

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Imprudencia contra actos precontractuales. Acto de apertura de licitación pública / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Imprudencia contra acto de apertura de licitación pública

Si bien no existió uniformidad en la postura jurisprudencial acerca de la acción, se resalta que respecto de los llamados actos precontractuales - excepto el de adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación y el acto emanado de las Cámara de Comercio que decide la impugnación del registro de proponentes- se aceptó que fueran demandados bien a través de la acción contractual o de la acción de simple nulidad, pero en momento alguno que lo fueran a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) en tanto la procedencia de una u otra acción y su elección, a cargo de la parte actora, tiene que ver con el debido proceso del demandado, su indebida escogencia no puede consistir en un simple defecto formal de la demanda, entendida ésta como el instrumento a través del cual se ejerce el derecho de acción, es decir, como un mecanismo que da lugar al inicio del proceso judicial, en aras de obtener la definición del asunto sometido al conocimiento del juez.

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la escogencia de la acción contractual contra actos precontractuales ver sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 19777 y auto de 29 de junio de 2000, exp.16602.

INEPTITUD DE LA DEMANDA - Indebida escogencia de acción contenciosa

Las normas legales han establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal conocido como "*demanda en forma*" y por ello, no cualquier escrito denominado "*demanda*" pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, por cuanto resulta necesario cumplir con los requisitos que ha dispuesto el ordenamiento jurídico con el propósito de configurar una demanda en debida forma. Cuando falta alguno de los presupuestos de la demanda, como ocurre, por ejemplo, cuando no se escoge adecuadamente la acción procedente, se configura lo que se conoce como ineptitud sustantiva de la demanda, que impide al juez se pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones formuladas por la parte actora. (...) En el presente caso el demandante solicitó la nulidad de la Resolución número 421 de septiembre 22 de 1997 -mediante la cual se ordenó la apertura del procedimiento administrativo de contratación directa- a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; así pues, de conformidad con lo antes expuesto, la Sala revocará en ese punto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo a quo y se inhibirá para fallar de fondo esa pretensión, en razón de la ineptitud sustantiva de la demanda por la indebida escogencia de la acción.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la indebida escogencia de la acción declina en ineptitud de la demanda, ver sentencias: 30 de noviembre de 2006, exp. 18059; 18 de abril de 2010, exp. 18530; 14 de abril de 2010, exp. 17311 y auto de 6 de agosto de 1997, exp. 13495.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL O PRINCIPIO DE LA BONA FIDES - Las partes deben actuar con lealtad procesal / COPIAS AUTENTICAS - Expedición de copias por entidad que produjo las decisiones / DOCUMENTOS - Tacha de falsedad / PRUEBAS - Copias simples aportadas a proceso. Copias simples expedidas por entidad pública

El principio de la *bona fides*, tanto la Administración como el administrado tienen la obligación de actuar con lealtad en cualquier etapa o evento de sus relaciones; así pues, cuando se solicita a la entidad pública que profirió un determinado acto administrativo que lo aporte a un proceso, se tiene la confianza legítima en que ésta allegará lo solicitado de conformidad con las exigencias normativas y no tendría por qué hacerlo de otra forma; por ende, en el evento de que al proceso se aporte ese acto o cualquier otro documento que tenga su génesis en la misma entidad que lo allega, éste deberá considerarse como auténtico, toda vez que no cabe esperar de la Administración Pública una conducta diferente a que la copia aportada sea fidedigna respecto de su original, pues quién más que ella misma para constatar y dar cuenta de su veracidad al punto de que la propia entidad pública se encuentra legalmente autorizada para autenticar los documentos que reposan en sus archivos y expedir copias válidas de los mismos. (...) estos documentos podrán ser tachados de falsedad en el proceso, de acuerdo con el artículo 252 del C. de P. C., pero mientras ello no ocurra, las copias simples aportadas por la misma entidad que creó o produjo los actos o documentos originarios, se reputarán auténticas. Al tema se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera, en los siguientes términos:

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema ver también: Corte Constitucional, sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15469.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA – Demostración de la representación legal de un consorcio o sociedad. Copia auténtica / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA – Allegó copias simples. Falta de legitimación material y procesal para actuar en un proceso

Cuando se hace referencia a los requisitos de la pretensión se alude al titular o titulares de los derechos que se reclaman -legitimatío ad causam-, mientras que los requisitos de la acción se asocian con la capacidad para presentarse en juicio con el propósito de hacer valer tales derechos -legitimatío ad processum-. (...) la legitimación material supone “la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio”; pues bien, en el asunto del cual se ocupa la Sala, tal conexión no se acreditó, toda vez que, en primer lugar, no se probó quiénes son los integrantes de la asociación demandante, en tanto no se allegaron al proceso en copia auténtica los documentos que lo acreditaran, toda vez que la propuesta que habría sido presentada para participar en la cuestionada licitación pública se arrimó al expediente en copia simple (...) tampoco se acreditó la condición e identificación del presunto representante, (...) en tanto el pretendido “DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DE UN CONSORCIO” (...) mediante el cual se le habría otorgado poder para representar al consorcio, se allegó al proceso en copia simple, por lo cual no fue posible saber si en realidad este señor tenía, o no, la calidad de representante del consorcio. (...) en este caso el consorcio demandante carece tanto de legitimación material como de legitimación procesal en la causa y, por esa razón, se denegarán las pretensiones de la demanda.”

COSTAS - No condena

El Tribunal Administrativo a quo condenó en costas al supuesto representante del consorcio demandante, no obstante, dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la

imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo dos mil doce (2012)

Radicación número: 73001-23-31-000-1998-06519-01(17589)

Actor: CONSORCIO MULTISERVICIOS LTDA. GALINDO-VARGAS SANCHEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y OTRO

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Multiservicios Ltda.- Galindo – Vargas - Sánchez, contra la sentencia del tres (3) de septiembre de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandada.

“SEGUNDO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

“TERCERO. CONDENAR en costas al demandante GONZALO VARGAS VARGAS, representante del CONSORCIO MULTISERVICIOS LTDA. GALINDO – VARGAS - SÁNCHEZ-.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El Consorcio MULTISERVICIOS LTDA. – GALINDO – VARGAS SÁNCHEZ, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó el día 19 de

diciembre de 1997 demanda ordinaria en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra departamento del Tolima, ante el Tribunal Administrativo del Tolima (folios 4 a 28 del primer cuaderno).

La demanda se adicionó mediante escrito presentado el día 6 de mayo de 1998 y en el mismo se eliminó la pretensión de nulidad absoluta del contrato celebrado con la sociedad Esgamo Ltda., después de lo cual las pretensiones planteadas quedaron de la siguiente manera (folios 31 a 33 del primer cuaderno).

“PRIMERA.- Que son nulas las Resoluciones 297 de julio 15 de 1997, por medio de la cual el Gobernador del Departamento del Tolima, declaró desierta la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997 para la construcción y pavimentación del K0 + 000 – K12 + 000 de la vía Palocabildo – Casablanca – Villahermosa; la No. 322 de agosto 4 de 1997, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución primeramente mencionada, confirmándola en todas sus partes, y la No. 421 de septiembre 22 de 1997 mediante la cual se ordenó contratar directamente el objeto de la citada licitación con la firma Esgamo Ltda., por cuanto fueron expedidas con violación manifiesta de normas superiores y con desviación de poder.

“SEGUNDA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y para efectos del restablecimiento del derecho desconocido a mis mandantes, se condene al Departamento del Tolima al pago de los perjuicios materiales, en su expresión de daño emergente, que se les causó al no haberse adjudicado en su favor la Licitación Pública No. DTST No. 004 de 1997, con motivo de la expedición de los actos acusados, perjuicios que estimo en una suma no inferior a CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$167.865.385.00) M/cte., daño emergente que equivale al valor de la garantía de seriedad de la oferta, tal como lo ha definido para casos similares la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del H. Consejo de Estado en varias decisiones (Sentencia de enero 30 de 1984. Exp.3230. Actor: Francisco Camargo Molano y Sentencia de marzo 4 de 1988. Exp. 5073. Actor: Marcadores de Seguridad Vial. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. J. y D. t. XVII. p.p. 346-350).

“TERCERA.- Que el monto de la indemnización por daño emergente debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano, entre la época en que se causó el daño y la fecha del pago efectivo, conforme lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

“CUARTA.- Que para indemnizar el lucro cesante, se condene al Departamento del Tolima a pagar a mis mandantes intereses sobre el valor del daño emergente actualizado desde la fecha de notificación de la Resolución 297 de julio 15 de 1997 hasta la fecha de la sentencia que ordene la reparación.

“QUINTA.- Que el Departamento del Tolima debe pagar a mis representados intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, e intereses moratorios después de ese término de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

“SEXTA.- Que se condene en costas a la parte demandada.

“PRIMERA SUBSIDIARIA. En caso de no acceder a condenar al Departamento del Tolima al pago de los perjuicios materiales, en su expresión de daño emergente, por el valor equivalente a la garantía de seriedad de la oferta, según lo pedido en la pretensión tercera, que se condene a dicha entidad estatal, por ese mismo concepto, al pago de la cláusula penal pecuniaria prevista en la última parte de la cláusula décima octava de la minuta del contrato anexa al pliego de condiciones de la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997, perjuicios que estimo en una suma no inferior a CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$167.865.385.00) M/cte, tal como lo ha definido para casos similares la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado. (Sentencia de febrero 8 de 1987. Actor: Socovig S.A. Exp. 4694. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta).”

2. Hechos.

En su escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos (folios 6 a 9 del primer cuaderno):

2.1. Que el Gobernador del departamento del Tolima, mediante Decreto No. 446 de abril 18 de 1997, ordenó la apertura de la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997, con el propósito de seleccionar al contratista para la construcción y pavimentación de una vía.

2.2. Que en la mencionada licitación participaron los siguientes proponentes: **i)** sociedad Esgamo Ltda.; **ii)** sociedad Conca y S.A.; **iii)** Consorcio Galán Gómez y **iv)** Consorcio Multiservicios Ltda. – Galindo – Vargas Sánchez.

2.3. Que de conformidad con los informes de evaluación, la única propuesta que cumplía con las exigencias del pliego de condiciones era la presentada por el consorcio demandante, no obstante lo cual ésta fue descartada aduciendo la supuesta presentación de una propuesta alternativa en relación con una fuente de materiales en un área distinta a la señalada en el pliego.

2.4. Que en la respuesta dada a las observaciones formuladas por los proponentes se reconoció por parte del Gobernador del Departamento que la propuesta presentada por el consorcio demandante se ajustaba a las prescripciones del pliego de condiciones.

2.5. Que mediante Resolución No. 297 del 15 de julio de 1997 se declaró desierta la licitación y sin fundamento legal alguno se descartó la propuesta presentada por el actor, con el argumento de que *“dada la importancia del proyecto que se pretende ejecutar y en virtud del principio de selección objetiva...es menester para la entidad contratante conocer varias propuestas hábiles y favorables”*.

2.6. Que el actor interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 297 de 1997, el cual fue resuelto desfavorablemente a través de la Resolución No. 322 del 4 de agosto de 1997, en la cual se expresó, entre otros temas, que la declaratoria de desierta constituía una potestad discrecional de la entidad y que para efectuar la selección era necesario que hubiere concurrencia de varias propuestas hábiles.

2.7. Que mediante Resolución No. 421 de septiembre 22 de 1997, el Gobernador ordenó contratar directamente con la sociedad Esgamo Ltda., un objeto idéntico al

de la licitación declarada desierta, con base en el literal g del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 –declaratoria de desierta de la licitación-.

2.8. Que la propuesta presentada por la sociedad Esgamo Ltda., fue descalificada en la Licitación DTST No. 004 de 1997, además de que esta sociedad presentó una propuesta por un mayor valor que la ofrecida por el actor, con lo cual se evidenciaba que *“la administración utilizó el proceso de licitación como simple instrumento para revestir de apariencia de legalidad su propósito inequívoco de favorecer intereses particulares con ostensible fraude a la ley y, por ende, con desviación de poder”*.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante citó como normas violadas las siguientes:

Constitución Política: artículos 6º, 29, 121 y 209.

Ley 80 de 1993: artículos 3 y 24 (numerales 1 -letra h-, 5 -letra b-, 6 y 8); artículo 25 (numerales 1, 2, 3 y 18); artículos 28, 29 y 30 (numeral 9, 10 y 11).

Decreto 287 de 1996: artículo 12.

Código Contencioso Administrativo: artículo 3.

Pliego de condiciones: regla de adjudicación contenida en el numeral 3.3.1.

En relación con el concepto de violación se expresó, en síntesis, lo siguiente:

i) Aducir como motivo para declarar desierta la licitación la inexistencia de un número plural de propuestas hábiles constituye una flagrante violación de normas legales y reglamentarias y específicamente de los principios de transparencia y de economía en la contratación estatal, según los cuales, si un proponente cumple con las exigencias formuladas en el pliego de condiciones, a éste se le debe adjudicar el contrato.

ii) La declaratoria de desierta de una licitación sólo procede por las causales taxativamente señaladas por el legislador y no puede fundarse en hechos, razones o motivos diferentes a los contenidos en la ley, entre los cuales no se encuentra la exigencia de un número plural de ofertas hábiles.

iii) La Administración en momento alguno *“cuestionó efectivamente la favorabilidad de la única propuesta hábil y arbitrariamente se limitó a señalar que no era favorable porque la importancia del proyecto que se pretendía ejecutar en el contrato objeto de la licitación y en virtud del principio de selección objetiva que debe acompañar todo proceso licitatorio, es menester para la entidad contratante conocer varias propuestas hábiles y favorables para la misma, en procura de determinar una comparación real”*.

iv) La Administración violó la norma del pliego de condiciones contenida en el numeral 3.3.1. del mismo, al no darle cumplimiento al mandato que le imponía la obligación de adjudicar el contrato a la única propuesta hábil –la presentada por el consorcio demandante-, una vez que se hubiere adelantado el procedimiento administrativo de selección.

4. Actuación procesal.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 19 de diciembre de 1997 (fl. 28 C1); mediante auto de 20 de abril de 1998, el Tribunal decretó la admisión de la demanda incoada y, en consecuencia, ordenó la notificación personal al Gobernador del Tolima y al Agente del Ministerio Público; igualmente, el Tribunal dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., y reconoció personería adjetiva al apoderado de la parte actora (folio 29, C1).

El Tribunal Administrativo a quo, a través de auto calendado el 6 de julio de 1999, admitió la adición de la demanda (folio 47 C1).

5. Contestación de la demanda.

Dentro del término de fijación en lista, el apoderado judicial de la parte demandada contestó la demanda; en el escrito presentado negó algunos hechos y aceptó otros y manifestó estarse a lo que se probara en los demás.

Propuso la excepción de inepta demanda, en tanto estimó que el poder otorgado era insuficiente para actuar, como también que no se designaban las partes y sus representantes y que se presentaba una equivocada escogencia de la acción.

También sostuvo que no se había conformado el litisconsorcio pasivo necesario, en tanto no se había vinculado a la sociedad Esgamo Ltda., y que, además, se presentaba una indebida acumulación de pretensiones.

6. Decreto de pruebas.

Mediante auto calendado el 17 de septiembre de 1998 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron aquellas solicitadas por las partes; se aceptaron en su valor legal los documentos aportados con el escrito de la demanda y se reconoció personería adjetiva al apoderado judicial del departamento del Tolima (folios 56 a 58 del C1).

7. Alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de diciembre 10 de 1998, ordenó dar traslado a las partes para que presentasen sus alegatos de conclusión (fl 65 C1), las cuales hicieron entrega de sus respectivos escritos dentro del término legal.

7.1. Alegatos de la parte demandante.

Expresó el demandante que en el proceso se encontraba acreditado que la propuesta por él presentada fue declarada hábil e idónea por la entidad pública demandada y que, no obstante, sin que se hubiese controvertido su favorabilidad, se le privó injusta e ilegalmente del derecho a la adjudicación, con la exigencia de un requisito inexistente, cual es la pluralidad de ofertas hábiles.

Afirmó que también se encontraba demostrado en el proceso que la propuesta presentada por el actor, además de cumplir con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, resultaba ser la más favorable para la entidad.

Sostuvo que con la conducta de la Administración se lesionó el patrimonio del actor, con lo cual *“se comprometió igualmente la responsabilidad patrimonial del Departamento del Tolima”* (folios 66 a 77 C1).

7.2. Alegatos de la demandada.

Insistió en la ineptitud de la demanda, así como en la falta de integración del litisconsorcio pasivo necesario y en la indebida acumulación de pretensiones, con argumentos similares a los expuestos en la contestación de la demanda (folios 78 a 80 C1).

8. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia el día 3 de septiembre de 1999 (fls. 81 a 96, cdno. ppal.), a través de la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandada, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al representante del consorcio demandante.

El Tribunal Administrativo del Tolima consideró que con el escrito de corrección de la demanda, debidamente admitido, desaparecieron *“los fundamentos que originaron los medios exceptivos propuestos”*, por lo cual no tenían vocación de prosperidad.

Expresó el Tribunal Administrativo que la Administración no podía adjudicar el contrato por la inexistencia de por lo menos dos propuestas válidas que permitieran efectuar la equiparación correspondiente. Al respecto expresó lo siguiente:

“Analizada con detenimiento la evaluación realizada por el Comité de Evaluación de propuestas, que originó la declaratoria de desierta de la licitación, es dable concluir que la Administración no podía entrar a adjudicar el contrato de obra civil, por la inexistencia de mínimo dos propuestas válidas que permitieran efectuar la equiparación correspondiente, por cuanto, como se vio, las presentadas por las firmas ESGAMO LTDA. y el Consorcio Central de Pavimentos LTDA. I.C.M. INGENIEROS LTDA. fueron rechazadas, y las sugeridas por el consorcio GALÁN – GÓMEZ y la sociedad CONCAY S.A. fueron descalificadas, lo cual arrojó que la presentada por el Consorcio demandante, con ocasión de haber sido aceptadas sus observaciones, fuera la única favorable, con mayor motivo no se cumplía con el requisito del artículo 29 de la Ley 80 de 1993.”

El Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera salvó el voto, en tanto consideró que en el proceso se encontraba acreditado que el actor cumplió con todos los requisitos del pliego y, en esa medida, *“sus pretensiones estaban llamadas a prosperar, pues en esas condiciones se le debería haber adjudicado la licitación que se declaró desierta”* (folios 97 y 98 cuaderno principal).

9. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fl. 102 cdno. ppal.), el cual fue concedido por el Tribunal a quo, por medio de auto del 20 de septiembre de 1999 (fl. 103, cdno. ppal.).

9.1. Esta Corporación, mediante auto del 9 de febrero de 2000, corrió traslado a la parte demandante para que sustentara el recurso de apelación (folio 108 del cuaderno principal).

9.2. En su escrito de apelación (fl. 109 a 116, cdno. ppal.), la parte actora solicitó la revocatoria de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo a quo y la respuesta favorable a sus pretensiones, con los argumentos que se resumen a continuación:

- Afirmó que la sentencia impugnada desconoció abiertamente la prueba técnica que evidenciaba la favorabilidad de la propuesta presentada por el consorcio demandante y, pese a encontrar probados los hechos que determinaban el derecho a la adjudicación del contrato por parte del actor, sin mayor análisis desestimó las pretensiones de la demanda con el argumento de que no existían al menos dos propuestas hábiles, requisito éste suprimido por la Ley 80 de 1993.
- Reiteró el argumento expuesto tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión de que en tanto la presentada por el actor era la propuesta más favorable, debía resultar adjudicataria, de conformidad con la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

10. Actuación en segunda instancia.

10.1 Esta Corporación, a través de auto del 7 de marzo de 2000, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora por encontrarlo debidamente sustentado (fl. 118, cdno. ppal.) y por medio de auto proferido el 25 de abril de 2000 corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su respectivo concepto (fl. 120. cdno. ppal).

10.2. La parte actora, dentro del término de traslado, presentó el escrito contentivo de los alegatos de conclusión (fl. 121 a 125, cdno. ppal), en el cual básicamente reiteró los argumentos que esgrimió en el recurso de apelación.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia.

10.3. Mediante escrito que obra a folio 133 del cuaderno principal, el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer de este proceso, por haber participado como Magistrado del Tribunal Administrativo del Tolima, Corporación concedora del proceso en primera instancia. El impedimento le fue aceptado por la Sala mediante auto calendado el nueve (9) de diciembre de dos mil once (2011) (folios 135 y 136 del cuaderno principal).

2. CONSIDERACIONES

La Sala, a efectos de adoptar una decisión en el caso concreto y considerando los aspectos propuestos en el recurso de apelación, abordará los siguientes temas: 1) Competencia de la Sala; 2) La acción incoada; 3) Las pruebas aportadas al proceso; 4) La legitimación en la causa y el caso concreto; 5) Las costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

La Sala tiene competencia para conocer en segunda instancia del presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en la cual fue modificado por el artículo 2º del Decreto

597 de 1988, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia¹.

2. La acción instaurada.

El Consorcio demandante, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de las Resoluciones números 297 del 15 de julio de 1997, mediante la cual se declaró desierto la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997 y la número 322 del 4 de agosto de 1997, confirmatoria de la anterior.

También solicitó la parte actora en la demanda, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad de la Resolución número 421 de septiembre 22 de 1997, mediante la cual el Gobernador del departamento del Tolima ordenó la apertura de una contratación directa.

Analizará la Sala la pertinencia de la demanda a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en relación con las nulidades pretendidas.

2.1. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones por medio de las cuales se declaró desierto el procedimiento administrativo de selección.

La parte actora demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho las Resoluciones números 297 del 15 de julio de 1997, mediante la cual se declaró desierto la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997 y la número 322 del 4 de agosto de 1997, confirmatoria de la anterior.

Respecto de la acción orientada a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones antes citadas, es de anotar que se trata de la acción pertinente, por cuanto así lo consagra el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 – vigente desde el 1º de enero de 1994-, el cual además dispone en su parágrafo segundo que no es necesario demandar el contrato que origina los actos administrativos de la actividad contractual.

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación o contra el que declara desierto el procedimiento administrativo de selección, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se rige *“conforme a la reglas del código contencioso administrativo”* y, para la época de presentación de la

¹ De acuerdo con el artículo 132 numeral 9º del C.C.A.-modificado por el Decreto 597 de 1988, artículo 2º. *“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:*

“(…”

“9º) De los de restablecimiento del derecho en que se controvertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de ochocientos mil pesos (\$800.000.00).”

El Tribunal Administrativo del Tolima conoció de este proceso en primera instancia, toda vez que la demandante estimó que el restablecimiento del derecho correspondiente al daño emergente equivalía a la suma de ciento sesenta y siete millones ochocientos sesenta y cinco mil trescientos ochenta y cinco pesos (\$167.865.385.00), suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 19 de diciembre de 1997, resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$3'080.000.00, de conformidad con el Decreto 597 de 1988.

demanda que motivó el presente proceso, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 - subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- lo señaló en 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso².

En el presente caso la licitación se declaró desierta mediante la Resolución 297 del 15 de julio de 1997, contra la cual se interpuso de reposición y cuya decisión fue confirmada a través de la Resolución 322 del 4 de agosto de 1997, notificada por edicto desfijado el 1º de septiembre del mismo año y la demanda se presentó el 19 de diciembre de 1997, razón por la cual se impone concluir que la acción se ejerció oportunamente.

2.2. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto que ordenó la apertura de un procedimiento administrativo de selección.

También demandó la actora, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Resolución número 421 de septiembre 22 de 1997, mediante la cual el Gobernador del departamento del Tolima ordenó la apertura de una contratación directa.

Si bien el acto administrativo por medio del cual se ordena la apertura de un procedimiento administrativo de selección es susceptible de ser demandado, para la época en la cual esta se presentó, se encontraba vigente la Ley 80 de 1993 – antes de la expedición de la Ley 446 de 1998- y en la misma se dejó de lado la concepción dicotómica que hacía la distinción entre actos previos o “*separables*” y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de “*los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual*”, al tenor de lo normado por el inciso segundo del artículo 77 del referido conjunto normativo, disposición que, igualmente, dejaba claro que tales decisiones administrativas “*sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo*”.

El aludido precepto dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución “*con motivo u ocasión de la actividad contractual*” involucraba la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal, con fundamento en la comprensión según la cual “*para nadie es un secreto que esa actividad se inicia*

² Esa disposición fue modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que señala:

“De las controversias contractuales. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

“Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuencia les, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

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

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso³, por manera que tan contractuales serían los actos administrativos que ordenaren la apertura de la licitación, adoptaren el pliego de condiciones o adjudicaren el contrato, como aquellos mediante los cuales se ejercieren potestades excepcionales, se terminare o se liquidare unilateralmente el negocio jurídico.

Lo anterior no fue óbice para que la Jurisprudencia de la Sala reconociera que por ministerio de la propia Ley 80 resultaba posible demandar algunos actos administrativos relacionados con la actividad contractual de las entidades públicas, a través de cauces procesales diversos de la acción contractual, así:

“Excepcionalmente por mandato expreso del estatuto contractual, ciertos actos, 3 en total, pueden ser controlados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

a. *El acto administrativo proferido por las cámaras de comercio que decide la impugnación de la calificación y clasificación de los proponentes (art. 22 numeral 5), para el cual se consagra una acción pública de restablecimiento del derecho lo que además constituye un verdadero contrasentido.*

b. *El acto de adjudicación (art. 77 párrafo primero) y*

c. *El acto que declara desierta la licitación o concurso por ser el acto definitivo del procedimiento contractual al ponerle fin a la actuación administrativa de selección e impedir su continuación (art. 77 de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 50 inciso 1º. y final del C.C.A.)”⁴*

Esta interpretación no fue uniforme y ha de darse cuenta de pronunciamientos posteriores en los cuales se propugnó por mantener la distinción entre actos previos o “separables” y actos administrativos contractuales⁵, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato.⁶

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de enero de 1994; Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Expediente: 9118; en similar sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994; Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

⁵ En la anotada dirección se sostuvo: “En esta oportunidad se afirma que el concepto de “actividad contractual” tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:

1. *La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional- y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la **participación**.*

(...)

3. *De otro lado, la redacción del ordinal 7º. del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión “actividad contractual” porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicompreensiva de todo tipo de actos.*

(...)

5. *Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato, y éste, en la Ley 80 de 1993, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la*

Si bien no existió uniformidad en la postura jurisprudencial acerca de la acción, se resalta que respecto de los llamados actos precontractuales - excepto el de adjudicación o declaratoria de desierto de la licitación y el acto emanado de las Cámara de Comercio que decide la impugnación del registro de proponentes- se aceptó que fueran demandados bien a través de la acción contractual o de la acción de simple nulidad, pero en momento alguno que lo fueran a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La Jurisprudencia de la Sala expresó lo siguiente:

“(...) los diferentes actos que conforman el procedimiento de selección de contratistas, no solo los definitivos –como el de adjudicación o el que declara desierto el procedimiento de selección-, pueden demandarse autónomamente. Tal conclusión se desprende del hecho de que el artículo citado admite, en abstracto, que los actos propios del procedimiento de selección –generales y particulares- pueden ser demandados sin condiciones o reglas en cuanto a su naturaleza, de manera que el calificativo de “definitivos” o de “trámite” no determina la posibilidad de impugnarlos; basta la consideración legal del momento de su expedición.

“(...)

contraprestación se eleve a escrito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

⁶ Esa situación registró un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero por razón o con ocasión de la actividad contractual, por una parte y, por la otra, las decisiones administrativas unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar el cuestionamiento de la validez o la legalidad de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere ante el juez del contrato con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial y con posterioridad al perfeccionamiento del mismo la procedente sólo será la acción contractual; por cuanto atañe a los segundos, esto es los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato cabe precisar que su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual; así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normatividad vigente en la materia.

El precepto en comento es del siguiente tenor: *“Artículo 87. De las controversias contractuales. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

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

Sobre este particular pueden verse, entre otros pronunciamientos, los siguientes: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 25000-23-26-000-2000-2018-01(19777); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del veintinueve (29) de junio de 2000; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 16602.

“Este criterio, incluso, ya había sido aceptado por esta Sala aún antes de que fuera expedida la ley 446 de 1998, momento en el cual se dijo que: (...)

“Para la sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

“En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

“Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no solo se volvió pública con la ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.

“En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ord 4° del art. 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse, por cualquier persona, en acción de simple nulidad (art 84 del c.c.a.). En este sentido ya la jurisprudencia de la sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concurso y de adopción de pliegos de condiciones. Asimismo ha tramitado acciones de simple nulidad contra los actos de la asambleas o concejos que autorizan a los gobernadores o alcaldes para la celebración de ciertos contratos»^{7.8}
(Negrillas añadidas)

Ahora bien, en tanto la procedencia de una u otra acción y su elección, a cargo de la parte actora, tiene que ver con el debido proceso del demandado, su indebida escogencia no puede consistir en un simple defecto formal de la demanda, entendida ésta como el instrumento a través del cual se ejerce el derecho de acción, es decir, como un mecanismo que da lugar al inicio del proceso judicial, en aras de obtener la definición del asunto sometido al conocimiento del juez.

Resulta imperioso poner de presente que las normas legales han establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal conocido como “*demanda en forma*”⁹ y por ello, no cualquier escrito denominado “*demanda*” pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, por cuanto resulta necesario cumplir con los requisitos que ha dispuesto el ordenamiento jurídico con el propósito de configurar una demanda en debida forma.

⁷ Auto de agosto 6 de 1997. Exp. 13.495. Actor: Sociedad Tolimense de Ingenieros.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 18059. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. M.P.Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de abril de 2010, expediente 18.530, C.P. Enrique Gil Botero.

Cuando falta alguno de los presupuestos de la demanda, como ocurre, por ejemplo, cuando no se escoge adecuadamente la acción procedente, se configura lo que se conoce como ineptitud sustantiva de la demanda, que impide al juez se pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones formuladas por la parte actora. Sobre el particular, la Jurisprudencia de esta Sala ha expresado lo siguiente:

“La indebida escogencia de la acción que se concluye en este caso, afecta la demanda de ineptitud, con lo cual se echa de menos uno de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo, esto es la demanda en forma, presupuesto procesal de la acción entendiéndose por estos ‘los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido de fondo mediante una sentencia estimatoria’, por lo que al no cumplirse este requisito no es viable proferir sentencia estimatoria o desestimatoria sino inhibitoria”¹⁰.

En esos casos, el juez carece de competencia para modificar la acción incoada por el demandante y, adicionalmente, no resulta jurídicamente posible que se realice un control abstracto de legalidad, toda vez que el juicio se limita a lo expresado en la demanda, como lo ha sostenido la Jurisprudencia de esta Corporación:

“Debe recordarse, igualmente, que el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de litis por manera que no puede analizar un acto que no se acusa”¹¹.

En el presente caso el demandante solicitó la nulidad de la Resolución número 421 de septiembre 22 de 1997 -mediante la cual se ordenó la apertura del procedimiento administrativo de contratación directa- a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; así pues, de conformidad con lo antes expuesto, la Sala revocará en ese punto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo a quo y se inhibirá para fallar de fondo esa pretensión, en razón de la ineptitud sustantiva de la demanda por la indebida escogencia de la acción.

3. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹² señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía¹³ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, expediente 17.311, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 17 de noviembre de 1995, Expediente 1468, C.P. Miren de la Lombana de Magyaroff.

¹² Artículo 168, C.C.A.: *“PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”*

¹³ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.¹⁴, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de

¹⁴ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Ahora bien, la Sala encuentra que algunos documentos aportados al proceso por la entidad pública demandada, por solicitud del Tribunal Administrativo a quo, reposan en copia simple. Así las cosas, para la Sala resulta imprescindible definir su valor probatorio, a efectos de realizar el respectivo examen de legalidad.

Pese a que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, la Sala encuentra que muchas de ellas fueron aportadas por la misma entidad pública que las profirió, razón por la cual hay lugar a concluir que en realidad deben tenerse como copias auténticas, si se tiene en cuenta la obligación legal asignada a las entidades públicas para que administren sus archivos y velen por su integridad, autenticidad y fidelidad, resulta preciso concluir que los actos o documentos creados por ellas mismas necesariamente reposan, o al menos deben reposar, en su archivo bajo las condiciones de veracidad exigidas por la normatividad legal que regula la materia¹⁵.

Bajo este entendido, cuando una entidad pública aporta a un proceso copias de determinados actos o documentos proferidos o creados por ella misma, se debe concluir que se trata de copias fieles de su original y que cuentan con las condiciones de autenticidad requeridas legalmente, pues de acuerdo con los

¹⁵ La Ley 57 de 1985, se ocupó del tema de la publicidad de los actos y documentos oficiales y en su artículo 12 dispuso lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”

La Ley 80 de 1989, por la cual se creó el Archivo General de la Nación y se dictaron otras disposiciones, consagró en el artículo 3º el carácter obligatorio del Sistema Nacional de Archivo, en los siguientes términos:

“El Sistema Nacional de Archivo tendrá carácter de programa especial, para todas las instituciones archivísticas y colecciones documentales públicas y privadas, del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal y distrital.”

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 594 de 2000, constituye responsabilidad de toda entidad pública gestionar sus documentos y administrar sus archivos, a efectos de cumplir con la obligación dispuesta en los artículos 11 y 16 de la misma Ley, que en su orden prescriben:

“Artículo 11: “Obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos. El Estado está obligado a la creación, organización, preservación y control de los archivos, teniendo en cuenta los principios de procedencia y orden original, el ciclo vital de los documentos y la normatividad archivística.”

“Artículo 12: Responsabilidad. La administración pública será responsable de la gestión de documentos y de la administración de sus archivos.”

*“Artículo 16: Obligaciones de los funcionarios a cuyo cargo estén los archivos de las entidades públicas. Los secretarios generales o los funcionarios administrativos de igual o superior jerarquía, pertenecientes a las entidades públicas, a cuyo cargo estén los archivos públicos, **tendrán la obligación de velar por la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los documentos de archivo** y serán responsables de su organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos.”*
(Resalta la Sala)

postulados del Principio Constitucional de la Buena Fe¹⁶ (Principio General de Derecho), no se esperaría, por parte de la Administración Pública, un comportamiento diferente a la debida aportación de esos actos, comoquiera que fue ella misma quien los expidió.

En cuanto al principio de la *bona fides*, esta Sección ha señalado:

“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

“La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico.”¹⁷

Como puede observarse, de acuerdo con el principio de la *bona fides*, tanto la Administración como el administrado tienen la obligación de actuar con lealtad en cualquier etapa o evento de sus relaciones; así pues, cuando se solicita a la entidad pública que profirió un determinado acto administrativo que lo aporte a un proceso, se tiene la confianza legítima en que ésta allegará lo solicitado de conformidad con las exigencias normativas y no tendría por qué hacerlo de otra forma; por ende, en el evento de que al proceso se aporte ese acto o cualquier otro documento que tenga su génesis en la misma entidad que lo allega, éste deberá considerarse como auténtico, toda vez que no cabe esperar de la Administración Pública una conducta diferente a que la copia aportada sea fidedigna respecto de su original, pues quién más que ella misma para constatar y dar cuenta de su veracidad al punto de que la propia entidad pública se encuentra legalmente autorizada para autenticar los documentos que reposan en sus archivos y expedir copias válidas de los mismos.

Cabe advertir al respecto que, en todo caso, estos documentos podrán ser tachados de falsedad en el proceso, de acuerdo con el artículo 252 del C. de P. C., pero mientras ello no ocurra, las copias simples aportadas por la misma entidad que creó o produjo los actos o documentos originarios, se reputarán auténticas. Al tema se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera, en los siguientes términos:

“[S]e tiene que el numeral 1º del artículo 254 del C. de P. C., en relación con la competencia de las entidades públicas para verificar la autenticidad de las copias, consagra, a su vez, dos supuestos: en primer término contempla el caso de que en la entidad reposa el original o la copia auténtica de un acto o documento que

¹⁶ Al respecto, el artículo 83 de la Constitución Política prescribe: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15469.

no sea de su autoría y de los cuales, sin embargo, se solicite una copia. En ese evento, el funcionario competente la expedirá, señalando, expresamente, su coincidencia con el respectivo original o con la copia auténtica, pues sólo de esta forma esa nueva copia se reputará, igualmente, auténtica; y, en segundo lugar, se tendrán como auténticas también aquellas copias aportadas por la misma entidad pública que produjo o creó los actos o documentos originarios, sea que en ellos se certifique su concordancia con el original o con la copia auténtica o que, simplemente, los aporte en copia simple, ya que, como se dijo anteriormente, no tendría por qué aportarlas en condiciones disímiles a su original, amén de que en todos los casos la contraparte mantiene a salvo su derecho para controvertir, cuestionar e incluso tachar tales documentos si estima contar con elementos suficientes para dudar de su veracidad o autenticidad e incluso para concluir acerca de la falsedad de los mismos.

“Según lo expuesto, las copias aportadas a un proceso, previa autorización del respectivo director de oficina administrativa, sólo se tendrán como auténticas cuando se manifieste su coincidencia con el original o con copia autenticada y, de no ser así, se verificará si el documento que fue aportado fue, a la vez, proferido o creado por la misma entidad pública que lo allega, pues en ese caso se tendrá como auténtico.”¹⁸

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados al proceso.

3.1. Documentos en copia simple que provienen de la misma entidad.

Los siguientes documentos, si bien fueron aportados en copia simple, se allegaron al proceso por parte de la entidad pública demandada, a solicitud del Tribunal Administrativo a quo, según consta en el oficio remisorio número 2415, emanado del Secretario de Transporte del Departamento del Tolima (folio 23 del tercer cuaderno) y en el oficio distinguido con el número 2413, calendado el 23 de octubre de 1998 y también suscrito por el Secretario de Transporte del Departamento:

- Pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública número DTST 004 de 1997 (folios 1 a 157 del cuaderno 2).
- Acta de cierre de la licitación y de apertura de la urna de la Licitación Pública número 004 de 1997 (folios 158 a 163 del cuaderno 2).
- Informe de evaluación de las propuestas participantes en la Licitación Pública número 004 de 1997 (folios 165 a 233 del cuaderno 2).
- Informe Técnico que contiene las respuestas a las observaciones presentadas por los participantes en la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997, firmado por el Ingeniero Fernando Godoy Bustos, Supervisor del Plan de Mantenimiento Vial (folios 1 a 16 del C3).
- Informe de visita correspondiente a la revisión de equipos ofrecidos por el Consorcio demandante, para participar en la Licitación Pública DTST No. 004 de

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 4 de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

1997, firmado por el Secretario de Hacienda del Departamental, Humberto Hernández Contreras y por el Ingeniero Supervisor de la Secretaría de Transporte –Fernando Godoy Bustos- (folios 20 y 21 C3).

- Acta de la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública número 004 de 1997 (folios 234 a 289 del segundo cuaderno).
- Resolución No. 297 del 15 de julio de 1997, por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública número 004 de 1997, así como las constancias de notificación de la resolución a los participantes en la Licitación (folios 290 a 303 del segundo cuaderno).
- Resolución No. 322 del 4 de agosto de 1999, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la Resolución No. 297 de 1997, con las respectivas constancias de notificación (folios 304 a 319 del segundo cuaderno).
- Resolución No. 421 de 1997, por medio de la cual el Gobernador del Departamento del Tolima ordenó la apertura de una contratación directa (folios 320 a 325 del segundo cuaderno).
- Contrato No. 439 de septiembre 23 de 1997, celebrado entre el departamento del Tolima y la sociedad ESGAMO LTDA. – INGENIEROS CONSTRUCTORES (folios 326 a 361 del segundo cuaderno).

3.2. Documentos aportados en copia simple.

Se precisa en este punto que la entidad pública demandada remitió al Tribunal Administrativo a quo dos copias simples de la propuesta presentada por la sociedad ESGAMO LTDA. – INGENIEROS CONSTRUCTORES, una de las participantes en la Licitación Pública DTST No. 004 de 1997 (folios 362 a 726 del segundo cuaderno), cuyos documentos no pueden valorarse como si se tratara de originales, toda vez que los mismos no se produjeron directamente en la entidad.

Al proceso también se allegaron otros documentos en copia simple, los cuales, de conformidad con lo anteriormente mencionado, carecen de valor probatorio¹⁹.

4. La legitimación en la causa y el caso concreto.

Cuando se hace referencia a los requisitos de la pretensión se alude al titular o titulares de los derechos que se reclaman *-legitimatío ad causam²⁰-*, mientras que

¹⁹ EL siguiente documento fue aportado al proceso en copia simple:

- Documento en apariencia contentivo del acta de constitución del consorcio, en el cual se habría nombrado el representante de mismo (folio 3 del primer cuaderno).
- Documento en apariencia contentivo del dictamen pericial que se habría rendido en el proceso (folios 747 y 748 del segundo cuaderno).
- Documento que aparenta contener la propuesta con la cual el consorcio demandante habría participado en la Licitación Pública DTST No.004 de 1997 (folios 81 a 345 del cuaderno A-Z).
- Documento que al parecer contiene el recurso de reposición que el consorcio demandante habría interpuesto en contra de la Resolución No. 297 del 15 de julio de 1997 (folios 400 a 419 del cuaderno A-Z).

los requisitos de la acción se asocian con la capacidad para presentarse en juicio con el propósito de hacer valer tales derechos *-legitimatío ad processum-*²¹. Sobre el tema así se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Sala²²:

*“Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado*²³.

*“Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa*²⁴. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se

²⁰ “El concepto de parte está íntimamente ligado a la legitimación para obrar activa o pasivamente, por lo cual debe estudiarse qué se entiende por dicho elemento, llamado también por nuestra jurisprudencia legitimación en causa, que integra la pretensión.

“La Corte expresa que no es posible discriminar ni sistematizar los elementos sustanciales de la acción entendida como pretensión, ‘pues aquéllos inciden en el funcionamiento de cada derecho subjetivo, de cada acción, condicionada por las circunstancias individuales de quien lo ejerce y del fin con el cual lo hace; las condiciones de cada acción difieren como los sujetos de cada una y como las situaciones singulares que cada acción contiene o revela; no obstante en esta multiplicidad hay un fenómeno constante que siempre recoge una buena suma de condiciones de la acción llamada... legitimación para obrar’ (LXIV, pág. 712).

“La legitimación sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada. De modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio se llama legitimación para obrar, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual ésta se ha de hacer valer. En síntesis, la legitimación para obrar o en causa determina lo que entre nosotros se denomina impropia personería sustantiva. MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil. Parte general. Bogotá: Editorial ABC. 1973, P. 140.

²¹ “[P]ara que el juez estime la demanda, no basta que estime existente el derecho, sino se requiere que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer; o sea, considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). Con el nombre de *legitimatío ad processum* se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad para presentarse en juicio por sí o por otros.” CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil. Vol. 4. México: Editorial Jurídica Universitaria. 2001, p. 108.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia febrero 4 de 2010, Expediente 17720, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Original de la sentencia en cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.

²⁴ Original de la sentencia en cita: Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

“Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas²⁵. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

‘[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

‘La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

‘La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado²⁶.

“Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.”

En el presente caso encuentra la Sala que la demanda fue presentada por el señor GONZALO VARGAS VARGAS, *“actuando en su propio nombre y en calidad de representante del CONSORCIO MULTISERVICIOS LTDA. GALINDO – VARGAS – SANCHEZ”*.

De conformidad con los documentos aportados al proceso por la entidad pública demandada se tiene información acerca de que en la licitación participó como

²⁵ Original de la sentencia en cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

²⁶ Original de la sentencia en cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

proponente un consorcio denominado “*CONSORCIO MULTISERVICIOS LTDA. GALINDO – VARGAS – SANCHEZ*”.

Como acaba de mencionarse en la providencia citada, la legitimación material supone “*la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio*”; pues bien, en el asunto del cual se ocupa la Sala, tal conexión no se acreditó, toda vez que, en primer lugar, no se probó quiénes son los integrantes de la asociación demandante, en tanto no se allegaron al proceso en copia auténtica los documentos que lo acreditaran, toda vez que la propuesta que habría sido presentada para participar en la cuestionada licitación pública se arrió al expediente en copia simple -folios 81 a 345 del cuaderno A-Z-.

En segundo lugar, tampoco se acreditó la condición e identificación del presunto representante, señor GONZALO VARGAS VARGAS, en tanto el pretendido “*DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DE UN CONSORCIO*” -folio 3 del C1-, mediante el cual se le habría otorgado poder para representar al consorcio, se allegó al proceso en copia simple, por lo cual no fue posible saber si en realidad este señor tenía, o no, la calidad de representante del consorcio.

Así pues, en este caso el consorcio demandante carece tanto de legitimación material como de legitimación procesal en la causa y, por esa razón, se denegarán las pretensiones de la demanda.

5. Costas

El Tribunal Administrativo a quo condenó en costas al supuesto representante del consorcio demandante, no obstante, dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

MODIFICAR la Sentencia del 3 de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, se decide:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, **CONFIRMAR** lo decidido por el Tribunal Administrativo del Tolima en el ordinal segundo de la sentencia de septiembre 3 de 1999.

SEGUNDO: REVOCAR la condena en costas al demandado impuesta por el Tribunal Administrativo del Tolima en el ordinal tercero de la sentencia proferida el 3 de septiembre de 1999.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Impedido