

**EXCEPCIONES EN PROCESOS JUDICIALES - Noción. Definición. Concepto /
EXCEPCIONES EN PROCESOS JUDICIALES - Fundamento. Efecto /
EXCEPCION PERENTERIA O DE FONDO - Noción. Definición. Concepto /
EXCEPCION PERENTERIA O DE FONDO - Fundamento. Efecto**

Las excepciones en los procesos judiciales, son un medio de defensa ejercido por la parte demandada, que va más allá de la simple negación de la relación fáctica realizada por el demandante, ya que consisten en hechos nuevos, tendientes a enervar las pretensiones; la excepción“ (...) se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por este, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso”. La excepción perentoria o de fondo, que es la que procede en los procesos contencioso administrativos, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y que excluye los efectos jurídicos perseguidos por la demanda; quien propone una excepción al ser demandado, en realidad lo que hace es alegar hechos nuevos, distintos a los expuestos en el libelo introductorio e impeditivos o extintivos del derecho pretendido por el actor. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con las excepciones en los procesos judiciales, consultar sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 18271

**NULIDAD DEL CONTRATO - Noción. Definición. Concepto / NULIDAD DEL
CONTRATO - Clases / NULIDAD DEL CONTRATO - Total o parcial, relativa o
absoluta / NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO - Noción. Definición. Concepto /
NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO - Efectos / NULIDAD PARCIAL DEL
CONTRATO - Noción. Definición. Concepto / NULIDAD PARCIAL DEL
CONTRATO - Efectos / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO - Noción.
Definición. Concepto / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO - Efectos /
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Noción. Definición. Concepto /
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Efectos**

La nulidad constituye la sanción legalmente consagrada para aquellos eventos en los cuales el contrato se ha celebrado con el desconocimiento de requisitos y formalidades que el legislador ha considerado indispensables en su formación para hacerlos acreedores a la tutela y protección del ordenamiento jurídico o con vulneración de normas cuya observancia se impone al momento de su nacimiento y consiste en privar de sus efectos, total o parcialmente, al respectivo acto o contrato, como si nunca hubiera existido. La nulidad es total, cuando el vicio invalida el acto o negocio jurídico en toda su extensión o parcial, cuando el mismo sólo recae sobre parte del mismo, pudiendo subsistir las otras disposiciones que lo conforman; también puede ser relativa o absoluta, según la trascendencia de la norma vulnerada. La nulidad relativa, está principalmente consagrada en interés particular, por corresponder a vicios que afectan concretamente a una de las partes, caso en el cual deben ser alegados por el afectado para que proceda su declaración y son susceptibles de saneamiento La nulidad absoluta, por su parte, está consagrada en interés general y corresponde a aquellos eventos en los que el desconocimiento de tales formalidades y requisitos configura una seria vulneración del ordenamiento jurídico y reviste una gravedad tal, que el vicio resulta insaneable por ratificación y puede ser declarada de oficio por el juez.

**DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO - Propósito principal /
DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO - Efectos / EFECTOS EX
TUNC DE NULIDAD DEL CONTRATO - Consecuencias**

El propósito principal de la declaratoria de nulidad es eliminar del ámbito jurídico el acto o contrato que ha surgido en contravención del ordenamiento normativo al que se hallaba sujeto, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos y aun cuando ya éstos se hubieren producido y por ello, busca devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.), es decir que la declaratoria de nulidad afecta la validez del acto o contrato desde el mismo momento de su celebración, lo cual implica que tiene efectos ex tunc, se extienden hacia el pasado, como si el negocio jurídico no se hubiera celebrado y tiende a dejar a las partes en el estado en que se hallaban antes de su celebración

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Causales / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Vicios que afectan la validez del contrato / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Declaratoria. Modos / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Puede ser alegada por las partes, el Ministerio Público o cualquier persona que acredite un interés directo / DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - No es susceptible de saneamiento por ratificación / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO - Vicios que afectan la validez del contrato / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO - Puede sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir del hecho generador del vicio

La Ley 80 de 1993 dispuso las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, entre las cuales se hallan las consagradas en las normas de derecho privado y además, las establecidas específicamente en el estatuto contractual (artículo 44), de tal manera que los vicios que afectan la validez del contrato y conducen a la declaratoria de nulidad absoluta del mismo, son: i) objeto ilícito, ii) causa ilícita, iii) omisión de las formas solemnes en su celebración, iv) incapacidad absoluta de uno de los contratantes (art. 1741, C.C.); v) cuando se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 899, C. de Co); la celebración del contrato vi) con personas incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, vii) contra expresa prohibición constitucional o legal o viii) con desviación o abuso de poder, ix) la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamente el contrato y x) cuando se celebre el contrato con violación de los principios de reciprocidad y de preferencia de ofertas nacionales; la nulidad absoluta, que puede ser alegada por las partes, el agente del ministerio público o cualquier persona que acredite un interés directo (art. 32, L. 446 de 1998), puede ser declarada de oficio y no es susceptible de saneamiento por ratificación (art. 45, L. 80 de 1993); los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causal de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de 2 años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio (art. 46, L. 80 de 1993).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45.2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 46 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741 / LEY 446 DE 1998 ARTICULO 32

NULIDAD ABSOLUTA - Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal / DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO - Requisitos. Deber a cargo del demandante de sustentar la solicitud/ NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Puede ser declarada de oficio por el Juez

Celebración contra expresa prohibición constitucional o legal. Cuando se alega la nulidad absoluta del contrato estatal, recae sobre el demandante la carga no sólo de aducir alguna de las causales legalmente contempladas para ello, sino además, la de explicar el fundamento fáctico y jurídico de la acusación esgrimida, por cuanto se trata de un requisito de la demanda que se presenta ante esta jurisdicción, según lo establecido en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual, toda demanda ante la jurisdicción administrativa debe contener, entre otros requisitos, los fundamentos de derecho de las pretensiones y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, implica que deben indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación; “[l]a cita de las normas violadas y el concepto de la violación tienen que ver con las acciones de impugnación de actos jurídicos, ya que en éstas la violación de la ley en su expresión específica es causa petendi autónoma para pretender la nulidad del acto. Por esa razón, si el juzgador estudia oficiosamente otras normas diferentes no alegadas estará modificando la demanda en su causa petendi” afirmación valedera frente al contrato, en la medida en que se trata de un acto jurídico bilateral cuya legalidad se cuestiona cuando se pide la declaratoria de nulidad total o parcial del mismo, solicitud que implica sustentar las razones por las cuales se considera que el negocio jurídico es violatorio de la normatividad a la que se halla sujeto. Lo anterior no implica desconocer la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre que la misma esté plenamente demostrada en el proceso y que en éste intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, sino reiterar que el demandante no puede limitarse simplemente a pedir la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico para que el juez proceda a su revisión, sino que tiene la carga de sustentar dicha pretensión mediante la alegación de las causales de nulidad procedentes y la aportación o petición de pruebas para la comprobación del vicio presente en el contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137

NULIDAD ABSOLUTA - Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal / DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO - No procede. Causal no sustentada por el demandante

A pesar de que la parte actora adujo la causal enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, no encuentra la Sala dentro de los términos de la demanda, cuál fue la expresa prohibición contenida en normas constitucionales o legales que fue vulnerada con la celebración del

contrato fruto de la licitación pública 005 de 1999 en la que participó el demandante, es decir que dicha causal no fue debidamente sustentada. El demandante ha debido plantear concretamente la prohibición o prohibiciones que a su juicio fueron vulneradas con la celebración del contrato demandado y expresar en qué normas específicas se encontraban contenidas, para que el juzgador pudiera confrontar el negocio jurídico con tal normatividad y establecer la existencia o inexistencia de la vulneración jurídica alegada (...) para que se configure esta causal de nulidad de los contratos estatales, la prohibición a la que se refiere la norma, debe estar dispuesta en términos concretos e indiscutibles: (...) La falta de sustentación de la referida causal de nulidad, conduce en consecuencia, a que este cargo no esté llamado a prosperar. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 28 de septiembre de 2012, exp. 17204

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44.2

CAUSAL DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamente el contrato. Requisitos para su procedencia

Causal de nulidad: que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el contrato. Esta causal de nulidad del contrato estatal, implica evaluar los cargos de ilegalidad aducidos en la demanda en contra del acto administrativo que le sirvió de fundamento, toda vez que será la declaratoria de nulidad de dicho acto, la que permita configurar la causal de anulación del contrato demandado. En el presente caso, la decisión administrativa que se cuestiona es la de adjudicación de la licitación pública en la que presentó oferta el demandante, respecto de la cual se afirmó en la demanda que no recayó en la oferta más favorable, que era la presentada por éste. (...) para la prosperidad de las pretensiones se requiere la comprobación de que el acto de adjudicación es ilegal, que no recayó sobre la mejor oferta y que el demandante fue quien presentó la propuesta que, cumpliendo todos los requisitos del respectivo pliego de condiciones y aplicando los criterios de calificación contenidos en el mismo, fue la más favorable para la administración y a pesar de ello, fue injusta e ilegalmente privado de la adjudicación. (...) Lo anterior no es más que la reiteración del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C.P.C. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de 19 de septiembre de 1994, exp0 8071 y de 28 de abril de 2005, exp. 17300

ADJUDICACION DEL CONTRATO - Capacidad residual de contratación / CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACION - Regulación normativa. Deber de efectuar correctamente su cálculo / CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACION - Deber del proponente de anexar toda la documentación para su cálculo. Deber de acreditación / CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACION - Omisión probatoria. Consecuencia

La parte actora adujo que mediante el acto administrativo acusado se favoreció a otro proponente respecto del cual debió disminuirse el puntaje en proporción a la real capacidad residual de contratación, en aplicación de lo dispuesto por el Decreto 092 de 1998, porque de haberse efectuado correctamente el cálculo de la misma, la parte actora habría sacado el mayor puntaje en la licitación y habría obtenido el derecho a la adjudicación, de la cual, por lo tanto, fue ilegal e injustamente privada. (...) teniendo en cuenta el exiguo material probatorio obrante en el proceso, encuentra la Sala que sólo está acreditado el contenido en el numeral 4, pero no obra

prueba de las restantes afirmaciones efectuadas en la demanda (...) Los anteriores son los únicos documentos aportados al proceso, pero no obran ni las ofertas de los proponentes, ni los informes de evaluación realizados en la licitación, ni las observaciones efectuadas por los participantes, ni adendas al pliego de condiciones, ni las comunicaciones que supuestamente se cruzaron con la entidad en relación con la acreditación de la capacidad residual de contratación de los oferentes, etc. etc. (...) no hay prueba de la afirmación efectuada en la demanda en el sentido de que la capacidad residual de contratación del proponente favorecido con la adjudicación, era inferior a la que declaró tener y tampoco de que en virtud de esta circunstancia, la calificación de las propuestas estuvo errada, que la del demandante debió obtener mayor puntaje que las demás y que por lo tanto, ha debido ser favorecido con la adjudicación del contrato, omisión probatoria que conduce a la denegación de las pretensiones y por lo tanto, a la confirmación del fallo de primera instancia.

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - En el evento de acreditarse su ilegalidad, el proponente perjudicado, para ser indemnizado, debe presentar la demanda dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del acto

Advierte la Sala que, aún en el evento de que se hubiera acreditado la ilegalidad del acto de adjudicación que sirvió de fundamento al contrato estatal demandado, lo que habría permitido la declaratoria de nulidad tanto del acto administrativo como del contrato, ello no habría conducido a la indemnización de perjuicios solicitada en la demanda, toda vez que la misma no fue presentada dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación. En efecto, si bien el demandante pretende la indemnización de perjuicios que adujo haber sufrido con ocasión de la privación injusta e ilegal del derecho a la adjudicación de un contrato estatal, tal pretensión no tiene vocación de prosperidad, toda vez que siendo ello consecuencia del restablecimiento del derecho derivado de la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación demandado, la demanda ha debido ser presentada dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de dicho acto.

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acto de carácter particular y concreto / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Debe ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / PRESENTACION DE LA DEMANDA CONTRA EL ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Término. Cómputo / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acto precontractual. Procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acto precontractual. No procede la acción de simple nulidad / INTERPOSICION LA ACCION DE SIMPLE NULIDAD O DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Depende de las pretensiones

Se observa que frente al daño que sufre una persona con ocasión de la expedición de un acto administrativo precontractual como el de adjudicación del contrato, dicho acto, como cualquier otro de carácter particular y concreto, debe ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que como es bien sabido, es aquella que puede incoar quien se crea lesionado en un derecho amparado en una

norma jurídica, caso en el cual podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho y también podrá solicitar que se le repare el daño –artículo 85, C.C.A-, recayendo en el demandante, en tal caso, la carga de aducir las normas violadas y exponer el concepto de la violación –num 4º, artículo 137, C.C.A-, con fundamento en las causales de nulidad contempladas en el ordenamiento procesal administrativo –art. 84, C.C.A-, cuya configuración en relación con el acto administrativo demandado, deberá acreditar dentro del proceso, que deberá iniciar dentro del término legal dispuesto para la presentación de la respectiva demanda, en este caso, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto. (...) en relación con tales actos precontractuales, sólo resulta procedente, precisamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad, puesto que cuando la norma hizo referencia a las dos acciones, también dispuso su procedencia según el caso, lo que significa que dependiendo de las pretensiones a ejercer y los efectos de la sentencia a la que conduzcan las mismas, se podrá incoar una u otra acción. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19936

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acto precontractual de carácter particular y concreto. Acción procedente para demandarlo nulidad y restablecimiento del derecho / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Demanda de acto de adjudicación del contrato. Pueden ejercerla tanto el proponente como la entidad que adelanta el proceso de selección

Tratándose de actos precontractuales de carácter particular y concreto, es decir que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de la misma naturaleza y por lo tanto producen efectos respecto de una persona determinada, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual sólo puede ser ejercida por quien esté legitimado para ello, que para los efectos de esta clase de actos, lo estarán tanto los proponentes en los procedimientos de selección como la entidad que los adelanta. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19936

ACTOS PRECONTRACTUALES - Término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Treinta días contados a partir de su notificación, comunicación o publicación

El artículo 17 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 87 del C.C.A, que introdujo el medio de impugnación de los actos precontractuales, dispuso así mismo, un apremiante término de caducidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho de 30 días contados a partir de su notificación, comunicación o publicación y que vence incluso antes si se suscribe el contrato, pues una vez tal suscripción se produce, ya no es posible la impugnación independiente de tales actos administrativos a través de las referidas acciones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 17

NULIDAD DEL CONTRATO CON FUNDAMENTO EN LA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES - Procede la acción contractual / CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Término. Cómputo / APLICACION DE LAS NORMAS VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO - Eventos sucedidos con posterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998 / ACUMULACION DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CON LA ACCION CONTRACTUAL PARA PEDIR LA NULIDAD DEL CONTRATO - Es procedente siempre y cuando el proponente, que alega haber sufrido un daño con ocasión del acto precontractual, interponga la acción contractual dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

En relación con la procedencia de la acción contractual para pedir la nulidad del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos precontractuales, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que puede ser ejercida dentro de los 2 años que contempla la ley como término de caducidad para dicha acción, pero que en aquellos casos en que el demandante es un proponente que alega haber sufrido un daño con ocasión del acto precontractual supuestamente ilegal, para que prosperen sus pretensiones indemnizatorias tiene que incoar tal acción dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que en principio procede para la impugnación de tales actos y que la ley permite acumular con la contractual para pedir la nulidad del contrato. (...) El acto de adjudicación que el demandante reputa ilegal y originario del daño por el cual reclama la indemnización de perjuicios, fue expedido el 12 de julio de 1999 y aunque no consta su notificación, comunicación o publicación, sí se probó que el contrato adjudicado fue suscrito al día siguiente. En virtud de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, los proponentes inconformes con tal decisión administrativa, ya no podían ejercer en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues ya se había celebrado el contrato, razón por la cual si querían cuestionar la validez del acto administrativo, debían acudir a la acción contractual, para pedir la nulidad del contrato, alegando para ello la ilegalidad del acto precontractual y si además aspiraban a obtener el restablecimiento del derecho o la indemnización de los perjuicios ocasionados con tal acto ilegal, por considerar que a pesar de haber presentado la mejor oferta fueron injusta e ilegalmente privados de la adjudicación, tal demanda ha debido presentarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecución del acto administrativo. (...) resultaba procedente el análisis de validez del contrato demandado con fundamento en la legalidad o ilegalidad del acto de adjudicación, aunque se reitera que, dado que la demanda no se presentó dentro de los 30 días siguientes a la expedición del acto de adjudicación –que lo fue el 12 de julio de 1999, siendo celebrado el contrato al día siguiente-, aún en el evento en el que se hubiera concluido que la decisión estuvo viciada –lo cual no ocurrió-, no hubiera habido lugar a restablecimiento alguno a favor del demandante.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencias de 4 de febrero de 2010, exp. 16540 y de 30 de abril de 2012, exp. 21571

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87.2

APLICACION DE LAS NORMAS VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO - Eventos sucedidos con posterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998 / CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Dos años siguientes a su perfeccionamiento / SOLICITUD DE CONCILIACION PREJUDICIAL - Suspende el término de caducidad de la acción contractual

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, que contempla los términos de caducidad de las acciones que proceden ante la jurisdicción contencioso administrativa, establece en el literal e) del numeral 10, que “La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento”. El contrato celebrado como resultado de la adjudicación cuya legalidad se cuestiona en el sub-lite, tenía un término de duración de 10 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, lo que significa que la demanda de nulidad en su contra tenía un término de caducidad de 2 años contados a partir de su perfeccionamiento, el cual, como es bien sabido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se produce cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y el mismo se eleva a escrito, es decir, se perfecciona con su suscripción, la cual, se reitera, se produjo el 13 de julio de 1999. Esto significa que la acción contractual encaminada a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato debió incoarse máximo el día 13 de julio de 2001. No obstante, se observa que las partes adelantaron un procedimiento de conciliación extrajudicial con ocasión de la solicitud presentada por el demandante el 30 de abril de 2001, la cual culminó con la audiencia de conciliación llevada a cabo el día 17 de julio de 2001, lo que demuestra que el término de caducidad estuvo suspendido durante dicho lapso y que en consecuencia, la demanda fue presentada oportunamente, el 18 de julio de 2001.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / LEY 446 - ARTICULO 44

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Debe desvirtuarse la presunción de legalidad del acto precontractual para que se acredite la nulidad del contrato

Estima la Sala que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto de adjudicación contenido en la resolución n.º 00407 del 12 de julio de 1999 y por lo tanto, no acreditó la nulidad absoluta del contrato 344 de 1999 celebrado entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y la sociedad Catering de Colombia S.A., razón por la cual resulta procedente la confirmación del fallo de primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO
LA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01678-01(27507)

Actor: JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL -
DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA**

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 21 de enero de 2004, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 12 de julio de 1999, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital de Bogotá adjudicó la licitación pública 005 de 1999 a la firma Catering de Colombia S.A., con la cual celebró al día siguiente, 13 de julio de 1999, el contrato de suministro n.º 344. El señor Javier Ignacio Pulido Solano, quien fue proponente dentro de dicha licitación pública, consideró que la adjudicación fue ilegal y debió favorecerlo por haber presentado la mejor oferta, ya que el adjudicatario no probó tener la suficiente capacidad residual de contratación.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 18 de julio de 2001, a través de apoderado debidamente constituido, el señor Javier Ignacio Pulido Solano presentó demanda en contra del Distrito Capital de Bogotá-Departamento Administrativo de Bienestar Social y la sociedad Catering de Colombia S.A., cuyas pretensiones fueron (f. 1 a 11, c. 1):

A. PETICIONES PRINCIPALES:

PRIMERA PRINCIPAL: *Declárese nulo el contrato de suministro de alimentación No. 344 de fecha 13 de julio de 1999, y sus siete adiciones, celebrado entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL y la sociedad CATERING DE COLOMBIA S.A. por las causas expuestas en esta demanda.*

SEGUNDA PRINCIPAL: *Que se condene a BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-DEPARTAMENTO ADTIVO DE BIENESTAR SOCIAL a pagar a mi mandante JAVIER IGNACIO PULIDO LOZANO¹ la totalidad de los perjuicios sufridos con la suscripción irregular del contrato cuya nulidad se pide, tales como el valor de los ingresos que por todo concepto tenía derecho mi mandante con la ejecución del contrato, la disminución de sus ingresos operativos y de administración y, en general, todos los que se prueben en el juicio.*

TERCERA PRINCIPAL: *Que se ordene la correspondiente actualización monetaria (...)*

B. PETICIONES SUBSIDIARIAS:

Para el caso en que el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca considere que no puede decretar la nulidad del contrato sin decretar primeramente la del

¹ Mediante memorial presentado posteriormente, se corrigió la demanda para aclarar que el segundo apellido del demandante era Solano y no Lozano, como aparecía en el libelo introductorio (f. 23, c. 1).

acto de adjudicación que le dio origen, planteo entonces el siguiente juego de peticiones subsidiarias:

PRIMERA SUBSIDIARIA: Declárese nulo el acto administrativo de adjudicación de la licitación pública No. 005/99 resolución número 407 del 12 de julio de 1999 proferido por la Directora del Departamento Administrativo de Bienestar Social.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Declárese nulo el contrato de suministro de alimentación No. 344 de fecha 13 de julio de 1999 y sus adiciones, celebrado entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL y la sociedad CATERING DE COLOMBIA S.A. por las causas expuestas en esta demanda.

TERCERA SUBSIDIARIA: Que como consecuencia de la nulidad anterior se declare que JAVIER IGNACIO PULIDO LOZANO tenía derecho a que se le adjudicara licitación (sic) pública No. 005/99 cuyo objeto era el suministro de alimentación para los habitantes de la calle vinculados al programa 7151 'atención al habitante de la calle' en su primera fase.

CUARTA SUBSIDIARIA: Que se condene a BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL a pagar a mi mandante la totalidad de los perjuicios sufridos con la expedición irregular del acto acusado y la indebida celebración del contrato cuyas nulidades se pide, tales como el valor de los ingresos que por todo concepto tenía derecho mi mandante con la ejecución del contrato, la disminución de sus ingresos operativos y de administración y, en general, todos los que se prueben en el juicio.

QUINTA SUBSIDIARIA: Que se ordene la actualización monetaria (...).

2. El demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, que el 19 de abril de 1999 el Departamento Administrativo de Bienestar Social abrió la licitación pública n.º 005, cuyo objeto era el suministro de alimentación para los habitantes de la calle vinculados al programa 7151 "atención al habitante de la calle" en su primera fase, a la que concurren 6 oferentes, entre ellos el demandante, de los cuales 3 fueron rechazados.

2.1. Manifestó el demandante que el pliego de condiciones exigía una capacidad mínima de contratación de 6 557 SMLMV pero olvidó establecer el requisito de la capacidad residual de contratación de conformidad con lo establecido en el Decreto 092 de 1998.

2.2. De los 3 oferentes hábiles, Catering de Colombia S.A., quien resultó finalmente favorecida con la adjudicación, no cumplía con la capacidad residual de contratación que se requería para celebrar el contrato adjudicado, situación que había sido advertida a la entidad por los demás proponentes, razón por la cual ésta les solicitó aportar certificación sobre dicha capacidad.

2.3. En respuesta a la anterior solicitud, certificaron, respectivamente, en salarios mínimos legales mensuales vigentes: Catering de Colombia S.A., 14 786,73 SMLV; Jamida Caterine Ltda., 7 567,56 SMLV y Javier Ignacio Pulido Lozano, 9 406,45 SMLV.

2.4. El demandante sostuvo que la certificación de Catering de Colombia S.A. no cumplía con la definición dada por el Decreto 092 de 1998, pues de su capacidad de contratación omitió restar el contrato suscrito con BP Exploration Company Colombia Ltda. por valor de \$ 20 396 970 000 -que inició el 1º de abril de 1998 y terminaba el 30 de marzo de 2001, según el formato 4 de su oferta y que equivale a 86 259,70 SMLMV- y de haberlo hecho, el resultado habría sido negativo y se habría comprometido su capacidad real de contratación, que estaría copada y además sería negativa, pues según la calificación que hizo el comité evaluador, la firma Catering de Colombia S.A. tiene una capacidad de contratación de 73 874,13, por lo que al hacer la resta correspondiente, da un déficit en su capacidad de contratación, es decir una capacidad residual negativa, de 13 405,47 SMLMV.

2.5. Manifestó que lo anterior fue advertido en la audiencia de adjudicación, a pesar de lo cual la misma favoreció a la sociedad Catering de Colombia S.A.

2.6. Alegó que teniendo en cuenta que el demandante había sacado el más alto puntaje una vez hubiese sido descalificada la mencionada firma, tenía derecho a la adjudicación del contrato y al haber sido privado del mismo se le produjeron perjuicios materiales consistentes en la pérdida de los beneficios que le habría reportado, estimados en el 33% del valor del contrato antes del IVA –por utilidad esperada, más la administración de su empresa que habría pagado con el contrato, más la experiencia e influencia en el registro de proponentes-.

2.7. Afirmó que con fundamento en los hechos narrados y en lo dispuesto por el artículo 44 numerales 2 y 4 de la Ley 80 de 1993, el contrato celebrado entre la parte demandada y la sociedad Catering de Colombia S.A., es nulo y adujo como normas violadas i) los artículos 13 y 209 de la Constitución Política, por violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, al crear interpretaciones acomodaticias y establecer excepciones como las que se argumentaron en el proceso de adjudicación en relación con el Decreto 092 de 1998, al afirmar que eran los mismos proponentes quienes debían manifestar bajo la gravedad del juramento su propia capacidad residual de contratación; ii) el artículo 1º del Decreto 092 de 1998 en concordancia con los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y la cláusula 1.11 de los pliegos de condiciones, pues el primero reguló la capacidad residual que tiene un oferente al momento de presentar una oferta y la norma fue interpretada en forma acomodada por la entidad con el fin de adjudicarle a la sociedad Catering de Colombia S.A., al establecer que para la determinación de la capacidad residual de contratación debía tenerse en cuenta el porcentaje que ha sido ejecutado de los contratos que tuvieran celebrados.

II. Actuación procesal

3. El Distrito Capital de Bogotá-Departamento Administrativo de Bienestar Social **contestó la demanda**², aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones (f. 40, c. 1), por cuanto consideró que el contrato adjudicado a la sociedad Catering de Colombia S.A. fue válidamente celebrado y la adjudicación cuya legalidad se cuestiona, obedeció a los principios de la contratación administrativa –transparencia, igualdad, economía, equidad- y conforme al principio de la buena fe, “(...) *pues la capacidad residual de contratación a que se refiere el accionante, la certificaron los proponentes bajo la gravedad del juramento y ello determina el grado de responsabilidad y respaldo económico de cada uno de ellos*”.

3.1. Sostuvo que el pliego de condiciones exigía una capacidad de contratación igual o superior al 4 557 SMLMV, la cual se tomaría del registro único de proponentes de la Cámara de Comercio, y que la capacidad máxima de contratación significaba así mismo la capacidad residual de contratación.

3.2. Adujo que de acuerdo con la reglamentación del registro único de proponentes y lo señalado por la Cámara de Comercio, eran los mismos proponentes quienes debían autocalificarse y era su responsabilidad acreditar cuál era su capacidad residual, “*de tal manera que la administración no puede calcular la contratación de un proponente, ya que es responsabilidad de él indicarla a la entidad, dado que la Ley 80 de 1993 en el numeral 8 del Artículo 24 reza: ‘Las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley’...*”.

² El auto admisorio de la demanda también fue notificado personalmente al representante legal del Departamento Administrativo de Bienestar Social y por aviso al representante legal de la sociedad Catering de Colombia S.A.; esta última guardó silencio (f. 16 y 18, c.1).

3.3. Agregó que a solicitud de 2 de los oferentes, al poner en su conocimiento el acta de evaluación y calificación de las ofertas y en consideración a que en el pliego de condiciones y en la calificación inicial no se tuvo en cuenta la capacidad residual de contratación, la entidad pidió a los oferentes habilitados certificar bajo la gravedad del juramento su capacidad residual de contratación, habiendo certificado en salarios mínimos legales mensuales, Catering de Colombia S.A. 14 786,73 y Javier Ignacio Pulido, 9 406,542.

3.4. Reiteró que la firma Catering de Colombia S.A. certificó la referida capacidad residual de contratación bajo juramento y si *“(...) omitió información en ésta, no es responsabilidad de la administración, quien por el contrario debió aplicar el principio de la buena fe”,* en virtud del cual, a su juicio, *“(...) no le correspondía poner en duda lo que señala el proponente por mandato legal bajo la gravedad del juramento, su tarea se limita a recibir la información y en desarrollo del principio constitucional de la buena fe, creer, ya que cada proponente tiene la obligación de hacerlo ciñéndose estrictamente a la reglamentación vigente, exponiéndose a las sanciones a que haya lugar por señalar información que no es veraz a la Cámara de Comercio o a la entidad que esté licitando”.*

3.5. Enfatizó en que se respetó el principio de igualdad en el procedimiento licitatorio, pues no hubo un tratamiento diferenciado para los proponentes y se produjo una selección objetiva, que recayó sobre la mejor oferta, que fue la que obtuvo el mayor puntaje y que celebrado el contrato, el mismo fue ejecutado a cabalidad y liquidado en debida forma, por lo cual resulta improcedente e inútil la declaratoria de su nulidad, pues a nada conllevaría.

3.6. Alegó que las causales de nulidad contractual aducidas por el demandante no se configuraron porque, de un lado, no explicó contra qué

prohibición constitucional o legal fue celebrado el contrato cuestionado y de otro lado, por cuanto los actos administrativos que le sirvieron de fundamento tienen plena vigencia, ya que el término para demandar su nulidad consagrado en el artículo 87 del CCA -30 días siguientes a su comunicación- venció hace tiempo y ahora se pretende la nulidad del contrato en forma infundada.

3.7. El demandado alegó como excepciones i) la ausencia de causales que invaliden el acto administrativo demandado, pues las alegadas por el demandante en contra del contrato fueron desvirtuadas; ii) la inepta demanda por no contemplar el *petitum* la totalidad de los actos administrativos que contienen la decisión de adjudicación del concurso y su celebración, pues sólo se demandó la nulidad del contrato 344 de 1999 pero no se mencionan como demandados los actos previos al mismo que condujeron a su celebración y iii) la excepción de oficio, es decir las que resulten probadas en desarrollo del proceso.

4. El 21 de enero de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que no se probó en el plenario que el contrato se hubiera celebrado contra alguna prohibición constitucional o legal y de otro lado, se acreditó que la adjudicación recayó en la oferta de la sociedad Catering de Colombia S.A., quien obtuvo el mayor puntaje y que además, tenía la capacidad residual de contratación requerida, pues así lo certificó bajo juramento, lo cual fue aceptado con fundamento en el principio constitucional de la buena fe (f. 88 a 98, c. ppl).

4.1. Agregó que debía tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 del estatuto contractual, en cuanto a que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, para el caso concreto las certificaciones sobre capacidad

residual para contratar, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

4.2. Finalmente, sostuvo el *a-quo* que *“En cuanto a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 00407 del 12 de julio de 1999 por el cual se adjudicó la Licitación Pública No. 005 de 1999, tratándose de un acto precontractual, no demandado en su oportunidad y ya suscrito el contrato, cuya legalidad (sic) solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato, tampoco procede por las mismas razones expuestas”*.

5. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el que solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró sus argumentos de primera instancia, en el sentido de que la administración, si bien corrigió la omisión de no haber exigido en el pliego de condiciones la acreditación de la capacidad residual de contratación, interpretó mal la norma que debía aplicar para establecerla –artículo 1 del Decreto 92 de 1998-, pues *“(...) en vez de restar el valor de los contratos en ejecución, restó parcialmente uno de ellos (...)”* (f. 113, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

6. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en el año 2001 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 26 390 000 y en el presente caso, la

parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 200 000 000, por concepto de los perjuicios sufridos con la suscripción irregular del contrato cuya nulidad se pide (f. 2 y 10, c. 1).

II. Hechos probados

7. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis³:

7.1. El 19 de abril de 1999, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital abrió la licitación pública n.º DABS 005 de 1999, cuyo objeto fue el suministro y preparación de alimentación para los habitantes de la calle vinculados al proyecto 7151 “*Atención al habitante de la calle*” en su primera fase de atención transitoria (pliego de condiciones, f. 165, c. 2).

7.2. La licitación pública n.º DABS 005 de 1999 se rigió por un pliego de condiciones entre cuyas disposiciones se encuentran (f. 158 a 215, c. 2):

7.2.1. Para realizar las actividades de suministro, los participantes de la licitación debían estar inscritos, calificados y clasificados en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio como proveedores, con una capacidad de contratación igual o superior a 6 557 SMLMV (numeral 1.11, f. 168).

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La entidad demandada remitió al tribunal *a-quo* copia de los documentos del contrato suscrito con la demandante, por lo cual serán tenidos en cuenta (c. 3).

7.2.2. Entre los documentos de la propuesta que debían presentar los oferentes, se encuentra la información sobre cumplimiento de contratos anteriores, debiendo suministrarla *“en el formato anexo No. 4 Certificaciones de Cumplimiento, modelo suministrado por el Departamento, con el fin de obtener información sobre la experiencia del proponente y el cumplimiento en contratos de suministro de alimentación”*, aclarando que *“por cada contrato, se debe anexar una certificación o varias de la misma entidad, si son del mismo periodo”* y que se debían anexar máximo 6 certificaciones de experiencia en la ejecución de contratos similares al objeto de la licitación, que se hubieran celebrado por una cuantía mínima de \$ 500 000 000,00, expedidas por las entidades públicas o privadas a las que se suministró la alimentación. Se estableció así mismo, que las certificaciones debían versar sobre contratos ejecutados durante los dos años anteriores al 31 de diciembre de 1998, incluyendo los contratos terminados o en ejecución en dicho periodo (numeral 3.3.10, f. 183 y 184).

7.2.3. Entre las causales de rechazo de las ofertas, se contempló la presentación de ofertas incompletas, por no incluir los documentos exigidos en el numeral 3.3 del pliego o cuando contuvieran defectos no saneables y así mismo, *“cuando el proponente no cumpla con la Capacidad Mínima de Contratación de 6.557 SMMLV, referida en el numeral 1.11 de este pliego de condiciones”* (numeral 4.7, f. 189 y 190).

7.2.4. En los factores y criterios de evaluación y adjudicación, se estableció que aquella se efectuaría teniendo en cuenta las variables, factores y subfactores de calificación, sobre una asignación máxima total de 1000 puntos, que el informe jurídico no tendría ponderación alguna y que el puntaje se repartiría así (capítulo 5, f. 192):

VARIABLES	SUBPUNTAJE	PUNTAJE TOTAL
-----------	------------	---------------

FACTOR FINANCIERO		200
Índice de liquidez	50	
Capital de trabajo	50	
Patrimonio líquido	50	
Nivel de endeudamiento	50	
FACTOR ECONÓMICO		150
Valor de la propuesta		
FACTOR TÉCNICO		650
Cumplimiento de contratos anteriores	150	
Antigüedad de la empresa	100	
Recurso humano ofrecido	60	
Especificaciones sobre la alimentación	240	
Aspectos técnicos varios	100	
		1000

7.3. Mediante resolución n.º 00407 del 12 de julio de 1999, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital adjudicó la licitación a la sociedad Catering de Colombia S.A., por valor de \$ 924 194 736,00. En las consideraciones de este acto administrativo se registró que en cumplimiento de lo establecido en la ley y el pliego, se llevó a cabo una audiencia pública de precisión con el fin de aclarar el contenido y alcance del pliego de condiciones. Y que los 5 proponentes: Javier Ignacio Pulido Solano, Jamida Caterine Ltda., consorcio Alimentos Spress Ltda, Catering de Colombia S.A. y unión temporal Exproalim, presentaron observaciones al informe de evaluación de las propuestas, las cuales fueron resueltas por la directora del departamento de acuerdo con el pliego de condiciones en el

acto de adjudicación, según reposan en el acta de recomendación de adjudicación del comité asesor, que hace parte integrante del acto administrativo (dicha acta no obra en el expediente); a continuación, se lee (f. 115, c. 2):

Que la Directora del Departamento Administrativo de Bienestar Social, utilizando los factores de evaluación y los criterios consignados en el Pliego de Condiciones y en aplicación de los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993, acoge la recomendación formulada por el Comité Evaluador para adjudicar la Licitación Pública No. 005 de 1999, a la propuesta presentada por CATERING DE COLOMBIA S.A., por ser el ofrecimiento más favorable para el Departamento Administrativo de Bienestar Social y para los fines que con esta contratación se persiguen.

Que la mencionada adjudicación se realiza teniendo en cuenta lo dispuesto en el Numeral 4.9 del Pliego de Condiciones, y en razón a que el proponente mencionado cumple con los requerimientos técnicos exigidos y su propuesta económica se ajusta al presupuesto oficial estimado para la contratación objeto de la presente licitación.

7.4. El 13 de julio de 1999, el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital celebró el contrato n.º 344 con la sociedad Catering de Colombia S.A., cuyo objeto fue el suministro y preparación de alimentación para los habitantes de la calle vinculados al proyecto 7151 "Atención al habitante de la calle" en su primera fase de atención transitoria, por valor de \$ 924 194 736,00 y con una duración de 10 meses, a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación del contrato (f. 119, c. 2).

7.5. El contrato de suministro n.º 344 fue adicionado en 7 ocasiones, por un valor total de \$ 462 097 368 y en la última prórroga, efectuada el 27 de abril de 2001, se estipuló que la misma sería hasta el agotamiento de los recursos, habiéndose ejecutado el contrato hasta el 14 de mayo de 2001 (f. 124 a 132 e informe del supervisor del contrato, f. 145, c. 2).

7.6. El contratista cumplió con sus obligaciones a cabalidad, ejecutando el contrato con un suministro de bienes y una prestación de servicios de excelente calidad (informe presentado por el supervisor del contrato a la oficina asesora jurídica del Departamento Administrativo de Bienestar Social el 4 de julio de 2001, f. 145, c. 2).

7.7. El 4 de julio de 2001, el contrato n.º 344 del 13 de julio de 1999 fue liquidado de común acuerdo por las partes, arrojando un saldo de \$ 919,00 a favor de la entidad contratante (f. 157, c. 2).

III. El problema jurídico

8. Con fundamento en los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer i) si resultan procedentes las excepciones propuestas por la parte demandada; en caso contrario, ii) si las pretensiones están llamadas a prosperar, para lo cual se determinará iii) si el acto de adjudicación que precedió al contrato demandado está viciado de nulidad, al no haber recaído en la mejor oferta, iv) si se probó que la oferta presentada por el demandante era la más conveniente y a pesar de ello fue privado ilegal e injustamente de la adjudicación y v) si resultan procedentes las pretensiones indemnizatorias, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

IV. Análisis de la Sala

Las excepciones

9. Las excepciones en los procesos judiciales, son un medio de defensa ejercido por la parte demandada, que va más allá de la simple negación de la relación fáctica realizada por el demandante, ya que consisten en hechos

nuevos, tendientes a enervar las pretensiones; la excepción “(...) se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por este, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso”⁴.

10. La excepción perentoria o de fondo, que es la que procede en los procesos contencioso administrativos,⁵ representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y que excluye los efectos jurídicos perseguidos por la demanda; quien propone una excepción al ser demandado, en realidad lo que hace es alegar hechos nuevos, distintos a los expuestos en el libelo introductorio e impeditivos o extintivos del derecho pretendido por el actor. En relación con las excepciones en los procesos judiciales, ha dicho la jurisprudencia:

(...) las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones –excepciones previas, que se resuelven antes de continuar con el proceso-, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal –excepciones de fondo o perentorias, que se deciden en la sentencia-, por lo que constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo; existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa.

⁴ , Azula Camacho, Jaime, “Manual de Derecho Procesal”, T. I, Teoría General del Proceso, Editorial Temis S.A., 8ª ed., 2002, p. 316.

⁵ El artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, establece que “En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. // En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. // Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. // El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus”. A su vez, el artículo 144, que se refiere a la contestación de la demanda en los procesos contencioso administrativos, dispone que “Durante el término de fijación en lista el demandado podrá contestar la demanda mediante escrito que contendrá: (...) La proposición de todas las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante, las cuales se decidirán en la sentencia (...)”

(...)

Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido.

En los procesos contencioso administrativos, sólo son admisibles las excepciones perentorias, puesto que aquellos asuntos que pudieran corresponder a excepciones previas, sólo podrán plantearse como causales de nulidad procesal y serán resueltos en la sentencia⁶.

11. En el presente caso, los planteamientos que a título de excepción hizo la demandada, consistentes en la ausencia de causales que invaliden el acto administrativo demandado, constituyen apenas una negación de los hechos aducidos por la parte actora y una defensa general frente a sus pretensiones, asunto que es la materia de fondo del litigio que debe ser resuelto por el juez.

12. En relación con la de inepta demanda “*por no contemplar el petitum la totalidad de los actos administrativos que contienen la decisión del concurso y su celebración*”, se advierte que la parte actora aduce la existencia de un daño proveniente de la privación injusta e ilegal de su derecho a la adjudicación de un contrato por haber presentado la mejor oferta en el procedimiento de selección respectivo y que de haberlo podido ejecutar, le habría reportado unas utilidades, pero que fue irregularmente adjudicado y celebrado con otro proponente, con lo cual se le produjeron perjuicios cuya indemnización pretende.

13. Al respecto, se observa que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, establece que los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo⁷. Y específicamente, en cuanto al acto de adjudicación, dispone en su párrafo 1º que podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del referido código.

14. Por su parte, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que regula la acción de controversias contractuales, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 –y aplicable en el presente caso, pues la demanda fue presentada con posterioridad-, establece en su 2º inciso que 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, pero que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

15. En el *sub-lite*, el acto administrativo por el cual se adjudicó el contrato fue expedido el 12 de julio de 1999 y el contrato adjudicado, fue celebrado el día 13 de julio de 1999, lo cual significa que, de acuerdo con la norma procesal mencionada, si los proponentes vencidos en el procedimiento de selección querían controvertir judicialmente la decisión de adjudicación, ya sólo podían hacerlo mediante el ejercicio de la acción contractual dirigida a obtener la declaratoria de nulidad del contrato celebrado con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación⁸, cuya nulidad también debían solicitar en la misma demanda, mediante una acumulación de pretensiones permitida por la ley. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección ha dicho:

⁷ Lo dispuesto en esta norma, se entiende referido a los actos administrativos propiamente contractuales, es decir aquellos expedidos con posterioridad al perfeccionamiento del contrato.

⁸ El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consagra en el numeral 4º como una de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.

Si bien es cierto la acción que se invocó en la controversia que ocupa la atención de la Sala fue la de nulidad y restablecimiento del derecho y lo fue en tiempo (dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la audiencia en la cual se adjudicó el contrato),⁹ también lo es que como el actor aspira igualmente a que se anule el contrato, bien pudo acumular estas dos pretensiones dentro de una controversia de nulidad contractual, para lo cual el plazo de caducidad habría sido de dos años.

Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del c.c.a, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras.

En este sentido ya la Sala en sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10.065 con ponencia de quien ahora lo es en el presente proceso expresó que

“(…) De conformidad con el artículo 1746 del código civil, la sentencia que declara la nulidad del contrato sólo “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” y el demandante no es parte en el contrato celebrado en virtud de la adjudicación sino partícipe en el procedimiento de selección.

Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora.

La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.

⁹ Se refiere a la norma –art. 87 del C.C.A- antes de la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo con el cual el término para demandar los actos proferidos antes de la celebración del contrato es de 30 días.

Repárese como en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este.

Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio.”¹⁰

16. Analizando el contenido de la demanda que originó el presente proceso, se advierte que el demandante fue claro al plantear unas pretensiones principales y unas pretensiones subsidiarias; en las primeras, se limitó a pedir la declaratoria de nulidad del contrato estatal de suministro celebrado entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social del distrito y la sociedad Catering de Colombia S.A. y como consecuencia de tal declaratoria, que se condenara a la entidad demandada a la indemnización de los perjuicios sufridos por la demandante; pero en las subsidiarias, sí incluyó además de éstas, la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación que precedió a la celebración del contrato, razón por la cual no se configuró el defecto aducido en la contestación de la demanda.

Las pretensiones

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 7 de 2000, expediente 12.856, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Reiterada en sentencia de la Subsección C, del 15 de febrero de 2012, expediente 19880, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

17. En la demanda se pide la declaratoria de nulidad absoluta del contrato 344 de 1999, celebrado entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social del distrito capital y la sociedad Catering de Colombia S.A., con fundamento en las causales contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993: cuando el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal y cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

18. La nulidad constituye la sanción legalmente consagrada para aquellos eventos en los cuales el contrato se ha celebrado con el desconocimiento de requisitos y formalidades que el legislador ha considerado indispensables en su formación para hacerlos acreedores a la tutela y protección del ordenamiento jurídico o con vulneración de normas cuya observancia se impone al momento de su nacimiento¹¹ y consiste en privar de sus efectos, total o parcialmente, al respectivo acto o contrato, como si nunca hubiera existido. La nulidad es total, cuando el vicio invalida el acto o negocio jurídico en toda su extensión o parcial, cuando el mismo sólo recae sobre parte del mismo, pudiendo subsistir las otras disposiciones que lo conforman¹²; también puede ser relativa o absoluta, según la trascendencia de la norma vulnerada.

19. La nulidad relativa, está principalmente consagrada en interés particular, por corresponder a vicios que afectan concretamente a una de las partes¹³, caso en el cual deben ser alegados por el afectado para que proceda su

¹¹ El artículo 1740 del Código Civil dispone que *“es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad de las partes”*.

¹² El artículo 47 de la Ley 80 de 1993, establece que *“La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada”*.

¹³ *“Las causales que originan la nulidad relativa son menos graves y conciernen tan solo al interés particular: la incapacidad relativa, el error, la fuerza y el dolo sufridos por el contratante (es decir, los vicios del consentimiento) y, finalmente, la lesión enorme...”* Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de Obligaciones*, Editorial Temis, 4ª edición, 1990, p. 234.

declaración y son susceptibles de saneamiento¹⁴. La nulidad absoluta, por su parte, está consagrada en interés general y corresponde a aquellos eventos en los que el desconocimiento de tales formalidades y requisitos configura una seria vulneración del ordenamiento jurídico y reviste una gravedad tal, que el vicio resulta insaneable por ratificación¹⁵ y puede ser declarada de oficio por el juez.

20. El propósito principal de la declaratoria de nulidad es eliminar del ámbito jurídico el acto o contrato que ha surgido en contravención del ordenamiento normativo al que se hallaba sujeto, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos y aún cuando ya éstos se hubieren producido y por ello, busca devolver las cosas al estado en que se *hallarían si no hubiese existido el contrato nulo* (artículo 1746 C.C.), es decir que la declaratoria de nulidad afecta la validez del acto o contrato desde el mismo momento de su celebración, lo cual implica que tiene efectos *ex tunc*, se extienden hacia el pasado, como si el negocio jurídico no se hubiera celebrado y tiende a dejar a las partes en el estado en que se hallaban antes de su celebración¹⁶.

¹⁴ El estatuto de contratación estatal se refiere a los demás vicios de procedimiento o de forma que pueden ocurrir y que no constituyen causales de nulidad, para establecer que cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio (art. 49).

¹⁵ La imposibilidad del saneamiento por ratificación se predica de la nulidad absoluta de los contratos estatales, toda vez que según el artículo 1742 del Código Civil, en los contratos privados, cuando la misma no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria. En relación con esta última, que implica el saneamiento de la nulidad por el transcurso del tiempo –la prescripción extraordinaria es de 10 años, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 791 de 2002–, la jurisprudencia de la Sección ha admitido su aplicación respecto de la nulidad absoluta de los contratos estatales, al manifestar que si bien el juez puede declararla de oficio y no está sujeto al término de caducidad de la acción dispuesto por el legislador para las partes, “(...) *sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., “...que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos...”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 17555, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ En relación con los efectos de la declaratoria de nulidad de los contratos estatales, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece que “*la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. // Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se*

21. La Ley 80 de 1993 dispuso las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, entre las cuales se hallan las consagradas en las normas de derecho privado y además, las establecidas específicamente en el estatuto contractual (artículo 44), de tal manera que los vicios que afectan la validez del contrato y conducen a la declaratoria de nulidad absoluta del mismo, son: i) objeto ilícito, ii) causa ilícita, iii) omisión de las formas solemnes en su celebración, iv) incapacidad absoluta de uno de los contratantes (art. 1741, C.C.); v) cuando se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 899, C. de Co); la celebración del contrato vi) con personas incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, vii) contra expresa prohibición constitucional o legal o viii) con desviación o abuso de poder, ix) la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamente el contrato y x) cuando se celebre el contrato con violación de los principios de reciprocidad y de preferencia de ofertas nacionales¹⁷; la nulidad absoluta, que puede ser alegada por las partes, el agente del ministerio público o cualquier persona que acredite un interés directo (art. 32, L. 446 de 1998), puede ser declarada de oficio y no es susceptible de saneamiento por ratificación (art. 45, L. 80 de 1993); los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causal de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de 2 años

probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público". También hay que tener en cuenta que, en ocasiones, el legislador le otorga un efecto *ex nunc* –hacia el futuro- a la declaratoria de nulidad, tal y como lo hace, a título de ejemplo, el artículo 6º -numeral 6.3- de la Ley 1150 de 2007, al referirse a la impugnación judicial del acto de inscripción en el registro único de proponentes, disponiendo que *"Adoptada la decisión, la misma sólo tendrá efectos hacia el futuro"*.

¹⁷ El legislador dispuso que en los casos de nulidad absoluta por inhabilidad o incompatibilidad, por celebración contra expresa prohibición constitucional o legal y declaratoria de nulidad de los actos en que se fundamenten, el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (art. 45, inc. 2º, L. 80 de 1993).

contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio (art. 46, L. 80 de 1993).

Primera causal: celebración contra expresa prohibición constitucional o legal

22. Cuando se alega la nulidad absoluta del contrato estatal, recae sobre el demandante la carga no sólo de aducir alguna de las causales legalmente contempladas para ello, sino además, la de explicar el fundamento fáctico y jurídico de la acusación esgrimida, por cuanto se trata de un requisito de la demanda que se presenta ante esta jurisdicción, según lo establecido en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual, toda demanda ante la jurisdicción administrativa debe contener, entre otros requisitos, los fundamentos de derecho de las pretensiones y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, implica que deben indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación; “[l]a cita de las normas violadas y el concepto de la violación tienen que ver con las acciones de impugnación de actos jurídicos, ya que en éstas la violación de la ley en su expresión específica es causa petendi autónoma para pretender la nulidad del acto. Por esa razón, si el juzgador estudia oficiosamente otras normas diferentes no alegadas estará modificando la demanda en su causa petendi”¹⁸, afirmación valedera frente al contrato, en la medida en que se trata de un acto jurídico bilateral cuya legalidad se cuestiona cuando se pide la declaratoria de nulidad total o parcial del mismo, solicitud que implica sustentar las razones por las cuales se considera que el negocio jurídico es violatorio de la normatividad a la que se halla sujeto.

23. Lo anterior no implica desconocer la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre que la misma esté

¹⁸ Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, 7ª ed., 2009, p. 246.

plenamente demostrada en el proceso y que en éste intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, sino reiterar que el demandante no puede limitarse simplemente a pedir la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico para que el juez proceda a su revisión, sino que tiene la carga de sustentar dicha pretensión mediante la alegación de las causales de nulidad procedentes y la aportación o petición de pruebas para la comprobación del vicio presente en el contrato.

24. En el presente caso, a pesar de que la parte actora adujo la causal enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, no encuentra la Sala dentro de los términos de la demanda, cuál fue la expresa prohibición contenida en normas constitucionales o legales que fue vulnerada con la celebración del contrato fruto de la licitación pública 005 de 1999 en la que participó el demandante, es decir que dicha causal no fue debidamente sustentada.

25. El demandante ha debido plantear concretamente la prohibición o prohibiciones que a su juicio fueron vulneradas con la celebración del contrato demandado y expresar en qué normas específicas se encontraban contenidas, para que el juzgador pudiera confrontar el negocio jurídico con tal normatividad y establecer la existencia o inexistencia de la vulneración jurídica alegada, teniendo en cuenta para ello que, como lo ha manifestado la Sala al referirse a esta específica causal de nulidad absoluta del contrato, *“para la procedencia de la misma, es necesario que el negocio jurídico haya sido suscrito a pesar de la existencia de una prohibición expresa, contenida en la Constitución, la ley o en una norma con fuerza de ley, lo que de entrada descarta la nulidad proveniente del desconocimiento de una prohibición contenida en normas jerárquicamente inferiores, tales como decretos, ordenanzas, acuerdos, etc., debiendo tratarse entonces de una disposición contenida en la Constitución Política, o que haya sido expedida directamente por el legislador o el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, en la cual éstos de manera concreta hayan*

prohibido la celebración de esa clase de contratos, lo que implica así mismo, que no puede aducirse la causal mediante interpretaciones que conduzcan a deducir la existencia de la supuesta prohibición”¹⁹, es decir que además, para que se configure esta causal de nulidad de los contratos estatales, la prohibición a la que se refiere la norma, debe estar dispuesta en términos concretos e indiscutibles:

*Interesa al sub lite el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando **“se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”**.*

*Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que ésta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala²⁰ y, ii) La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo ha sostenido la jurisprudencia, según lo refleja el siguiente pronunciamiento:*

*“Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, **la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa**, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP²¹-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se*

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, expediente 17204, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁰ [172] “Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

²¹ [173] “Nota original de la sentencia citada: “Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... **contra expresa prohibición constitucional o legal.**” **Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente**²² (negritas fuera del texto original).

Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita²³.

26. La falta de sustentación de la referida causal de nulidad, conduce en consecuencia, a que este cargo no esté llamado a prosperar.

Segunda causal de nulidad: que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el contrato

27. Esta causal de nulidad del contrato estatal, implica evaluar los cargos de ilegalidad aducidos en la demanda en contra del acto administrativo que le sirvió de fundamento, toda vez que será la declaratoria de nulidad de dicho acto, la que permita configurar la causal de anulación del contrato demandado. En el presente caso, la decisión administrativa que se

²² [174] Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Expediente: 31480”.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15324, reiterada en sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

cuestiona es la de adjudicación de la licitación pública en la que presentó oferta el demandante, respecto de la cual se afirmó en la demanda que no recayó en la oferta más favorable, que era la presentada por éste.

28. En casos como el presente, la jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa en afirmar que para la prosperidad de las pretensiones se requiere la comprobación de que el acto de adjudicación es ilegal, que no recayó sobre la mejor oferta y que el demandante fue quien presentó la propuesta que, cumpliendo todos los requisitos del respectivo pliego de condiciones y aplicando los criterios de calificación contenidos en el mismo, fue la más favorable para la administración y a pesar de ello, fue injusta e ilegalmente privado de la adjudicación. Así, ha dicho que *“[c]uando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.”*²⁴.

29. Lo anterior no es más que la reiteración del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C.P.C., conforme al cual, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, requisito sobre el que ha dicho la jurisprudencia²⁵:

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994, expediente 8071, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵ Sentencia del 28 de abril de 2005, Expediente No. 17.300.

“(...) para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos²⁶.

30. En el presente caso, la parte actora adujo que mediante el acto administrativo acusado se favoreció a otro proponente respecto del cual debió disminuirse el puntaje en proporción a la real capacidad residual de contratación, en aplicación de lo dispuesto por el Decreto 092 de 1998, porque de haberse efectuado correctamente el cálculo de la misma, la parte actora habría sacado el mayor puntaje en la licitación y habría obtenido el derecho a la adjudicación, de la cual, por lo tanto, fue ilegal e injustamente privada. Sostuvo, en los hechos de la demanda:

4) El pliego de condiciones exigía una capacidad mínima de contratación 6.557 SMLV en el ítem 1.11.

5) Mi mandante, así como otros proponentes le hicieron caer en cuenta al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL que no se tuvo en cuenta la capacidad residual de contratación ni en el pliego de condiciones ni en la evaluación inicial, incumpliendo el decreto 092 de 1998.

6) En la misma carta, de fecha 22 de junio de 1999, mi mandante le advirtió al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL que el oferente CATERING DE COLOMBIA S.A. carecía de la capacidad residual de

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 17.300, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

contratación para celebrar el contrato que se derivara de la licitación pública 005/99.

7) Con base en la anterior carta el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL solicitó a todos los proponentes certificar bajo la gravedad del juramento sobre su capacidad residual, mediante oficio de fecha 29 de junio de 1999.

8) En respuesta a la solicitud anterior, las tres sociedades declaradas hábiles para contratar certificaron los siguientes valores en salarios mínimos de su capacidad residual: CATERING DE COLOMBIA S.A. 14.786,73 SMLV, JAMIDA CATERINE LTDA.: 7.567,56 SMLV y JAVIER IGNACIO PULIDO LOZANO 9.406,45 SMLV.

9) (...) el Comité Evaluador (...) decidió declarar no hábil para participar a la sociedad JAMIDA CATERINE LTDA. y dejó como hábiles a mi mandante JAVIER IGNACIO PULIDO LOZANO asignándole 783.00 puntos y a CATERING DE COLOMBIA S.A. adjudicándole 873.34 puntos.

10) La certificación expedida bajo juramento por CATERING DE COLOMBIA S.A. no cumple con la definición dada por el decreto 92 de 1999, pues según éste la capacidad residual 'resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista' mientras que la sociedad en cuestión omitió restar el contrato suscrito con BP Exploration Company Colombia Ltda.

11) Si restamos la totalidad del contrato citado, la sociedad CATERING DE COLOMBIA S.A. el resultado es negativo, esto es había comprometido su capacidad real de contratación más allá del límite establecido por el decreto 092 de 1998, pues haciendo las operaciones correctamente aparece un resultado negativo de menos sesenta y un mil ciento treinta y un salarios mínimos legales vigentes con ochenta y siete céntimas (-61.131,87 SMLV).

12) En la audiencia de adjudicación, mi mandante hizo esta observación pese a lo cual se le adjudicó el contrato a CATERING DE COLOMBIA S.A. que no tenía el mínimo de capacidad residual exigida.

13) Por lo anterior, mi mandante tenía derecho a la adjudicación de la licitación pública 005/99, pues tenía el más alto puntaje una vez descalificada la sociedad CATERING DE COLOMBIA S.A. quien no reunía los mínimos exigidos.

31. En relación con los anteriores hechos y teniendo en cuenta el exiguo material probatorio obrante en el proceso, encuentra la Sala que sólo está acreditado el contenido en el numeral 4, pero no obra prueba de las restantes afirmaciones efectuadas en la demanda, ya que además de los relacionados en el capítulo de hechos probados –párrafo 7-, sólo obran los siguientes documentos:

31.1. El pliego de condiciones, en el cual se estableció que si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en los documentos de la licitación o tuvieran dudas acerca de su significado o interpretación, podían aclararlas en la audiencia pública que celebraría la entidad para precisar el contenido y alcance de los documentos de la licitación, en el día allí anunciado –numeral 1.9.1, f. 167, c. 2- y que en todo caso, los proponentes podían formular consultas cuando requirieran aclaraciones adicionales, a las que se daría respuesta por escrito que sería enviado a todos los interesados que hubieren retirado pliego de condiciones –numeral 1.9.2-; así mismo, se anunció que toda modificación al pliego de condiciones se efectuaría mediante la expedición de adendos numerados, que harían parte del mismo y se enviarían a todos los interesados –numeral 1.9.3-. Y en relación con la capacidad de contratación de los oferentes, como ya se vio (párrafo 7.2.1), lo que se exigió fue la acreditación de una capacidad de contratación igual o superior a 6 557 SMLMV –numeral 1.11-, requisito cuyo incumplimiento fue consignado como causal de rechazo de las ofertas –numeral 4.7-.

31.2. Copia de un cuadro sin identificación –no consta quién lo elaboró- titulado *Anexo n.º 4, capacidad residual de contratación*, suscrito por Germán Trujillo Manrique como representante legal, aunque no dice de qué o quién, en el que se relaciona el “valor total de contratos en ejecución al 30 de abril de 2001” por \$ 8 662 023 239, una “capacidad de contratación certificada por la Cámara de Comercio en S.M.M.L.V” de 38 061,41, “menos: valor total de contratos en ejecución al 30 de abril de 2001 en

S.M.M.L.V": 30 286,79 y una "capacidad residual de contratación: capacidad de contratación certificada (por la Cámara de Comercio) menos valor total de contratos al 30 de abril de 2001 en S.M.M.L.V" de 7 774,62 (f. 150, c. 2).

31.3. Copia de otro cuadro en cuyo encabezado se lee "Departamento Administrativo de Bienestar Social Invitación Directa DABS 2001 Anexo No. 4 capacidad residual de contratación", en la parte inferior se lee que el nombre del proponente es Catering de Colombia S.A., representante legal: Luis Antonio Carrasco Delgado y aparece como fecha, el 30 de abril de 2001. En este cuadro, se registra como valor total de contratos en ejecución al 30 de abril de 2001, "52.334"; "capacidad de contratación certificado Cámara de Comercio en SMMLV 95.809"; menos "valor total de contratos en ejecución al 30 de abril de 2001 en SMMLV 52.234/" y "capacidad residual de contratación = capacidad de contratación certificada - valor total contratos en ejecución al 30 de abril de 2001 en SMMLV 43.575" (f. 151, c. 2).

31.4. Copia de oficio suscrito por el representante legal, la contadora y el revisor fiscal de Catering de Colombia S.A. del 30 de abril de 2001, en el que se lee: "Certificamos bajo la gravedad del juramento que la capacidad residual de contratación al 30 de abril de 2001 es de un valor de 43.575 SMMLV" (f. 152, c. 2).

31.5. Copia de la publicación *El Registro de Proponentes*, de la Cámara de Comercio de Bogotá, contentiva de normas como la Ley 80 de 1993 y el Decreto 92 de 1998, entre otras (f. 1 a 111, c. 2).

Certificado de existencia y representación de la sociedad Catering de Colombia S.A. en reestructuración, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (f. 112, c. 2).

31.6. Documento denominado *Valoración del proyecto "atención al habitante de la calle"*, en el cual se hace el cálculo de cuál fue el perjuicio ocasionado al demandante, *"basándose exclusivamente en la utilidad dejada de percibir por la no realización del contrato, sin incluirse otros costos por deterioro patrimonial"*, el cual aparece suscrito de manera ilegible (f. 133, c. 2).

31.7. Hoja de vida de Edgar Alberto Gerlein Soto, aparentemente la persona que elaboró el anterior documento (f. 140, c. 2).

31.8. Copia del acta de la audiencia de conciliación prejudicial n.º 01-041 llevada a cabo el 17 de julio de 2001 en la Procuraduría Octava Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, entre el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital y el señor Javier Ignacio Pulido Solano, en la cual las partes no llegaron a acuerdo alguno por cuanto la entidad consideró que la adjudicación de la licitación fue realizada con la observancia de los requisitos legales (f. 143, c. 2).

32. Los anteriores son los únicos documentos aportados al proceso, pero no obran ni las ofertas de los proponentes, ni los informes de evaluación realizados en la licitación, ni las observaciones efectuadas por los participantes, ni adendas al pliego de condiciones, ni las comunicaciones que supuestamente se cruzaron con la entidad en relación con la acreditación de la capacidad residual de contratación de los oferentes, etc. etc.

33. De acuerdo con lo anterior, no hay prueba de la afirmación efectuada en la demanda en el sentido de que la capacidad residual de contratación del proponente favorecido con la adjudicación, era inferior a la que declaró tener y tampoco de que en virtud de esta circunstancia, la calificación de las

propuestas estuvo errada, que la del demandante debió obtener mayor puntaje que las demás y que por lo tanto, ha debido ser favorecido con la adjudicación del contrato, omisión probatoria que conduce a la denegación de las pretensiones y por lo tanto, a la confirmación del fallo de primera instancia.

34. Finalmente, advierte la Sala que, aún en el evento de que se hubiera acreditado la ilegalidad del acto de adjudicación que sirvió de fundamento al contrato estatal demandado, lo que habría permitido la declaratoria de nulidad tanto del acto administrativo como del contrato, ello no habría conducido a la indemnización de perjuicios solicitada en la demanda, toda vez que la misma no fue presentada dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación.

35. En efecto, si bien el demandante pretende la indemnización de perjuicios que adujo haber sufrido con ocasión de la privación injusta e ilegal del derecho a la adjudicación de un contrato estatal, tal pretensión no tiene vocación de prosperidad, toda vez que siendo ello consecuencia del restablecimiento del derecho derivado de la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación demandado, la demanda ha debido ser presentada dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de dicho acto.

36. Al respecto, se observa que frente al daño que sufre una persona con ocasión de la expedición de un acto administrativo precontractual como el de adjudicación del contrato, dicho acto, como cualquier otro de carácter particular y concreto, debe ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que como es bien sabido, es aquella que puede incoar quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, caso en el cual podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho y también podrá

solicitar que se le repare el daño –artículo 85, C.C.A-, recayendo en el demandante, en tal caso, la carga de aducir las normas violadas y exponer el concepto de la violación –num 4º, artículo 137, C.C.A-, con fundamento en las causales de nulidad contempladas en el ordenamiento procesal administrativo –art. 84, C.C.A-, cuya configuración en relación con el acto administrativo demandado, deberá acreditar dentro del proceso, que deberá iniciar dentro del término legal dispuesto para la presentación de la respectiva demanda, en este caso, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto.

37. La jurisprudencia de la Sección estableció que en relación con tales actos precontractuales, sólo resulta procedente, precisamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad, puesto que cuando la norma hizo referencia a las dos acciones, también dispuso su procedencia según el caso, lo que significa que dependiendo de las pretensiones a ejercer y los efectos de la sentencia a la que conduzcan las mismas, se podrá incoar una u otra acción. Al respecto, sostuvo:

(...) el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2º al artículo 87 del C.C.A, en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente “actos separables” (les actes détachables) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión “según el caso”, con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas.

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 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.

No es propio del diseño que dio el legislador a los medios de control de la actividad de la administración, bajo la denominación de acciones, que dos o más de ellas sean procedentes para enjuiciar una misma actuación. Al contrario, al enjuiciamiento de cada actuación corresponde una acción.

Así, el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos –generales o particulares- que al desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado.

Y esa regla no sufrió variación en el inciso segundo que se adicionó al artículo 87 del C.C.A., para establecer las acciones a través de las cuales es posible el enjuiciamiento de los actos precontractuales. Es decir el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad pre-contractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones, según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación²⁷.

38. En consecuencia, tratándose de actos precontractuales de carácter particular y concreto, es decir que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de la mis

ma naturaleza y por lo tanto producen efectos respecto de una persona determinada, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual sólo puede ser ejercida por quien esté legitimado para ello, que para los efectos de esta clase de actos, lo estarán tanto los proponentes en los procedimientos de selección como la entidad que los adelanta. Al respecto la Sala en la misma sentencia manifestó:

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección, sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 de la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato.

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

Y ello por cuanto el acto de adjudicación puede llevar consigo la vulneración a sujetos determinados, los participantes en el proceso licitatorio incluida la entidad estatal contratante, de un derecho amparado en una norma, lo cual excluye su control por la vía del contencioso objetivo, dado que al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación.

(...)

En tal virtud, 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.

El 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.

La claridad de los textos legales arriba referidos impide interpretar que se puedan cuestionar todos los actos separables con independencia de los efectos que produzca la nulidad del acto e intentar así tanto la acción de nulidad, como la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación. El contencioso de simple legalidad en materia de actos precontractuales es viable en otras situaciones, como es la adopción de los pliegos de condiciones o el acto de autorización de los concejos o asambleas –según el caso- a los alcaldes y gobernadores para celebrar contratos.

39. El artículo 17 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 87 del C.C.A, que introdujo el medio de impugnación de los actos precontractuales, dispuso así mismo, un apremiante término de caducidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho de 30 días contados a partir de su notificación, comunicación o publicación y que vence incluso antes si se suscribe el contrato, pues una vez tal suscripción se produce, ya no es posible la impugnación independiente de tales actos administrativos a través de las referidas acciones.

40. En relación con la procedencia de la acción contractual para pedir la nulidad del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos precontractuales, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que puede ser ejercida dentro de los 2 años que contempla la ley como término de caducidad para dicha acción, pero que en aquellos casos en que el demandante es un proponente que alega haber sufrido un daño con ocasión del acto precontractual supuestamente ilegal, para que prosperen sus pretensiones indemnizatorias tiene que incoar tal acción dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que en principio procede para la impugnación de tales actos y que la ley permite acumular con la contractual para pedir la nulidad del contrato. Al respecto, ha dicho:

Las anteriores disposiciones, como es bien sabido²⁸, tienden a proteger los procedimientos de selección y contratación estatales, para blindarlos ante ataques injustificados que pueden afectar de manera directa el correcto funcionamiento de la Administración y en forma refleja el cumplimiento de los cometidos estatales y la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado, al entorpecer la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para ello, mediante la presentación de demandas temerarias cuyo único resultado sea precisamente el de afectar el buen desarrollo de la actividad contractual; para minimizar el riesgo de que ello suceda, el legislador decidió establecer un término apremiantemente corto -30 días- dentro del cual tales actos administrativos pueden ser demandados individualmente, bien sea en ejercicio de la acción de nulidad -que como es bien sabido corresponde a una acción pública que puede ser ejercida por cualquier persona en la sola defensa del ordenamiento jurídico, razón por la cual constituye una excepción este término para atacar los actos precontractuales, dado que en general el ejercicio de esta acción no se encuentra sometido a límite temporal alguno-, o bien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad principal es la de obtener la nulidad del acto y la consiguiente reparación de los daños sufridos con ocasión del acto administrativo que se demanda, acción frente a la cual, se produjo una disminución del término de caducidad común o general de 4 meses, regulado en el artículo 136 del CCA.

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.

Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia mediante la interpretación armónica de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento

²⁸ Se refiere al artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en cuanto modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo estableciendo para la impugnación de los actos precontractuales la procedencia de 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, sin que la interposición de estas acciones pueda interrumpir el procedimiento administrativo de licitación ni la celebración y ejecución del contrato, agregando que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual **o una vez celebrado el contrato** –lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso-, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de las posibilidad de cuestionar judicialmente su validez.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; para el exacto cumplimiento de este mandato constitucional, resulta indispensable otorgar a las víctimas de tales daños la posibilidad real de reclamar judicialmente su reparación a través de los mecanismos procesales apropiados, es decir, mediante el ejercicio de las distintas acciones dispuestas para acceder a la jurisdicción, dependiendo del origen del daño –acto administrativo, contrato estatal, hechos, omisiones u operaciones administrativas- acciones respecto de las cuales, no obstante, puede el legislador disponer la forma y el plazo para ejercerlas, así como podrá consagrar los términos de caducidad que considere apropiados.

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o a partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante²⁹.

El caso concreto

41. El acto de adjudicación que el demandante reputa ilegal y originario del daño por el cual reclama la indemnización de perjuicios, fue expedido el 12 de julio de 1999 y aunque no consta su notificación, comunicación o publicación, sí se probó que el contrato adjudicado fue suscrito al día siguiente. En virtud de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, los proponentes inconformes con tal decisión administrativa, ya no podían ejercer en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues ya se había celebrado el contrato, razón

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, expediente 16540, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, del 30 de abril de 2012, expediente 21571, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

por la cual si querían cuestionar la validez del acto administrativo, debían acudir a la acción contractual, para pedir la nulidad del contrato, alegando para ello la ilegalidad del acto precontractual y si además aspiraban a obtener el restablecimiento del derecho o la indemnización de los perjuicios ocasionados con tal acto ilegal, por considerar que a pesar de haber presentado la mejor oferta fueron injusta e ilegalmente privados de la adjudicación, tal demanda ha debido presentarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecución del acto administrativo.

42. Ahora bien, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, que contempla los términos de caducidad de las acciones que proceden ante la jurisdicción contencioso administrativa, establece en el literal e) del numeral 10, que *“La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento”*.

43. El contrato celebrado como resultado de la adjudicación cuya legalidad se cuestiona en el *sub-lite*, tenía un término de duración de 10 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación (cláusula sexta, f. 121, c. 2), lo que significa que la demanda de nulidad en su contra tenía un término de caducidad de 2 años contados a partir de su perfeccionamiento, el cual, como es bien sabido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se produce cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y el mismo se eleva a escrito, es decir, se perfecciona con su suscripción, la cual, se reitera, se produjo el 13 de julio de 1999. Esto significa que la acción contractual encaminada a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato debió incoarse máximo el día 13 de julio de 2001.

44. No obstante, se observa que las partes adelantaron un procedimiento de conciliación extrajudicial con ocasión de la solicitud presentada por el demandante el 30 de abril de 2001, la cual culminó con la audiencia de conciliación llevada a cabo el día 17 de julio de 2001, lo que demuestra que el término de caducidad estuvo suspendido durante dicho lapso y que en consecuencia, la demanda fue presentada oportunamente, el 18 de julio de 2001 (f. 11, c. 1)³⁰.

45. De conformidad con lo anterior, resultaba procedente el análisis de validez del contrato demandado con fundamento en la legalidad o ilegalidad del acto de adjudicación, aunque se reitera que, dado que la demanda no se presentó dentro de los 30 días siguientes a la expedición del acto de adjudicación –que lo fue el 12 de julio de 1999, siendo celebrado el contrato al día siguiente-, aún en el evento en el que se hubiera concluido que la decisión estuvo viciada –lo cual no ocurrió-, no hubiera habido lugar a restablecimiento alguno a favor del demandante.

V. Conclusión

46. Con fundamento en las anteriores consideraciones, estima la Sala que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto de adjudicación contenido en la resolución n.º 00407 del 12 de julio de 1999 y por lo tanto, no acreditó la nulidad absoluta del contrato 344 de 1999 celebrado entre el Departamento Administrativo

³⁰ Al respecto, se observa que el *a-quo* incurrió en un error al verificar este presupuesto procesal (f. 94, c. ppl.), puesto que para establecer que la demanda fue oportuna, manifestó que “(...) la acción fue impetrada dentro del término de caducidad, teniendo en cuenta que la liquidación del contrato se realizó de común acuerdo el 4 de julio de 2001 y es procedente por cuanto se trata de una controversia contractual”, con olvido de que la pretensión aducida en este caso fue la declaratoria de nulidad del contrato, la cual implica que la contabilización del término de caducidad no se efectúa a partir de la liquidación del negocio jurídico, como se hace para otra clase de pretensiones derivadas del contrato, sino a partir de la fecha de su perfeccionamiento, como expresamente lo establece la norma.

de Bienestar Social del Distrito Capital y la sociedad Catering de Colombia S.A., razón por la cual resulta procedente la confirmación del fallo de primera instancia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE el fallo de primera instancia, esto es, el proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 21 de enero de 2004.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Sala