

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Adjudicatario de licitación pública / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - De Acto administrativo que adjudicó licitación pública / ADJUDICACION LICITACION PUBLICA - A Salvaguardar Limitada para la prestación del servicio de vigilancia en dependencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar / ACTO PRECONTRACTUAL - Licitación pública / ACTO SEPARABLE DEL CONTRATO - Adjudicación licitación pública / ACTO DE ADJUDICACION - Nulidad y restablecimiento del derecho acción procedente / CADUCIDAD IMPUGNACION ACTO DE AJUDICACION - Regulación legal

Es de anotar primeramente por parte de la Sala que a simple vista la acción instaurada sería la pertinente para ventilar este caso, si en el caso materia de análisis se aplicara el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y antes de que la Ley 446 de 1998 hubiera modificado el artículo 87 del CCA., en razón de que para esa época la ley establecía que el acto de adjudicación podía impugnarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con las reglas del CCA, cuyo artículo 136 establecía el término de caducidad de tal acción en 4 meses, contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto. Según lo anterior, no había duda que el mecanismo idóneo para obtener el restablecimiento del derecho que hubiere sido violado con el acto de adjudicación, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo la tesis antes expuesta no es aplicable a este caso, no solo, porque aquella cambió sustancialmente a raíz de la modificación que le introdujo la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., al reducir a treinta (30) días el término para intentar la citada acción; sino por otras razones que aquí se expondrán. (...) la acción incoada en esta ocasión por el demandante fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, orientada a obtener en estricto sentido la declaratoria de nulidad: del acto administrativo contenido en la resolución No 0401 del 3 de mayo de 2000, en virtud de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santafé de Bogotá D.C.,-ICBF- adjudicó la Licitación Pública n° ICBF-RB-001-2000 a la firma Salvaguardar Ltda., para la prestación del servicio de vigilancia en las distintas dependencias o inmuebles de la entidad; entre otras pretensiones.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

ACTOS PRECONTRACTUALES - Son controvertibles a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No interrumpe el proceso licitatorio, celebración y ejecución del contrato / NULIDAD ABSOLUTA - Puede invocarse ante la ilegalidad de actos precontractuales, una vez celebrado el contrato / ACTOS PRECONTRACTUALES - Controvertibles a través de la acción de controversias contractuales cuando se ha celebrado el contrato / CADUCIDAD - Treinta días

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 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. (...) los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación, si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedente para impugnar actos precontractuales una vez celebrado el contrato / CADUCIDAD - Treinta días para incoar acción de controversias contractuales de acto precontractual cuando se ha celebrado contrato

En efecto, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean 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 y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos –como el de la adjudicación- solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales. De tal manera que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación -, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la necesidad de pedir la nulidad absoluta del contrato y del acto precontractual.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedente para impugnar actos precontractuales antes de la entrada en vigencia del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 / PROCEDENCIA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Antes de la adjudicación del contrato

Advierte la Sala que al momento de expedirse el acto administrativo cuya nulidades se persigue en el numeral primero de las pretensiones de la demanda – proferido el 3 de mayo de 2000 - ya se encontraba en vigencia el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, porque esta entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año, por expreso mandato del artículo 163 de la referida ley, el cual estableció que aquella entraría a regir a partir de su publicación. Si bien es cierto que el actor podía haber demandado los actos administrativos que se produjeron con motivo u ocasión de la actividad contractual, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo anterior debió ocurrir “antes que se adjudicara el respectivo contrato”, porque si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual”, teniendo como fundamento el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Es procedente una vez celebrado el contrato y la ilegalidad de actos previos solo puede

cuestionarse a través de esta acción / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Objeto servicios de vigilancia en inmuebles del Instituto de Bienestar Familiar / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - Debió intentarse acción de controversias contractuales por haberse celebrado contrato / ACTOS PRECONTRACTUALES - Cuando se ha celebrado contrato solo puede controvertirse a través de la acción contractual / ACTO ADMINISTRATIVO - Adjudicación del contrato / ACTO DE ADJUCACION DEL CONTRATO - Controvertible a través de la acción contractual / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Indebida escogencia de la acción para impugnar acto precontractual y nulidad de contrato / NULIDAD DEL CONTRATO Y ACTOS PREVIOS - La acción precedente es la de controversias contractuales / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedente para controvertir ilegalidad de actos previos una vez celebrado el contrato / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedente cuando se pretenda demandar actos precontractuales

A pesar de estar demostrado dentro del expediente que “el contrato estatal de prestación de servicios con formalidades plenas celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santafé de Bogotá y Salvaguardar Ltda., se suscribió el 5 de mayo de 2000 y la demanda se instaura un mes después a la celebración del referido contrato – 09 de junio de 2000-, el actor incurre en el grave y craso error, de demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando debió ejercitar la acción de controversias contractuales, pues bien, se itera, los precedentes jurisprudenciales “coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato”; situación que no acontece en el sub lite, puesto que el actor se limita a pedir la nulidad del acto administrativo que hizo la adjudicación del contrato, sin que solicitara por ninguna parte la nulidad del contrato.

ACTO PRECONTRACTUAL - Demandable a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación / ILEGALIDAD DE ACTOS PREVIOS - Celebrado el contrato solo puede invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo / TERMINO DE CADUCIDAD ACTO PRECONTRACTUAL - Treinta días condicionada a que contrato adjudicado no se hubiese celebrado / ACTO PRECONTRACTUAL - Puede controvertirse a través de acción de nulidad y restablecimiento del derecho

La Sala insiste que, de acuerdo con el artículo 87 del C.C.A., los actos precontractuales son demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso. De llegar a celebrarse el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. Es decir, que el término de 30 días que prevé la disposición anterior para demandar los actos precontractuales, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, está condicionado a que el contrato adjudicado no se hubiese celebrado, pues, si ello es así, el licitante vencido deberá alegar la ilegalidad de los actos precontractuales, como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Lo anterior resulta lógico, como quiera que, en el evento de que el juez declare la nulidad del acto mediante el cual fue adjudicado el contrato, éste quedará viciado de nulidad absoluta, por disposición del inciso 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según el cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos “cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 44 INCISO 4

PRESUPUESTOS PROCESALES - Condiciones necesarias para que relación jurídica nazca válidamente y pueda decidirse de fondo el litigio / SENTENCIA INHIBITORIA - Por falta de presupuestos procesales como la falta de capacidad para ser parte / INEPTA DEMANDA - Por falta de presupuestos sustanciales de la acción / INEPTA DEMANDA - No es procedente examinar pretensiones de la demanda por indebida escogencia de la acción

Como los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa, y tradicionalmente se ha venido sosteniendo que tales condiciones eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda – tal como ocurre en este caso - pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En esas circunstancias es claro que la demanda es inepta por falta de ese otro presupuesto sustancial de la acción, lo cual es suficiente para que no sea procedente el examen de las pretensiones de la demanda. De lo anterior se concluye que se encuentra probada la excepción de inepta demanda por falta de uno de los presupuestos sustanciales de la acción incoada mediante ella, por lo tanto la Sala, en uso de su facultad oficiosa prevista en el artículo 164, inciso segundo, del C.C.A., así lo declarará y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, en orden a lo cual revocará la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203)

Actor: SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA - SEPECOL LTDA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca - Sección Tercera - Sala de Descongestión - mediante la cual se dispuso:

PRIMERO.- Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- (...)

TERCERO.- Sin condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 9 de junio de 2000,¹ la Sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Ltda. – SEPECOL LTDA -, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, formuló demanda contra la Nación – Ministerio de Salud – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Santafé de Bogotá -, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1.- Que se declare que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No 0401 del 03 de mayo de 2000, proferida por el director Regional de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Santafé de Bogotá -, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No ICBF-RB-001-2000 a la firma SALVAGUARDAR LTDA., para la prestación del servicio de vigilancia en las distintas dependencias del Instituto.

1.2. “Que se declare que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución 341 del 14 de abril de 2000, proferida por la Directora Regional de Bogotá del ICBF, en cuanto hace a la puntuación asignada a SALVAGUARDAR, así: T/ Puntos Capacidad Técnica: 45. T/Puntos Capacidad Financiera: 41.81. T/Puntos Cap. Técnica y Financiera: 86.81.

1.3. “Que se declare que es nulo el acto administrativo contenido en el denominado por la administración Licitación Pública ICBF – RB-001-2000 Anexo 2, resultados de capacidad técnica, en cuanto hace a: Empresa SALVAGUARDAR Ltda. Present. Doc.: Sí. 3 puntos. Puntaje Total: 41.81.

1.4. “Que se declare que es nulo el acto administrativo en el acta No 4 de adjudicación de la Licitación Pública ICBF – RB-001-2000 celebrada el día 3 de mayo de 2000...en cuanto hace a: “ Anexo 5 y 6 se le aclara que son complementarios”, obrante a folio 5. “7. SEPECOL LTDA: 78.13”, que

¹ Folios 1 a 36.C. 1.

corresponde a la lectura de la evaluación técnica financiera de precio y total, totalización de puntajes”.

1.5. “Que se declare que es nulo el acto administrativo proferido por el grupo administrativo del ICBF, que titularon Respuestas a las observaciones hechas por los proponentes a la evaluación preliminar efectuada por el ICBF, en la licitación pública n° ICBF – RB-001-2000 -0428, en cuanto hace a:...”².

1.6. “Que se declare que es nulo el acto administrativo proferido por el grupo jurídico del ICBF, que titularon Respuestas a las observaciones hechas por los proponentes a la evaluación preliminar efectuada por el ICBF, en la licitación pública n° ICBF – RB-001-2000 -0428, en cuanto hace a:...”³.

1.7. “Que se declare que es nulo el acto administrativo contenido en el Acta No 4 del ICBF, acta de adjudicación de la licitación pública n° ICBF – RB-001-2000, a folio 8 numeral 1, que es del siguiente tenor:...”⁴. -0428, en cuanto hace a:...”⁵.

1.8. “Que se declare que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución 341 del 14 de abril de 2000, proferida por la Directora Regional del ICBF, en cuanto hace referencia a lo siguiente:...”⁶.

1.9. “Que se declare que la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – Sepecol Ltda., se presentó a la licitación pública n° ICBF – RB-001-2000, y que su propuesta obtuvo el siguiente puntaje: Calificación. Financiera. Puntaje: 43.13. Técnica: 50.00. Total: 93.13...”⁷.

1.10. “Que se declare que la sociedad Salvaguardar Ltda., se presentó al proceso licitatorio y que su puntaje fue: Calificación. Financiera. Puntaje: 38.81. Técnica: 45.00. Total: 83.81...”⁸.

1.11. “Que se declare que la administración ICBF, no observó una conducta seria con respecto al tratamiento de la oferta presentada por la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – Sepecol Ltda.

1.12. “Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá a pagar a favor de la sociedad Seguridad el Pentágono

² Folio 4. C. 1.

³ Folio 4., ib.

⁴ Folio 5. C. 1.

⁵ Folio 5., ib.

⁶ Folio 5., ib.

⁷ Folios 5 y 6., ib.

⁸ Folio 6., ib.

Colombiano Limitada – Sepecol Ltda., el equivalente a 10.000 gramos oro fino según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, que corresponde al 30% aproximadamente del capital suscrito y pagado a la fecha por la sociedad, por concepto de daño en el buen nombre o Good Will.

1.13. “Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá a pagar a favor de la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – Sepecol Ltda., la suma de \$ 3.000.000.00 más el 30% del monto de la condena debidamente indexado, por concepto de honorarios profesionales del suscrito.

1.14. “Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá a pagar a favor de la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – Sepecol Ltda., el monto equivalente al 30% del valor de la oferta presentada por la sociedad Sepecol, más este mismo porcentaje de la cifra de dinero que pueda resultar facturada y pagada por el contratista y el ICBF, en caso de prórroga del contrato nacido con ocasión de la licitación pública n° ICBF – RB-001-2000, por concepto de daño material, lucro cesante y daño emergente, debidamente indexado.

1.15. “Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá a pagar a favor de la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – Sepecol Ltda., la suma de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de costo de elaboración de la propuesta y pago del pliego de condiciones, suma ésta debidamente indexada.

1.16. “Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá a pagar a favor de la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – Sepecol Ltda., el monto del valor de la póliza de seriedad de la oferta que presentó la sociedad Sepecol Ltda., dentro del proceso licitatorio ICBF – RB-001-2000, suma ésta debidamente indexada.

1.17. “Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas se ordene a la Nación – Ministerio de Salud – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá., a pagar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia a título de restablecimiento del derecho los perjuicios sufridos por la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano

Limitada – Sepecol Ltda., al no habersele adjudicado la licitación pública No ICBF –RB-001-2000.

1.18. “Que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá., para que a través de los funcionarios que corresponda la ejecución de la sentencia, dictar dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptarían las medidas necesarias para su cumplimiento y el deber de pagar intereses comerciales, dentro de los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término”.

2.- Los hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. Mediante la resolución No 195 del 6 de marzo de 2000⁹, la Directora Regional Santafé de Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ordenó la apertura de la licitación pública No ICBF-RB-001/2000, cuyo objeto era la contratación de los servicios de vigilancia de una empresa “por un periodo de siete (7) meses y veinte (20) días aproximadamente, en los inmuebles propiedad de la Regional y donde ésta preste sus servicios de conformidad con los términos contemplados en el cronograma de la licitación”.

2.2. A la licitación referida acudieron diez (10) proponentes en total, entre ellos, la sociedad SEPECOL Ltda. A través de la Resolución No 341 del 14 de abril de 2000, “Se publican los informes de evaluación de las propuestas” de la licitación pública ICBF-RB-001/2000, así:

| EMPRESA | TOTAL PUNTOS | CAPACIDAD | TOTAL PUNTOS | CAPACIDAD |
|---|--------------|-----------|--------------|-----------|
| TOTAL PUNTOS | CAPACIDAD | TECNICA | FINANCIERA | |
| TÉCNICA Y FINANCIERA | | | | |
| CONSORCIO 95,61 VIGILANCIA SANTAFERREÑA- CORSEVICREA LTDA | | 50 | | 45,61 |
| SEPECOL LTDA 93,13 | | 50 | | 43,13 |
| UNION TEMPORAL | | | | |

⁹ Folios 9 y 10. C. pruebas n° 3.

| | | |
|---|----|-------|
| ASOSECOL Y CONFIAR | 50 | 41,75 |
| 91,75 | | |
| SEGURIDAD ATLAS LTDA | 50 | 41,52 |
| 91,52 | | |
| WISE LTDA | 50 | 41,43 |
| 91,43 | | |
| CONSORCIO SEGURIDAD SELECTA SEGURIDAD LTDA. | 50 | 41,34 |
| 91,34 | | |
| COBASEC LTDA | 50 | 40,29 |
| 90,29 | | |
| SURAVIG LTDA | 45 | 43,91 |
| 88,91 | | |
| SALVAGUARDAR LTDA | 45 | 41,81 |
| 86,81 | | |
| UNION TEMPORAL GRANDINA DE VIGILANCIA LTDA LA PROVEDORA LTDA | 40 | 42,84 |
| 82,84 | | |

2.3. La sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – SEPECOL LTDA-, dentro del proceso licitatorio, presentó en su oferta las certificaciones exigidas conforme al capítulo cuarto, Numeral 1.2., cumplimiento y experiencia, “según modelo anexo No 5”, razón por la cual la administración le asignó en el proceso de evaluación y calificación, el máximo puntaje, esto es 15 puntos, según obra en el anexo n° 2, resultados de capacidad técnica, y capítulo primero, de la Resolución 341 del 14 de abril de 2000.

2.4. A la sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Limitada – SEPECOL LTDA -, dentro del acto administrativo expedido por el grupo administrativo de la Regional Bogotá del ICBF, dentro del proceso licitatorio en lo que tituló respuestas a las observaciones hechas a los proponentes a la evaluación preliminar, efectuada por el ICBF en la licitación pública en la página No 11, que no numeró se le quitó 15 puntos que le había otorgado la misma, con base en los siguientes términos:... ”¹⁰.

2.5. Que la administración motiva su acto fundado en el no cumplimiento de lo señalado en el anexo 6 del pliego de condiciones, cuando éste en los criterios de evaluación, capítulo 5° numeral 1.2. Cumplimiento y Experiencia, nunca estableció

¹⁰ Folio 9. C.1.

que debía hacerse de conformidad con el anexo 6, pero si estableció que el modelo fuente que se debía cumplir para obtener el puntaje era el contemplado por el anexo 5, conforme a las modificaciones establecidas en el anexo 1. Lo que constituyó una errónea motivación con base en la cual a la sociedad SEPECOL LTDA, la administración le quitó los 15 puntos que inicialmente y en legal forma le había adjudicado por experiencia, conforme al numeral 1.2. del pliego de condiciones, en concordancia con el Adendo No 1., del proceso licitatorio.

2.6. La administración no obró con equidad ni tampoco dio un trato igual a la totalidad de los oferentes, pues para unos si buscó en ejercicio de sus facultades y atribuciones soluciones jurídicas para corregir conductas omisivas por un aspecto y para otros, su posición fue su antítesis desconociendo la aplicación del artículo 209 de la C.P.

2.7. A la firma Salvaguardar Ltda., en forma inexplicable a pesar de daba mérito para ello, no se le restó tres puntos de su calificación por no haber cumplido con lo estipulado en el numeral 1.4. del pliego de condiciones página 16, que fue modificado por el adendo No 1 y que inicialmente en forma equivocada y sin fundamentación jurídica e igual con carencia de un hecho generador equivocadamente se le había asignado.

2.8. La Administración a un alto número de oferentes en contra de lo dispuesto por el pliego de condiciones, calificó con 0 puntos o redujo puntajes a quienes no cumplieron con lo dispuesto en el anexo 6, sin embargo ésta conducta no la observó con respecto a la firma SALVAGUARDAR LTDA., con quien fue permisiva y a la que le dio un alto ingrediente de favorabilidad.

2.9. Con base a los análisis de los folios obrantes de la oferta que presentó en el proceso licitatorio, la sociedad SALVAGUARDAR LTDA., la misma no tenía como poder llegar a obtener en legal forma el puntaje que la administración equivocadamente y sin fundamento de hecho y de derecho le asignó, razón por la cual el puntaje de dicha sociedad dentro del proceso licitatorio debe ser declarado nulo por ser éstos fundados con falsa y errónea motivación.

2.10. Dentro de la propuesta de SEPECOL LTDA., se presentaron 15 certificaciones, las cuales contenían los requisitos mínimos exigidos para ser evaluadas, lo cual inicialmente fue tenido en cuenta por el comité evaluador del ICBF, al habersele otorgado el puntaje máximo de 15 puntos.

2.11. Durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación el comité evaluador manifestó que se habían revisado nuevamente las certificaciones de todos los proponentes y que la mayoría de ellas no cumplían con los requisitos exigidos en el anexo No 6...en el caso particular de SEPECOL LTDA., se argumentó que nuestras certificaciones aportadas en la propuesta, no cumplían con los siguientes requisitos: (...).¹¹

2.12. Los anteriores requisitos no eran criterios de evaluación y no eran necesarios para la comparación objetiva de las propuestas, más sin embargo el comité evaluador argumentando que si eran necesarios, retiró a SEPECOL LTDA., los 15 puntos inicialmente otorgados en la parte de experiencia; es de aclarar que si no hubieran sido retirados estos 15 puntos, SEPECOL LTDA., hubiere ocupado el primer lugar del orden de elegibilidad de dicha licitación.

3.- Actuación Procesal

3.1.- Mediante auto de 11 de julio de 2000¹², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección B, admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal de la entidad demandada; al Agente del Ministerio Público; ordena la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2 Contestación de la demanda.

3.2.1. Oportunamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – I.C.B.F- mediante apoderado judicial, contestó la demanda¹³ oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a que carecen de fundamentos de hecho y de derecho. Respecto a los hechos aceptó unos, negó y estarse a lo probado respecto de otros. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: (i) Cumplimiento de los principios y normas que rigen la contratación estatal y la de (ii) “Inexistencia de daño antijurídico.” Entre otros argumentos expone que, “(...) *Es absolutamente falso lo que afirma el demandante que sin sustento probatorio quiere poner en duda la transparencia del ICBF en el proceso licitatorio. Al proponente SALVAGUARDAR LTDA, se le asignaron 10 puntos en el ítem cumplimiento y experiencia porque aportó entre 6 y 10 certificaciones de cumplimiento de contratos anteriores especificando claramente cada uno de los datos que se exigían en el pliego de condiciones y en el adendo número 2.*

“(...)

¹¹ Folio 12. C. 1.

¹² Folio 38. C. 1.

¹³ Folios 47 a 61, ib.

El proceso por medio del cual la entidad seleccionó al proponente mejor calificado para prestar los servicios de vigilancia fue absolutamente ajustado al ordenamiento legal, se le dio pleno cumplimiento al principio de publicidad y se cumplió con el deber de selección objetiva...”.

3.2.2.- Por auto de fecha 12 de diciembre de 2000¹⁴, se abre el periodo probatorio y por auto fechado 13 de noviembre de 2002¹⁵, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.3.1.- La parte demandada en escrito presentado el día 26 de noviembre de 2002¹⁶, alega de conclusión reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda y concluye diciendo que, “ (...) *el proceso licitatorio se adelantó conforme a las normas constitucionales y la ritualidad legal que establece la Ley 80 de 1993...La parte actora no probó fehacientemente que el ICBF haya violado el principio al debido proceso, que debe regir las actuaciones de la administración, por cuanto las diferentes etapas fueron surtidas conforme lo señaló el pliego de condiciones, sin que se dejara de surtir alguna o no se permitiera la participación de los oferentes...”.*

“(..)

Frente a la inconformidad principal del accionante, referida al puntaje obtenido por las certificaciones aportadas, vale la pena resaltar que la firma SALVAGUARDAR LTDA, presentó 13 certificaciones, sobre las cuales únicamente se calificó con 10 puntos que era el puntaje señalado para quien presentara 6 y 10 certificaciones con los requisitos previamente establecidos. Así mismo, los oferentes tuvieron la oportunidad de revisar las propuestas y ninguna de las certificaciones presentadas por Salvaguardar Ltda., fueron objetadas por SEPECOL LTDA y demás proponentes dentro del plazo establecido, contrario sensu, las certificaciones de la parte actora (SEPECOL LTDA), fueron objetadas por las firmas COBASEC LTDA, SEGURIDAD SELECTA LTDA., VICE LTDA., obligando a la entidad, precisamente, aplicando el debido proceso, transparencia y selección objetiva, a revisar y pronunciarse al respecto, generando que el puntaje inicial obtenido por el accionante fuera modificado. En ningún momento, dicha modificación obedeció al capricho de servidor público alguno, o abuso de sus facultades, como lo asevera la parte actora y sobre lo cual no obra probanza alguna...”.

¹⁴ Folio 63, ib.

¹⁵ Folio 111, ib.

¹⁶ Folios 112 a 116, ib.

3.3.2.- La parte demandante en escrito presentado el 28 de noviembre de 2002,¹⁷ reitera lo dicho en su demanda y procede a analizar cada uno de los hechos con los que se da respuesta a la demanda.

El Ministerio Público guardó silencio.

4.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión, en sentencia proferida el 14 de enero de 2004¹⁸, niega las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso concluye diciendo que “(...) Pese a que la Sala advierte que el escrito demandatorio carece de técnica de presentación...es del caso aclarar y tener en cuenta, que del texto de la demanda se deduce, en conclusión, que el acto administrativo que finalmente se demanda es la Resolución No 0401 del 3 de mayo de 2000 por medio de la cual se adjudicó la licitación ICBF-RB-001-2000, pues los demás son actos preparatorios de la misma...”

“Analizados todos los antecedentes correspondientes al proceso licitatorio en cuestión...no encuentra la Sala evidencia de que la actuación de la administración haya sido irregular y por consiguiente haya contrariado los principios constitucionales y legales en materia contractual, porque de acuerdo con el procedimiento legal y reglamentario que rige para estos proceso, su actuar se ajusta a éstos, especialmente a los postulados consagrados en los artículos 24, 26, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, pues hay evidencia que los interesados en el proceso licitatorio, tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones rendidos o adoptadas por la administración en cada una de las etapas previstas para tal fin, expresaron sus observaciones las cuales fueron resueltas en su oportunidad en forma escrita y en las audiencias correspondientes y además se ejerció el derecho constitucional contenido en el artículo 273, teniendo lugar el acto de adjudicación en audiencia pública.

“(...)

Por lo mismo, si a lo que el actor se refiere es una posible desviación o abuso de poder, al endilgar a la administración un presunto favorecimiento a algunos de los proponentes, tampoco son de recibo sus argumentos, pues, como se dijo, no está

¹⁷ Folios 117 a 123, ib.

¹⁸ Folios 134 a 149. C. 2ª instancia.

probado que la administración haya eludido los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en materia de contratación estatal.

Por el contrario, se evidencia y corrobora la ausencia de tales circunstancias, en la fotocopia del acta de visita especial practicada en las oficinas del ICBF, expediente 143-42641/200, por una funcionaria de la Procuraduría Segunda Distrital (Folios 244 y 245 c. 3) y del auto de archivo de dichas diligencias proferido el 2 de noviembre de 200, por la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, D.C., relacionados con la Licitación cuestionada (Folios 164 a 168. C. 2), en el cual concluye el máximo organismo de control que el ICBF, de acuerdo con el Acta No 4 de Adjudicación, respondió a las observaciones formuladas por los proponentes, la audiencia de adjudicación fue presidida por funcionario competente y “De conformidad con lo establecido dentro de la misma audiencia se adjudicó a la firma SALVAGUARDAR LIMITADA quien de acuerdo con la sumatoria respecto de la capacidad técnica y capacidad financiera obtuvo el mayor puntaje”, mediante Resolución 0401 de 3 de mayo de 2000. Y concluye:

“Bajo las anteriores circunstancias el Despacho no advierte conducta reprochable digna de ser investigada, ya que los requerimientos hechos por los diferentes proponentes fueron evacuados en el curso de la audiencia de adjudicación por un lado y por escrito en su oportunidad como quedó demostrado, por tanto lo procedente es ordenar el archivo del expediente.

“(..)

“Las anteriores, son razones suficientes para considerar que no procede la nulidad de los actos administrativos demandados, ni una condena contra la entidad demandada con el fin de resarcir los presuntos perjuicios ocasionados al actor, como indemnización pretendida por el restablecimiento de su derecho, correspondiente a lo que probablemente hubiera ganado el demandante al habersele adjudicado la licitación”.

“(..)”

5.- El recurso de apelación.

El día 23 de enero de 2004, la parte demandante interpone recurso de apelación, el cual es sustentado el 31 de mayo de 2004¹⁹, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

El apoderado de la parte demandante sustenta el recurso de apelación, relatando los antecedentes del proceso y diciendo entre otras razones que “(..) 2.5. Se dejó de lado si Salvaguarda Ltda., había presentado la totalidad de la información

¹⁹ Folios 151, 158 a 163. C. 2ª instancia.

financiera, las cuentas de orden y su correspondiente revelación, aspectos que si se tuvieron en cuenta respecto de los demás proponentes, entre ellos Sepecol Ltda., con el único fin de restarlos los 3 puntos con que habían sido calificados. Respecto de Salvaguardar, por el contrario, nada se dijo al respecto para así, de esta manera discriminatoria y desigual, mantenerle la calificación asignada de 3 puntos.

3. Sin el anterior análisis, se pregunta la parte actora y el suscrito apoderado, cómo pudo concluir el a quo que no existe evidencia de que la actuación de la administración haya sido irregular? Al parecer y solo al parecer, con el mayor respecto (sic), a tal conclusión se llegó por generación espontánea, esto es, sin ningún análisis fáctico ni jurídico.

4. Si la propuesta de Sepecol Ltda., hubiese sido calificada observando el principio de igualdad con los demás proponentes y bajo los mismos parámetros, sin lugar a la menor duda, hubiese obtenido el mayor puntaje, no solo por ser la mejor propuesta sino por su amplia trayectoria y experiencia en servicios de vigilancia privada y su adecuada estructura empresarial que posee, circunstancias estas que fueron valoradas en forma desigual y con total y manifiesta discriminación, violatoria además del debido proceso licitatorio, para así adjudicar el contrato no a la mejor propuesta sino a la firma que a bien tuvo la entidad, adjudicación que, repito, objetivamente ha debido recaer en la demandante y que no se produjo por cuanto que la entidad accionada se valió de simples formalidades, dejando de lado el aspecto sustancial de las propuestas que son las que tienen fuerte valor o incidencia en la decisión final ...”.

“(...)”

6.- Actuación en segunda instancia

6.1. El recurso fue admitido el 10 de junio de 2004²⁰ y luego por auto de 8 de julio del mismo año se ordenó el traslado para alegar²¹, término dentro del cual la parte demandada en escrito presentado el 26 de julio de 2004,²² alega de conclusión diciendo que *“(...) se reitera que el ICBF cumplió con todos y cada uno de los requisitos y procedimientos de que trata el ordenamiento contractual de la administración pública, especialmente el contenido de los artículos 24, 25 y 30...”.*

“(...)”

²⁰ Folio 164, ib.

²¹ Folio 166, ib.

²² Folios 167 a 169, ib.

La firma Sepecol no cumplió con lo establecido no solo en el estatuto contractual art. 30 N. 6, sino también el contenido del pliego de condiciones y el adendo número 2 en el sentido de no expresar el número de turnos, en consecuencia se consideró que no ameritaba los 15 puntos que se otorgaban por este concepto.

El ICBF atendiendo lo ordenado por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80/93 publicó los informes de evaluación preliminar de las propuestas los cuales fueron conocidos por las proponentes al ser fijados por cinco días hábiles a efectos de que se presentaran las observaciones del caso. Luego de presentadas las observaciones por parte de los proponentes, el ICBF dio respuesta a las observaciones por estos presentadas.

“(...)”

6.2. La parte demandante y el ministerio público guardaron silencio.

7.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Esta Subsección procederá a analizar i) Competencia; ii) La acción incoada. Naturaleza del acto impugnado y término para incoar la acción; (iii) los hechos probados en el proceso y el estudio del caso concreto.

7.1. La competencia para conocer del caso objeto de estudio

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho 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 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda - 09 de junio de 2000²³ –, era de \$ 6.037.000.00 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía del proceso en una suma superior \$ 300.000.000.00.²⁴

7.2. La acción incoada. Naturaleza del acto impugnado y término para incoar la acción

²³ Fecha presentación demanda. Folio 35. C. 1.

²⁴ Folio 29. C. 1.

Es de anotar primeramente por parte de la Sala que a simple vista la acción instaurada sería la pertinente para ventilar este caso, si en el caso materia de análisis se aplicara el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y antes de que la Ley 446 de 1998 hubiera modificado el artículo 87 del CCA., en razón de que para esa época la ley establecía que el acto de adjudicación podía impugnarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con las reglas del CCA, cuyo artículo 136 establecía el término de caducidad de tal acción en 4 meses, contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto. Según lo anterior, no había duda que el mecanismo idóneo para obtener el restablecimiento del derecho que hubiere sido violado con el acto de adjudicación, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo la tesis antes expuesta no es aplicable a este caso, no solo, porque aquella cambió sustancialmente a raíz de la modificación que le introdujo la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., al reducir a treinta (30) días el término para intentar la citada acción; sino por otras razones que aquí se expondrán.

El Legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones para ser impetradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

Una de esas acciones es aquella prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998²⁵, denominada de las Controversias Contractuales, cuyo tenor es el siguiente:

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

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, **dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.** La interposición de*

²⁵ “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas....”

*estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.***

“(...)” (Lo resaltado fuera de texto)

De ahí que de acuerdo con la disposición transcrita, los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación, si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

En efecto, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean 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 y publicación**, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, **pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos –como el de la adjudicación- solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales.**

De tal manera que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato **o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales²⁶.**

En reciente jurisprudencia, esta subsección, refiriéndose al tema materia de estudio, posición que cobra actualidad al momento de decidir, por ser aplicable a este caso, dijo lo siguiente:

“Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 14 de mayo de 2014, exp. 25.975. M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz

dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser esto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.

2 Sin embargo este concreto punto ya ha sido abordado no sólo por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sino también por la Corte Constitucional cuando examinó la exequibilidad del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la modificación que le hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

En efecto, la Sección Tercera precisó que si una vez celebrado el contrato se pretende obtener alguna reparación argumentando que el acto de adjudicación es ilegal y que esta actuación es la que ha causado el daño, se torna ineludible pedir no sólo la nulidad absoluta del contrato sino también la nulidad de ese acto administrativo porque de no impugnarse, se mantendrían incólumes su presunción de legalidad y las consecuencias que de ésta situación se derivan.

Así lo expresó:

"(...)

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.

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." 7

La Corte Constitucional por su parte al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos:

"De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por

los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato."⁸

Pero ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión

"una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato", hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁹ al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

"Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado."²⁷

(Las subrayas no corresponden al texto).

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005.

Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.

Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten."

En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.

"(...)

Pues bien, en términos generales las razones del Tribunal se ajustan a los precedentes que atrás se reseñaron y por consiguiente resulta acertada su decisión de negar el petitum puesto que, se insiste, cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en que los actos previos son ilegales, es ineludible pedir también la nulidad de estos"²⁸.

7.3. Los hechos probados en el proceso y el estudio del caso concreto

Aplicando los postulados anteriores al caso sub examine, la acción incoada en esta ocasión por el demandante fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, orientada a obtener en estricto sentido la declaratoria de nulidad: del acto administrativo contenido en la resolución No 0401 del 3 de mayo de 2000, en

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 15 de febrero de 2012, radicado: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

virtud de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santafé de Bogotá D.C.,-ICBF- adjudicó la Licitación Pública n° ICBF-RB-001-2000 a la firma Salvaguardar Ltda., para la prestación del servicio de vigilancia en las distintas dependencias o inmuebles de la entidad; entre otras pretensiones.

Advierte la Sala que al momento de expedirse el acto administrativo cuya nulidad se persigue en el numeral primero de las pretensiones de la demanda – proferido el 3 de mayo de 2000 - ya se encontraba en vigencia el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, porque esta entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año, por expreso mandato del artículo 163 de la referida ley, el cual estableció que aquella entraría a regir a partir de su publicación y ésta se hizo en el Diario Oficial No 43.335 del 8 de julio de 1998.

Si bien es cierto que el actor podía haber demandado los actos administrativos *que se produjeron con motivo u ocasión de la actividad contractual*, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo anterior debió ocurrir **“antes que se adjudicara el respectivo contrato”**, porque *si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual”*, teniendo como fundamento el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo lo anterior no ocurrió así, porque a pesar de estar demostrado dentro del expediente que “el contrato estatal de prestación de servicios con formalidades plenas celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santafé de Bogotá y Salvaguardar Ltda., se suscribió el 5 de mayo de 2000²⁹ y la demanda se instaura un mes después a la celebración del referido contrato – 09 de junio de 2000-, el actor incurre en el grave y craso error, de demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando debió ejercitar la **acción de controversias contractuales**, pues bien, se itera, los precedentes jurisprudenciales “coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato”; situación que no acontece en el sub lite, puesto que el actor se limita a pedir la nulidad del acto administrativo que hizo la

²⁹ Folios 231 a 237. C. pruebas No 3.

adjudicación del contrato, sin que solicitara por ninguna parte la nulidad del contrato.

La Sala insiste que, de acuerdo con el artículo 87 del C.C.A., los actos precontractuales son demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso. **De llegar a celebrarse el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.**

Es decir, que el término de 30 días que prevé la disposición anterior para demandar los actos precontractuales, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, está condicionado a que el contrato adjudicado no se hubiese celebrado, pues, si ello es así, el licitante vencido deberá alegar la ilegalidad de los actos precontractuales, como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

Lo anterior resulta lógico, como quiera que, en el evento de que el juez declare la nulidad del acto mediante el cual fue adjudicado el contrato, éste quedará viciado de nulidad absoluta, por disposición del inciso 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según el cual, los contratos del Estado son absolutamente nulos “cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

De ahí que la Corte Constitucional haya dicho que, *“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”*³⁰.

Finalmente, como los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se

³⁰ Supra 10

pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa, y tradicionalmente se ha venido sosteniendo que tales condiciones eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda – tal como ocurre en este caso - pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En esas circunstancias es claro que la demanda es inepta por falta de ese otro presupuesto sustancial de la acción, lo cual es suficiente para que no sea procedente el examen de las pretensiones de la demanda. De lo anterior se concluye que se encuentra probada la excepción de inepta demanda por falta de uno de los presupuestos sustanciales de la acción incoada mediante ella, por lo tanto la Sala, en uso de su facultad oficiosa prevista en el artículo 164, inciso segundo, del C.C.A., así lo declarará y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, en orden a lo cual revocará la sentencia apelada.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la sentencia de 14 de enero de 2004, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, no accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar, declarará probada la excepción de inepta demanda por falta de uno de los presupuestos sustanciales de la acción incoada y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones planteadas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Revóquese la sentencia de 14 de enero de 2004, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, no accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar, declarará probada la excepción de inepta demanda por falta de uno de los presupuestos sustanciales de la acción incoada y se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones planteadas.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ