: “... para el Ministerio Público carece de razonabilidad que el Tribunal de primera instancia aplicara tal normativa [la concerniente a la modificación o revisión de los POT], pues incurre en un defecto sustantivo debido a que, equipara que las etapas que se llevan a cabo para la modificación o revisión del POT son las mismas etapas que se deben agotar para desarrollar una licitación de un contrato de obra pública”.

²⁰ Índice 2, SAMAI, archivo: 00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf, fls.11 a 14

²¹ Que cobró vigencia desde el 7 de julio de 1998.

(...)

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

21. El mandato original del artículo 87 del Decreto-Ley 01 de 1984 establecía que el control judicial de los actos previos al contrato estatal estaba sujeto y compartía las mismas reglas procesales aplicables a la generalidad de los demás actos administrativos. Así, su enjuiciamiento se debía realizar a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Luego, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se precisó que la impugnación del acto de adjudicación debía promoverse a través de *“la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”* (parágrafo primero del art. 77).
22. Este aspecto resulta fundamental, pues su consagración y vigencia en el ordenamiento jurídico tendió el puente entre las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aquellas que determinaban el cauce procesal para el ejercicio de las acciones respectivas, todo lo anterior, de cara a las finalidades sustanciales de preservación de los contratos estatales –incluida su base fundamental que descansa en el acto de adjudicación– como lo prevé el citado estatuto. De este modo, cuando la norma definió que la adjudicación sólo podía ser atacada por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que hizo fue afirmar su naturaleza de acto administrativo de carácter particular, y destacar que sus efectos estaban dirigidos a dotar de carácter irrevocable aquel acto, como generador de un estatus jurídico a favor del adjudicatario para celebrar el contrato.
23. Esta interpretación es acorde con el contexto normativo y conduce a considerar que, si el legislador quiso regular de manera específica la acción procedente contra el acto de adjudicación, dejando de mencionar otras como se hacía anteriormente, su intención inequívoca fue la excluir la aplicación del medio de control de nulidad frente al acto que adjudica un contrato.
24. Con el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el art. 87 del CCA, se precisó que los actos previos al contrato estaban sujetos al ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, *según el caso*, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación y publicación. Al lado de lo anterior, señaló que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.
25. Resulta pertinente resaltar que, cuando el legislador utilizó la expresión ***“según el caso”***, tal mención no se dirigió a dar a entender que la elección de uno u otro mecanismo quedaba al arbitrio del demandante²², o que pudiera aplicarse de forma

²² Así lo ha afirmado esta Corporación, al señalar que *“Un correcto entendimiento del alcance de la expresión “según el caso”, ubicada a continuación de la indicación de que las acciones idóneas para enjuiciar los actos que se producen antes de la celebración del contrato son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lleva a concluir sin mayor dificultad que serán los efectos de la sentencia, meramente anulatorios, o además de*

supletiva o por descarte. El sentido de tal precisión apuntó a identificar la existencia de dos instituciones procesales perfectamente diferenciadas en sus elementos, alcance y fines, cuya escogencia anida en el interés del demandante al activar la jurisdicción, y enmarca la posición que asume en el proceso en función de sus pretensiones.

26. Una y otra acción tienen como punto de encuentro el control de legalidad de los actos proferidos por la Administración. Su distinción estriba, principalmente, en la identificación del móvil o causa que determina el accionar del demandante, el cual, según el juicio promovido, define si se está en presencia del contencioso objetivo o del subjetivo de legalidad.

27. Sobre la necesidad de marcar tal separación, desde mitad del siglo XX el Consejo de Estado se ha pronunciado en orden a distinguir estas acciones a propósito de los fines que las sustentan. Así, la simple nulidad *“sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción (...) la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda [la nulidad y restablecimiento del derecho], más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura, dentro del llamado por la ley ‘restablecimiento del derecho’, no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial”*²³.

28. De modo que cuando se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el único fin de preservar la legalidad de la actividad administrativa, en procura salvaguardar el orden jurídico, a través de unas pretensiones que no tratan sobre una situación particular y específica, sino se refieren a una mera comparación objetiva del acto con el marco normativo al cual ha debido ajustarse, el instrumento procesal pertinente corresponde al de la simple nulidad.

29. Por otra parte, si la motivación de la contienda no se ciñe a la tutela de la legalidad abstracta, sino que busca constatar la presunta afectación del derecho particular resguardado mediante la norma de mayor jerarquía, el juez se ubicará en una controversia de índole subjetivo, para la cual el vehículo procesal idóneo corresponde al de nulidad y restablecimiento del derecho.

30. El reconocimiento de la finalidad que persiguen las referidas acciones no se restringe a la mera denominación del instrumento procesal que las distingue entre sí. A partir de ello se alzan varias características inherentes a cada una y, por ende, a su correcta elección. Entonces, si se acudía a la jurisdicción con el único objetivo de confrontar la legalidad del acto administrativo frente al ordenamiento jurídico, la *acción de nulidad* (art. 84 del CCA) despuntaba ser la idónea; y cuando la persona *“se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica”*, y pida *“que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho”*²⁴, la acción de

restablecimiento del derecho, los que a su vez son congruentes con el contenido de las pretensiones que permiten una y otra acción, lo que determina la acción a intentar, con las consecuencias propias de las exigencias que para su formulación establece la norma, tales como: presentación oportuna, agotamiento de vía gubernativa y legitimación en causa” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, radicación: 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936) Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio).

²³ Nota original: “Sent. 1º de diciembre 1959, tomo LXII, núms. 387-391, pag. 55”, citada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia 4 de marzo de 2003, radicación 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

²⁴ Artículo 85 del CCA: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar

nulidad y restablecimiento del derecho se constituía en el mecanismo admisible, al debatir un derecho subjetivo del actor afectado. La jurisprudencia de esta Corporación precisó que la nulidad del acto de adjudicación *“conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa”*²⁵.

31. En relación con la oportunidad para el ejercicio de tales acciones, la Ley 446 de 1998 estableció un término especial de 30 días para demandar los actos previos a la celebración del contrato, en cualquiera de las dos vías señaladas, siendo la respuesta que el ordenamiento jurídico brindó a los innumerables ataques que sin horizonte de tiempo (acción de nulidad) y sin un interés subjetivo real (nulidad y restablecimiento) afectaban los procedimientos de selección y la conservación negocio jurídico mismo. Este razonamiento fue confirmado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del reformado artículo 87 del CCA²⁶.

32. Luego de la modificación de la Ley 446 de 1998, el art. 87 CCA garantizaba la protección de los derechos de los terceros interesados en el proceso de selección, a la vez que confería salvaguarda al instrumento negocial, al indicar que una vez suscrito el contrato la titularidad para cuestionarlo vía pretensión de nulidad absoluta, quedaba radicada únicamente en las partes, en el Ministerio Público, en el juez, o en un tercero que acredite una motivación directa en esa solicitud.

33. Del análisis de estas normas, despunta con claridad que la *acción de nulidad* estaba disponible cuando el interés del actor persiguiera únicamente la preservación de la legalidad en abstracto que se aduce vulnerada por la actuación de la administración (línea que se mantiene en la obra procesal vigente); al paso que la *acción de nulidad y restablecimiento* *“propende por la garantía de los derechos subjetivos de los particulares mediante la restitución de la situación jurídica de la persona afectada, ya sea a través de una reintegración en forma específica, de una reparación en especie o de un resarcimiento en dinero”*²⁷; estas características, analizadas bajo la doctrina de los móviles y finalidades, han permitido centrar la distinción entre ambos medios de impugnación en función de *“la naturaleza de la pretensión que se formule, o lo que es igual, por la clase de solicitud o de petición que se haga ante el órgano jurisdiccional”*²⁸.

que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, radicación: 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936) Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ *“... Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio”.* Corte Constitucional, Sentencia C-1048 de 2001.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 426 del 29 de mayo de 2002.

²⁸ Ibidem.

34. Esta Sección, en decisiones anteriores²⁹, ha señalado que como el acto de adjudicación puede acarrear la vulneración de derechos a sujetos determinados, solo puede cuestionarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante el contencioso objetivo de legalidad, puesto que *“al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación”*³⁰.

35. En el caso concreto, la Sala advierte que el vehículo procesal utilizado por los actores –simple nulidad– no es idóneo para cuestionar la resolución de adjudicación objeto del *sub-lite*, al tratarse del acto constitutivo de un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, de modo que la motivación excede el mero control abstracto de la legalidad. Esta exigencia no entraña un cariz meramente formal, sino que es coherente con los elementos que estructuran las bases mismas del proceso.

36. Aun así, si la Sala adecua el medio de control a la vía pertinente, nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto acusado, encuentra que los demandantes carecen de legitimación para promover el presente asunto. Las razones son las siguientes.

37. La legitimación constituye un presupuesto para obtener decisión de fondo, en virtud del cual se verifica que quien demanda ostenta la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate. Este instituto transita por dos niveles (i) la de hecho que surge a partir del momento en que se traba la *litis* y se define a partir de quienes componen los extremos del litigio, por lo que se origina del despliegue de un acto procesal; y (ii) la material, conforme a la cual se establece si existe o no una relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que esta fórmula o la defensa que aquella realiza³¹.

38. En esa medida, la legitimación se alza como un elemento material para obtener una sentencia estimatoria, en tanto constituye un aspecto sustancial que se debe verificar para el éxito de la pretensión, razón por la cual procede su constatación de forma oficiosa por parte del fallador, sin que la ley determine un obstáculo para el efecto –como sí ocurre con las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben ser expresamente alegadas por las partes (art.306 CPC)³²–.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, radicación 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ Ibidem.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, expediente 16837, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³² *“Como de tiempo atrás lo ha reiterado esta Corporación, la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediabilmente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo. Por tal razón, el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, contrariamente a lo que parece entender el recurrente, no consagra talanquera alguna que le impida al juez decidir de manera oficiosa sobre la legitimación de las partes, aspecto éste que, como ya se dijera, por constituir una de las condiciones de prosperidad de toda reclamación judicial, está siempre obligado a examinar con miras a decidir sobre su concesión (...), toda vez que el aludido precepto solamente restringe esa facultad en lo que concierne con las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, las cuales, como es sabido, comportan un poder del demandado encaminado a aniquilar la pretensión del actor, de manera que ésta subsistirá solamente si aquél se abstiene de ejercer su derecho potestativo. (...) No se observa, pues, que el sentenciador ad quem hubiese declarado probada una excepción que no le fuera propuesta sino que, puesto en*

39. Sobre el tema que concierne a este asunto, esta Sección ha establecido que la legitimación para debatir la legalidad del acto de adjudicación no se concibe en cabeza de sujetos ajenos al proceso de selección que simplemente busquen el control abstracto sobre el mismo, por cuanto *“serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado”*³³.

40. Tal aserto fue decantado por la jurisprudencia que precisó el entendimiento de estas disposiciones, al advertir que resultaba una contradicción que la Ley 446 de 1998, de un lado, restringiera la titularidad para solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal pero, a la vez, se entendiera que ampliaba la aptitud para cuestionar el acto de adjudicación a cualquier sujeto, en perjuicio de la estabilidad y conservación del negocio jurídico derivado de dicho acto de cierre del proceso de selección.

41. En conclusión, la discusión del acto de adjudicación es un asunto que se ventila a través del contencioso subjetivo de anulación, y su legitimación por activa, respecto de terceros, reside en quienes demuestren un interés concreto, personal y directo en ello –no la mera defensa de la legalidad– es decir, quienes formularon propuesta y no fueron seleccionados. Sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, era posible, a través de la acción contractual, pretender la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos previos, como el de adjudicación³⁴.

42. En el *sub-lite*, los actores no cumplen el presupuesto de la legitimación, por cuanto no fueron proponentes dentro de la licitación pública SI-003-2011, ni tampoco expresaron, ni se puede inferir, la trasgresión o lesión a un derecho subjetivo del que sean titulares; únicamente reclamaron el amparo del orden jurídico objetivo, al sostener que por medio de la resolución de adjudicación se vulneraron las previsiones del POT del municipio, lo que deja entrever la falta de vocación de aquellos para ejercer la acción intentada, lo cual conduce a la Sala a emitir una decisión en tal sentido.

43. Por virtud de lo acabado de mencionar, la Sala constata que los fundamentos aducidos contra el acto de adjudicación *sub examine* realmente corresponden a reproches contra el pliego de condiciones, que no fue demandado por el actor. Los fundamentos del libelo estuvieron dirigidos a refutar las bases legales del proceso de selección, al señalar que las obras viales objeto de contratación contravenían la norma urbanística relativa a la existencia de parqueaderos públicos y privados (art. 375 del POT). Comoquiera que la censura del actor se sustentó en que el alcance de la licitación era ilegal en tanto establecía la conversión de los parqueaderos del barrio El Poblado en andenes, y que para su trámite no se contó con la autorización del concejo municipal, ni se llevó a cabo la socialización previa del proyecto con la comunidad, es

la tarea de verificar la adecuada presencia de los presupuestos que condicionan la prosperidad de la pretensión resolutoria, advirtió que uno de ellos no se configuraba, justamente aquel que legitima al demandante cumplido, por lo que absolvió a los demandados” (CSJ, S039-2002 [6139], 2002, 14 mar.).

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, radicación 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁴ Ibidem.

evidente que los cargos aducidos atañen a un juicio promovido contra un acto que no fue demandado.

44. Finalmente, es de señalar que los demandantes tampoco cumplieron la carga probatoria que les incumbía en aras de obtener la prosperidad de su súplica, pues se limitaron a aseverar que mediante la resolución enjuiciada se contravino el POT en punto a la existencia de parqueaderos en el citado barrio, sin especificar de qué modo el objeto de la licitación pública desconoció la norma urbanística en la materia. No demostró que mediante el acto debatido se hubiere modificado o alterado el POT y que por esa razón se hubieren tenido que adelantar los trámites especiales previstos en la ley para el efecto, entre los cuales, afirmaron se encontraba su socialización previa con la comunidad afectada, comoquiera que, se insiste, el objeto de la licitación pública SI-003-2011 se circunscribió a la adecuación y mejoramiento de la carrera 26 entre calles 36 y 43 en el barrio El Poblado, sin que de ese aserto y del examen los estudios previos³⁵ y pliegos de condiciones³⁶ del proceso de selección se pueda colegir un cambio o modificación en la norma urbanística de la entidad territorial.

45. Por consiguiente, se revocará la sentencia recurrida y, en su lugar, se declarará la falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes.

Costas

46. En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 11 de julio de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, se dispone:

“PRIMERO- Declarar la falta de legitimación material en la causa por activa de los señores Omar de Jesús Aristizábal, José Luis Arango Cano y José Robinson García Medina, para promover el asunto de la referencia

SEGUNDO Como consecuencia, ***NEGAR*** la pretensión de la demanda.

TERCERO. Sin condena en costas”.

SEGUNDO. SIN CONDENA en costas a las partes.

³⁵ Índice 2, SAMAI, archivo: 00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf, fls.15 a 22

³⁶ Índice 2, SAMAI, archivo: 00.EXPEDIENTE DIGITAL.pdf, fls.23 a 110



Expediente	68001233100020110042301 (72.633)
Demandante:	Omar de Jesús Aristizábal y otros
Demandado:	Municipio de San Juan Girón
Referencia:	Nulidad

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.

