

CONTRATO DE SUMINISTRO - Objeto / OBJETO CONTRATO DE SUMINISTRO - Distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados, para consumo en los Centros de Desarrollo Infantil y Centros de Desarrollo Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social / CONTRATO DE SUMINISTRO - Suscrito entre el Distrito Capital - Departamento Administrativo de Bienestar Social, entidad contratante, y Caja de Compensación Familiar contratista / NULIDAD ACTO ADMINISTRATIVO - Adjudicación / NULIDAD ABSOLUTA – De contrato de suministro / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Persigue declaratoria de nulidad de acto precontractual / ACTO PRECONTRACTUAL - Adjudicación / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Declaratoria de nulidad de contrato de suministro / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Pago indemnización de perjuicios

Mediante Resolución No. 0536 del 28 de abril de 2005, el Departamento Administrativo del Bienestar Social ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 005 de 2005, cuyo objeto lo constituyó la selección del contratista para el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados, a precios fijos sin fórmula de reajuste, para consumo en los Centros de Desarrollo Infantil y Centros de Desarrollo Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social. (...) en ejercicio de la acción contractual, en procura de la nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005 mediante la cual el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social adjudicó el grupo 4 de la Licitación No. 005 de 2005 a la Caja de Compensación Familiar, así como de la declaratoria de nulidad del contrato de suministro No. 1299 celebrado el 29 de junio de 2005, entre el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social y la Caja de Compensación Familiar.

ACCION CONTRACTUAL - Oportunidad para interponerla / ACTOS PREVIOS – Acción procedente / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – Procede para controvertir legalidad de actos previos al contrato / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Declarar nulidad de contrato / DEMANDA ACCION CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Su presentación extemporánea impide pronunciamiento de pretensiones indemnizatorias

La acción contractual instaurada en búsqueda de la nulidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 005 y la del contrato suministro celebrado como producto del mismo y suscrito al día siguiente de haberse proferido y notificado el acto de adjudicación, se ejerció luego de vencerse el término de los 30 días siguientes a la notificación del demandado acto de adjudicación, circunstancia que impone concluir que las únicas pretensiones que podrán resolverse serán aquellas encaminadas a obtener la nulidad tanto del acto administrativo de adjudicación, como del contrato resultado del mismo, pues no resulta posible ventilar las pretensiones indemnizatorias deprecadas por el demandante dado que la acción no se ejerció dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto de adjudicación. Así pues, en el caso sometido a examen, la Sala evidencia que el acto de adjudicación vertido en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005, fue notificado a los proponentes en audiencia pública de la misma fecha y el contrato de suministro No. 1299 celebrado entre el Distrito Capital- Departamento Administrativo de Bienestar Social y CAFAM fue suscrito al día siguiente, esto es, el 29 de junio de 2005; de ahí que el término de treinta días, habría empezado a correr a partir del día siguiente a la notificación de la adjudicación, valga decir, desde el 29 de junio de 2005, período que vencía el 12 de agosto del mismo año.

No obstante, la demanda se interpuso el 13 de febrero de 2006 cuando ya estaba más que vencido el término de 30 días que habilitaba la formulación y eventual prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias. En consecuencia, al abordar el análisis del caso se analizará lo relativo, claro está a la luz de los argumentos del recurso de apelación, a las pretensiones de nulidad del acto administrativo de adjudicación y del contrato de suministro No. 1299, sin que sea posible hacer extensivo dicho estudio a la solicitud indemnizatoria que habría tenido lugar en caso de prosperar las dos primeras. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la acción procedente y la oportunidad para impugnar actos precontractuales y declarar la nulidad del contrato, consultar sentencia de 29 de enero de 2014, Exp. 30250, MP Mauricio Fajardo Gómez.

PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS – Solicitadas en demanda extemporánea impiden pronunciamiento en acción de controversias contractuales / ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL – Permite pronunciamiento de juez competente solo frente a legalidad del acto de adjudicación y del contrato cuando demanda se interpone fuera del término legal / DEMANDA EXTEMPORANEA EN ACCION CONTRACTUAL – Impide pronunciamiento de pretensiones indemnizatorias

En el caso sometido a examen, la Sala evidencia que el acto de adjudicación vertido en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005, fue notificado a los proponentes en audiencia pública de la misma fecha y el contrato de suministro No. 1299 celebrado entre el Distrito Capital- Departamento Administrativo de Bienestar Social y CAFAM fue suscrito al día siguiente, esto es, el 29 de junio de 2005; de ahí que el término de treinta días, habría empezado a correr a partir del día siguiente a la notificación de la adjudicación, valga decir, desde el 29 de junio de 2005, período que vencía el 12 de agosto del mismo año. No obstante, la demanda se interpuso el 13 de febrero de 2006 cuando ya estaba más que vencido el término de 30 días que habilitaba la formulación y eventual prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – Ofrece servicio de mercadeo a afiliados y las partes de un contrato / SERVICIO DE MERCADEO – Noción que emana del ordenamiento jurídico / SERVICIO DE MERCADEO – Figura que no sólo beneficia al consumidor, sino también al productor o abastecedor del bien / REGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR – Regulación legal / SERVICIOS SOCIALES DE LAS CAJAS DE COMPENSACION – Destinación

Para la Sala el concepto de mercadeo no es producto de la invención caprichosa del Tribunal a quo como lo alegó el libelista, pues su contenido y alcance emana directamente de las normas jurídicas que facultaron a la Caja de Compensación Familiar para el desarrollo de dicho tipo de actividad. A propósito de este punto, llama la atención de la Sala el hecho de que el apelante reproche al Tribunal por no ofrecer las fuentes científicas de donde extrajo el concepto de mercadeo que se expuso en la sentencia impugnada, pero al mismo tiempo omite señalar en la alzada de dónde tomó la noción que sobre el mismo concepto, a su juicio, debe adoptarse.

FUNCION DE MERCADEO DE CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – Estrategias de bienes y servicios

La función de mercadeo que otorgó el ordenamiento a la Caja de Compensación Familiar desarrolla un concepto mucho más amplio que la noción restringida y

limitada que ofrece el apelante consistente en “el conjunto de estrategias dirigidas al posicionamiento de bienes y servicios y a la apertura de nuevos segmentos de comercio de los mismos” pues éste último se encuentra descontextualizado respecto del marco jurídico que ampara su ejercicio por parte de la Caja de Compensación Familiar, dado que no consulta las finalidades que a la luz de la disposición normativa justifican su implementación, finalidades que claramente pueden cristalizarse a través del suministro, no indefectiblemente a título gratuito, de alimentos de la canasta familiar.

SERVICIO DE MERCADEO – Finalidad / FINALIDAD SERVICIO DE MERCADEO – Aprovechamiento de las épocas de cosecha, abastecimiento y abundancia de productos básicos para expandir su distribución; y la estimulación de pequeños productores, agricultores o cooperativas del sector agropecuario

Debe tenerse en cuenta que los propósitos previstos por la norma para el desarrollo de las actividades o servicios de mercadeo no solo benefician al consumidor, sino también al productor o abastecedor del bien, conclusión que bien puede extraerse de la lectura de los números 2 y 3 del artículo 24 anteriormente transcrito, según los cuales el servicio de mercadeo tendrá como finalidad el aprovechamiento de las épocas de cosecha, abastecimiento y abundancia de productos básicos para expandir su distribución, así como estimular y desarrollar la producción de pequeños productores, agricultores o cooperativas del sector agropecuario.

SERVICIO DE MERCADEO DE CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – Es posible desarrollarlo mediante la celebración de un contrato de suministro de alimentos básicos a determinado sector, a título oneroso / SERVICIO DE MERCADEO DE CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – Puede dirigirse a un sector de la población diferente a las empresas afiliadas

El servicio de mercadeo de la Caja de Compensación Familiar, desarrollado normalmente y por regla general a través de sus supermercados, bien puede llevarse a cabo mediante el suministro oneroso de alimentos básicos a determinado sector, para lo cual la Caja podrá ofrecer sus servicios dentro de un procedimiento de selección, como en efecto ocurrió en el caso concreto, cuyo objeto, para el evento del grupo 4 de la Licitación No. 005 que se encuentra en discusión, consistió en la contratación para el suministro y distribución de alimentos perecederos (frutas, verduras tubérculos y plátanos) para el consumo de los Centros de Desarrollo Social e Infantil de la entidad demandada, sin que con ello se desnaturalice en modo alguno la función de mercadeo que está cumpliendo la Caja de Compensación Familiar y que bien puede dirigirse a un sector de la población diferente a las empresas afiliadas. Con sujeción a lo anotado para la Sala surge con claridad que el objeto de la Licitación No. 005 de 2005, concretado en la selección del contratista para el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados, podría encuadrarse dentro de las actividades de mercadeo, para cuyo ejercicio el ordenamiento jurídico facultó a la Caja de Compensación Familiar.

CAPACIDAD JURIDICA – Caja de compensación familiar Cafam / AUTORIZACION PARA CONTRATAR - Asamblea General Ordinaria de Afiliados de Cafam permitió que el Director Administrativo celebrara contratos sin requerir autorización del Consejo Directivo / AUTORIZACION PARA CONTRATAR – Limitación interpuesta por Asamblea General Ordinaria de Afiliados / AUTORIZACION PARA CONTRATAR – Los contratos

celebrados por el Director Administrativo no podrán superar los 1800 salarios mínimos / CONTRATOS DE OPERACIONES DE MERCADEO - No están sujetos a la restricción de los 1800 salarios mínimos, sino a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo / CONTRATOS DE OPERACIONES DE MERCADEO – Independientemente a su cuantía, éstos no requieren permiso expreso del Consejo Directivo

Descendiendo en el contenido del acta No. 048 del 22 de mayo de 1998, la Sala recuerda que en dicha oportunidad la Asamblea General Ordinaria de Afiliados de CAFAM decidió “autorizar al Director Administrativo de Cafam para contratar libremente sin requerir autorización del Consejo Directivo dentro de los términos de la Corporación y en cada caso en un monto equivalente a 1.800 salarios mínimos. De esta autorización se exceptúan los contratos que genere la operación de Mercadeo, que se harán de acuerdo con los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo.” Del tenor literal del acta, la Sala evidencia que le asiste la razón al Tribunal a quo cuando sostiene que si bien se concedió facultad al Director Administrativo de Cafam para celebrar contratos sin autorización del Consejo Directivo hasta por cuantía de 1.800, ciertamente de dicha regla se exceptuaron los contratos celebrados para operaciones de mercadeo realizadas por la Caja y reguladas, por demás, por el ordenamiento jurídico, como se explicó anteladamente, en cuyo evento, con independencia de su cuantía, no se requeriría autorización expresa del Consejo Directivo, bastando únicamente que se sujetaran a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo

APROBACION SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR – De acta que autoriza al Director Administrativo de Cafam para contratar / PRESUNCION DE LEGALIDAD DE ACTA – No ha sido anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Según se anotó, el acta No. 048 de 1998 a la que se ha hecho mención fue aprobada por la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante Resolución No. 308 del 24 de julio de 1998, acto que conserva su presunción de legalidad al no haber sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por manera que no es posible abordar el análisis relativo a si la excepción para contratar operaciones de mercado sin autorización del Consejo Directivo, indistintamente de su monto, consultaba o no la Ley 21 de 1982, por cuanto dicho examen desconocería el velo de legalidad que reviste el acto que impartió su aprobación. Por lo tanto, para la Sala la interpretación del Tribunal respecto del contenido del Acta No. 048 de 1998 resultaba ajustada a su literalidad.

CAPADIDAD LEGAL DE PERSONA JURIDICA – Debe tenerse para realizar la propuesta / CAPACIDAD JURIDICA – Es requisito para participar en proceso de selección y demostrarse al presentar la oferta / REPRESENTACION LEGAL – Otorgamiento de facultades a una persona para obrar en nombre de otro / FALTA DE CAPACIDAD DEL PROPONENTE – Defecto de carácter insubsanable por ser requisito habilitante para participar en proceso de selección / CAPACIDAD LEGAL DE PERSONA JURIDICA - Diferencia con la restricción a la libertad de representante legal para contraer obligaciones en su nombre por falta de autorización del órgano social competente / CAPADIDAD JURIDICA DE CAFAM – Existente

Esta Corporación ha sostenido que una cosa es la falta de capacidad legal de la persona jurídica que se hace parte del procedimiento licitatorio y otra bien distinta es la restricción a la libertad de su representante legal para contraer obligaciones en su nombre por falta de autorización del órgano social competente,

circunstancias que en ambos casos generan efectos diferentes. (...) vale anotar que contrario a lo manifestado por el recurrente en el caso no se presentó una falta de capacidad jurídica de CAFAM para comparecer a la Licitación No. 005 y para celebrar el consecuente contrato de suministro, pues lo que en todo momento se censuró fue la falta de autorización del órgano social para que su representante legal pudiera obligarla, asunto para el cual es menester indagar si en efecto carecía de la respectiva autorización. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la diferencia entre la capacidad jurídica de una entidad para celebrar contratos estatales y las limitaciones y facultades del representante legal para obligar comprometerla, consultar sentencia de 8 de febrero de 2012, Exp. 20688, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

AUTORIZACION DEL ORGANO SOCIAL - A representante legal de Cafam para contratar / AUTORIZACION DEL ORGANO SOCIAL A REPRESENTANTE LEGAL - Acreditada para celebrar contratos de operaciones de mercadeo / FACULTAD DEL DIRECTOR ADMINISTRATIVO PARA CONTRATAR – Limitada frente a los contratos de operaciones de mercadeo por los presupuestos de la Subdirección de Mercadeo / FACULTAD DEL DIRECTOR ADMINISTRATIVO PARA CONTRATAR – Acreditó que propuesta en licitación se ajustaba al presupuesto y a los programas de la Subdirección de Mercadeo de Cafam

Revisado el trámite adelantado en el procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala, se evidencia que encontrándose en la etapa de evaluación, en cumplimiento a lo dispuesto en el número 1.8.1. del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 005, la Subdirectora Administrativa y Financiera del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social, a través del oficio No. 015199 del 13 de junio de 2005 solicitó a la Caja de Compensación Familiar, entre otras cosas, que dentro de los dos días hábiles siguientes adjuntara el documento de AUTORIZACION EXPRESA DEL ORGANO SOCIAL COMPETENTE, debidamente suscrito, en el cual constara que el representante legal se encontraba plenamente facultado para presentar la propuesta por el valor de la misma (\$3'033.102.585) y para firmar el/los contratos (s) hasta por ese valor. En cumplimiento a dicho requerimiento, el representante legal de CAFAM mediante oficio No. SM-VI-C294 del 13 de junio de 2005, dirigido a la entidad estatal contratante, precisó que la competencia del Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar CAFAM para la celebración de contratos fue determinada por el Acta No. 48 de la Asamblea General Ordinaria celebrada en mayo 22 de 1998, de la cual ya se había aportado copia, y en cuyo contenido se estableció que podría contratar libremente en montos equivalentes hasta 1800 salarios mínimos legales mensuales, siendo entonces necesaria la aprobación del Consejo Directivo de la Caja para celebrar contratos con cuantía superior a dicho tope. No obstante señaló que en la misma Acta se había dejado sentado que tratándose de contratos que se generaran en la operación de mercadeo, como ocurría en el caso de la presente licitación, la capacidad del Director Administrativo para celebrarlos no estaba sujeta a cuantías en términos de salarios mínimos, ni a autorización previa del Consejo Directivo, sino que solamente debería estar ajustada a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo de la Caja que para este caso estaban determinados en cuanto a su monto en la propuesta presentada. La anterior comunicación fue acompañada del extracto de Acta No. 48 de la Asamblea General Ordinaria de CAFAM celebrada el 22 de mayo de 1998 y de la certificación expedida el 4 de abril de 2005 por el Secretario del Consejo Directivo de CAFAM que corroboraba el dicho del Director Administrativo.

AUTORIZACION DEL ORGANO SOCIAL – Representante legal no la requería del Consejo Directivo por tratarse de contrato de operación de mercadeo / FACULTAD DEL REPRESENTANTE LEGAL – Supeditada a los presupuestos de la Subdirección de Mercadeo

La Administración Distrital tuvo por satisfecho el requerimiento elevado a CAFAM, pues del documento aportado se desprendía que el Director Administrativo de la Corporación proponente no requería autorización expresa del órgano social, en este caso del Consejo Directivo, para obligar a su representada cuando se tratara de contratos generados en operaciones de mercadeo, dentro de las cuales, como se dejó explicado en acápite anterior, bien podría encuadrarse el objeto de la Licitación No. 005 consistente en el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados. Ahora, no desconoce la Sala que pese a no requerir autorización del órgano social competente, de todas maneras la facultad del Director Administrativo para contratar en esos eventos se encontraba supeditada a la sujeción de la respectiva contratación a los presupuestos de la Subdirección de Mercadeo, circunstancia cuya validez e interpretación, no obstante ser cuestionada por el apelante, lo cierto es que en dichos términos quedó expresamente consignado en el cuerpo del Acta No. 048, como bien lo entendió el Tribunal a quo. (...) el Director Administrativo de igual forma aportó un oficio en el cual dicho funcionario precisaba que la propuesta de CAFAM en la licitación de la referencia se ajustaba tanto al presupuesto como a los programas de la Subdirección de Mercadeo de CAFAM, documento que en observancia del principio de la buena fe que debe orientar la actividad contractual del Estado, debía presumirse auténtico y correspondiente con la realidad de que daba cuenta, máxime cuando se encontraba suscrito por el representante legal de la persona jurídica proponente quien por virtud de sus mismos Estatutos tendría la firma en nombre de la Corporación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00580-01(35008)

Actor: JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL

Referencia: ACCION CONTRACTUAL - APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil siete (2007), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por el apoderado judicial de CAFAM.

“SEGUNDO. DENIÉNGANSE las pretensiones de la demanda.

“TERCERO. Sin costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 13 de febrero de 2006, en ejercicio de la acción contractual, el señor Javier Ignacio Pulido Solano, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Se declare la nulidad de la Resolución de adjudicación No. 730 del 28 de junio de 2005, expedida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL – DABS, en lo relativo a la adjudicación del Grupo 4 (frutas, verduras, tubérculos y plátanos) de la Licitación Pública No. 005 de 2005 a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – CAFAM, por valor de \$1.262'037.868.

“2.- Se declare la nulidad absoluta del contrato de suministro No. 1299 de fecha 29 de junio de 2005, celebrado entre el DISTRITO CAPITAL – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL – DABS y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – CAFAM, celebrado con fundamento en el acto administrativo arriba citado.

“3.- Se declare patrimonialmente responsable tanto a la entidad pública demandada como al contratista de los perjuicios causados al señor JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO, como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 730 de 28 de junio de 2005 y de la celebración del contrato de suministro No. 1299 de fecha 29 de junio de 2005, en cuanto al Grupo 4 de la Licitación Pública No. 005 de 2005, se refiere.

“CONDENATORIAS.

“1.- Se condene a la entidad demandada y al contratista al pago de los perjuicios de orden material y de pérdida de oportunidad que se llegaren a demostrar dentro del proceso.

“DAÑO MATERIAL / LUCRO CESANTE.

“Se condene a los demandados a pagar a mi cliente, el valor del 100% de la utilidad “U” esperada por el contratista y derivada de la ejecución del contrato objeto del Grupo 4 de la Licitación Pública No. 005 de 2005, tasada en DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS, o en su defecto en la suma que parcialmente se acredite en el curso del proceso.

“Suma de dinero que deberá ser actualizada al momento de la condena.

“DAÑO EXTRAPATRIMONIAL / PERDIDA DE OPORTUNIDAD.

“Representado en la frustración a que se vio sometido mi cliente al negársele la adjudicación del Grupo 4 de la Licitación Pública No. 005 de 2005, a pesar de la evidente falta de capacidad del proponente favorecido, y de que la oferta presentada por JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO era la mejor en su Grupo.

“Por lo cual el aspirante contratista vio negada su real posibilidad de ser adjudicatario de una licitación (grupo 4), ante la expedición de un acto abiertamente ilegal; impidiéndole no solamente obtener la utilidad ya mencionada sino su acreditación de experiencia en el R.U.P. y con ello mejorar su capacidad de contratación, y fama de proveedor en el suministro y distribución de alimentos.

“Perjuicio que estimo en cuatro mil gramos oro (4.000 grs.) o su equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“2.- Se condene en costas y gastos del proceso a los demandados.

“3.- Se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Mediante Resolución No. 0536 del 28 de abril de 2005, el Departamento

Administrativo del Bienestar Social ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 005 de 2005, cuyo objeto lo constituyó la selección del contratista para el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados, a precios fijos sin fórmula de reajuste, para consumo en los Centros de Desarrollo Infantil y Centros de Desarrollo Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social.

2.2. En el numeral 1.8.1. del pliego de condiciones se estableció que “cuando el representante legal de la firma proponente tenga restricciones para contraer obligaciones en nombre de la misma, deberá adjuntar el documento de AUTORIZACION EXPRESA DEL ORGANO SOCIAL COMPETENTE, debidamente suscrito, en el cual conste que está plenamente facultado para presentar la propuesta y para firmar el contrato hasta por el valor de la propuesta.” Igualmente se dispuso en dicho numeral que la omisión de la autorización expresa del órgano social competente era subsanable y la entidad podría solicitar que se aportara, para lo cual el proponente contaría con dos días hábiles, so pena de rechazo de la propuesta.

2.3. La entidad distrital expidió dos adendos a la Licitación No. 005, en los cuales no modificó la exigencia prevista en el numeral 1.8.1 del pliego.

2.4. Durante la fase de evaluación de ofertas, el DABS, a través de comunicación del 13 de junio de 2005, solicitó a uno de los oferentes, CAFAM, que de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.8.1. del pliego de condiciones adjuntara el documento de autorización expresa del órgano social competente para contratar.

2.5. Según se expone en la demanda, el oferente CAFAM no atendió en debida forma la solicitud elevada por el DABS, pues se limitó a remitir un oficio en el que señaló que conforme al Acta de Asamblea Ordinaria No. 48, celebrada el 22 de mayo de 1998, el representante podría contratar libremente hasta el monto equivalente a 1800 SMLV, siendo necesaria autorización expresa del Consejo Directivo cuando dicha cuantía se superara, a lo cual agregó que los contratos suscritos por operaciones de mercadeo, como el del caso concreto, se encontraban exentos de autorización del órgano social.

2.6. El 27 de junio de 2005, la Asesora de la Subdirección Administrativa y Financiera del DABS solicitó a CAFAM que allegara copia de los Estatutos vigentes de la entidad, así como la resolución de aprobación de los mismos, a lo cual el oferente respondió que los documentos requeridos habían sido aportados con la propuesta.

2.7. En la verificación jurídica de la oferta presentada por CAFAM, el abogado del Área de Apoyo a la Contratación, en documento del 16 de junio de 2005,

concluyó que “CAFAM mediante oficio 1-2005-07807 presentó los documentos a través de los cuales aclara la autorización para contratar, subsanó el formato de cumplimiento de contratos anteriores y así mismo presentó el SIRI de la persona jurídica. En consecuencia CUMPLE.” Sin embargo el demandante señala que ese mismo funcionario en misiva del 21 de junio del mismo año dirigido a la Asesora de la Subdirección Administrativa y Financiera del DABS dejó constancia acerca de su sugerencia de rechazar la propuesta del oferente CAFAM dado que no subsanó en debida forma la observación presentada en la verificación jurídica.

2.8. Dentro del traslado del informe de evaluación, el proponente Javier Ignacio Pulido Solano presentó observaciones frente a la falta de capacidad jurídica del Director Administrativo del proponente CAFAM, por razón de la cuantía del contrato.

2.9. El 28 de junio de 2005, en audiencia pública el DABS adjudicó la Licitación pública No. 005, concerniente al grupo 4, a la Caja de Compensación Familiar por valor de \$1.262'037.868. Dicha decisión se materializó en la Resolución No. 0730 del 28 de junio de 2005, la cual fue notificada el 29 de junio del mismo año.

2.10. El 29 de junio de 2005 el DABS y CAFAM celebraron el contrato No. 01299 producto de la Licitación No. 005.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora adujo que el contrato de suministro No. 01299 de 2005 adolecía de nulidad absoluta por violación del artículo 1502 del Código Civil por ausencia de capacidad para contratar.

Al respecto señaló que el artículo 1502, al ocuparse de los requisitos de validez de los negocios jurídicos, estableció la capacidad legal como exigencia sustancial y determinante para el nacimiento de los contratos, de suerte que su ausencia conduciría a la nulidad absoluta del vínculo jurídico. Preciso que la capacidad de las personas jurídicas se exteriorizaba por conducto de sus órganos, quienes facultados por sus propios estatutos, que por demás se encuentran sujetos a la ley, pueden emitir declaraciones válidas de voluntad como fuente de obligaciones. Agregó que del giro ordinario del objeto del ente, los órganos pueden gozar de capacidad absoluta para comprometer la persona jurídica o encontrar dentro de sus mismos estatutos limitaciones a tal autonomía, evento en el cual resultan forzosas las autorizaciones de los órganos superiores.

Indicó que el Director Administrativo de CAFAM requería autorización expresa para obligar a la Caja en un contrato cuyo tope excedía los 1.800 SMLV. Por tal razón, la falta de autorización expresa al Director por parte del órgano competente, condujo a la ausencia de capacidad jurídica de CAFAM para celebrar el contrato, dado que el Consejo Directivo debía habilitar la expresión de voluntad de órgano ejecutor.

En cuanto al acto de adjudicación del grupo 4 de la Licitación No. 005, adujo que el mismo adolecía de nulidad por cuanto infringió las disposiciones en que debía fundarse, principalmente lo dispuesto en el número 1.8.1. del pliego de condiciones. En este punto, señaló que CAFAM no cumplió lo exigido en el documento precontractual y tampoco el requerimiento elevado por el DABS en ese sentido.

A la par sostuvo que la entidad inobservó las Resoluciones No. 0329 y 0394 de 2004, expedidas por la Superintendencia de Subsidio Familiar, de conformidad con las cuales se improbo la reforma estatutaria de CAFAM en la que se concedían nuevas facultades al Director consistentes en contratar libremente y sin límite de cuantía en procesos de selección públicos y privados, por cuanto tal facultad desconocía los parámetros fijados en la Ley 23 de 1981, cuyas disposiciones exigían un límite de cuantía para contratar, sin excepción alguna.

Para el demandante, a CAFAM le asistía la obligación de acoger lo dispuesto en dichas resoluciones en el sentido de respetar los topes cuantitativos fijados para contratar sin autorización expresa del Consejo Directivo. En su criterio, tampoco se acogieron los Estatutos vigentes de CAFAM contenidos en la Resolución No: 1038 de 1988, en cuyo artículo 30, literal g), estableció el tope para contratar sin excepción alguna. En este punto precisó que si bien el Acta de Asamblea No. 48 del 22 de mayo de 1998, dejó en libertad al Director para contratar sin límite de cuantía cuando se tratara de operaciones de mercadeo, lo cierto es que la reforma de estatutos que en ese sentido se adoptó no fue aprobada por la Superintendencia de Subsidio Familiar, además de lo cual no se acreditó que la Licitación Pública No. 005 de 2005, fuera una operación de mercadeo, entendiendo esta última como el conjunto de operaciones por las que ha de pasar una mercancía desde el productor al consumidor.

Adujo que aun en el caso de admitir que la Licitación correspondiera a una operación de mercado, de todas maneras la facultad ilimitada del Director Administrativo no se encuentra amparada en la Ley; por el contrario, contraviene lo dispuesto en la Ley 23 de 1981 que exige la fijación de topes para contratar sin distinción del origen, naturaleza o contenido del negocio jurídico.

Por último, sostuvo que la entidad estatal contratante vulneró el principio de igualdad que debe imperar el procedimiento de selección, por cuanto en la licitación No. 005 exoneró a CAFAM de adjuntar autorización expresa del órgano directivo para contratar, mientras que en la licitación No. 007 el DABS si fue riguroso en su exigencia.

4. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, mediante providencia del 29 de marzo de 2006, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la entidad demandada - Departamento Administrativo de Bienestar Social - y al litis consorte necesario por pasiva, CAFAM.

Por auto del 27 de septiembre de 2006, el Tribunal de primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda.

5.1. Caja de Compensación Familiar – CAFAM.

El litis consorte allegó escrito de oposición dentro del término de ley. En esa oportunidad se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

En cuanto a los hechos sostuvo que CAFAM cumplió con la totalidad de los requisitos establecidos en el numeral 1.8.1 del pliego de condiciones de la licitación, por cuanto atendió la petición de aclaración elevada por el DABS y demostró la plena capacidad jurídica de su Director para contratar en casos como el que fue materia de la Licitación No. 005 de 2005. Muestra de ello es que mediante oficio No. SM-VI-C-294 del 13 de junio de 2005 adjuntó las copias y certificados correspondientes.

Consideró que la Licitación No. 005 constituyó una operación de mercadeo, por razón de su naturaleza, finalidad y objeto, dado que versó sobre el suministro y

distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados para el consumo en los Centros de Desarrollo Infantil y Centro de Desarrollo Social del Departamento Administrativo de Bienestar Social. Agregó que correspondía a una operación de mercadeo que se ajustó tanto al presupuesto como a los programas de la Subdirección de Mercadeo.

Adicionalmente, propuso los siguientes medios exceptivos:

5.1.1. Carencia de personería sustantiva o de legitimación en la causa de CAFAM: Como sustento de la excepción manifestó que la Caja de Compensación Familiar no se encontraba obligada a responder por los perjuicios reclamados, en cuanto cumplió con los requisitos exigidos para presentarse en la Licitación No. 005 y para resultar adjudicataria de la misma. Así mismo añadió que al DABS le correspondía ceñirse a lo que apareciera acreditado dentro del procedimiento de licitación.

Advirtió que en el hipotético evento de que en el acto de adjudicación se hubiese cometido algún error, el mismo no resultaría atribuible a la adjudicataria sino a la entidad pública, por tratarse de una decisión unilateral.

5.1.2. Cumplimiento de la totalidad de los requisitos por parte de CAFAM en el trámite de la licitación y en la celebración del contrato: Señaló que si todos los trámites fueron agotados y los requisitos fueron satisfechos por CAFAM, ninguna responsabilidad podría endilgársele

5.1.3. Inexistencia de causales de nulidad: Para el litisconsorte no se configuró causal de nulidad alguna que afectara la validez del contrato, pues la capacidad del Director de la Caja para contratar emanaba directamente de la ley y de los reglamentos, aspecto que fue considerado y decidido por la entidad estatal contratante.

5.2. Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social.

En primer lugar solicitó desestimar la pretensión de nulidad del acto administrativo acusado por cuanto fue expedido en uso de las facultades legales conferidas a la entidad y con arreglo a las formalidades y normas que rigen las relaciones contractuales del Estado. Con el mismo sustento se opuso a la pretensión de

nulidad del contrato celebrado entre el DABS y CAFAM y a la declaratoria de responsabilidad, por lo cual no habría lugar al reconocimiento de los perjuicios alegados.

En relación con los hechos de la demanda indicó que en el presente evento el Director de Cafam no tenía restricciones para contratar, pues dentro del término concedido a dicho proponente para la aclaración solicitada informó que en Acta No. 48 del 22 de mayo de 1998 la Asamblea General de Afiliados autorizó al Director Administrativo de CAFAM para efectos de contratar las actividades de mercadeo, con sujeción sólo a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo, razón por la cual no era necesaria autorización del órgano social para presentar oferta en la Licitación de la referencia. Al efecto precisó que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 784 de 1989 las Cajas de Compensación Familiar pueden realizar actividades de mercadeo social, no dirigido a sus afiliados, dentro de los cuales se encuentra la venta de alimentos, objeto del contrato celebrado, tal como lo certificó el Director Administrativo mediante oficio del 13 de junio, de conformidad con lo cual la actividad a contratar se encontraba dentro de los programas de mercadeo y dentro del presupuesto de las actividades de mercadeo de CAFAM.

En lo atinente al concepto al que se alude en la demanda, emitido por el abogado del Grupo de Apoyo a la Contratación del DABS con destino a su jefe inmediato, señaló que en todo caso la funcionaria encargada del proceso de evaluación revisó el referido concepto y encontró elementos de juicio suficientes para apartarse de dicha apreciación, a lo cual agregó que el abogado del Área de Apoyo al parecer olvidó que al no aprobarse la reforma estatutaria de CAFAM, conservaba vigencia el acta No. 48 de 1998 como bien lo señaló la Superintendencia de Subsidio Familiar en el concepto del 5 de julio de 2005.

Como razones de la defensa manifestó que las decisiones del Departamento Administrativo de Bienestar Social no transgredieron de forma alguna la Ley 80 de 1993, ni las disposiciones civiles y comerciales referentes a la capacidad de las personas y a la formalidad de los contratos.

Estimó que el actor partía de un supuesto erróneo al considerar que el Acta No. 48 de 1998, mediante la cual se autorizó al representante legal de CAFAM para contratar actividades de mercadeo con sujeción al presupuesto de la Subdirección de Mercadeo, no resultaba aplicable, pues según la demandada, debía tenerse en cuenta que dicha reforma estatutaria fue aprobada por la

Superintendencia de Subsidio Familiar mediante Resolución No. 308 del 24 de julio de 1998, decisión que mantiene vigor al no haber sido reemplaza por decisiones diferentes, pues las adoptadas con posteridad fueron improbadas por el ente de vigilancia.

Adujo que aun cuando el demandante alegó que la Licitación No. 005, cuyo objeto era la adjudicación de un contrato de suministro de productos alimenticios, no constituía una operación de mercado, tampoco brindó argumentos o pruebas que sustentaran su dicho. Advirtió que la razón por la cual el suministro de alimentos era considerada una operación de mercadeo hallaba pleno sustento normativo en la Ley 21 de 1982 y en el Decreto 784 de 1989.

De conformidad con lo anterior argumentó que el representante legal de CAFAM era plenamente capaz para obligar legalmente a la adjudicataria.

En lo concerniente a la nulidad del acta de adjudicación por inobservancia de las previsiones del pliego de pliego de condiciones, reiteró que la respuesta a la aclaración cumplió con los lineamientos trazados por el DABS, dado que la intención de la entidad era verificar la capacidad del representante de la Caja de Compensación, por lo cual fue allegada el acta No. 48 de 1998, vigente para ese entonces y de cuyo contenido se desprendía que existía una autorización al representante para contratar por los montos autorizados por la Subdirección de Mercadeo y se certificó además que el valor de la licitación se encontraba dentro de esos montos.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Por auto del 5 de septiembre de 2007 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y concepto de fondo.

El litisconsorte necesario por pasiva, CAFAM, y la parte actora presentaron su respectivo escrito de alegaciones en el que, en esencia, reiteraron los argumentos expuestos en etapas procesales precedentes.

La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B negó las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar se pronunció frente a los presupuestos procesales de la acción, aspectos en relación con los cuales observó que la acción contractual resultaba procedente por cuanto se pretendía la nulidad de la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005, por la cual se adjudicó licitación No. 005, al tiempo que se deprecaba la nulidad absoluta del contrato producto de dicho procedimiento de selección.

De la misma forma, encontró legitimado en la causa por activa al señor Javier Ignacio Pulido Solano, tras hallar acreditada su calidad de oferente dentro del grupo 4 de la Licitación No. 005. Igual suerte corrió la legitimación en la causa por pasiva del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social DABS, dada su condición de entidad pública que adelantó el procedimiento de Licitación No. 005 y celebró el contrato cuya nulidad se demanda. Finalmente e invocando la jurisprudencia que sobre el particular ha emanado del Consejo de Estado, consideró que a CAFAM le asistía el derecho de ejercer su defensa en calidad de litisconsorte necesario por pasiva por cuanto resultó ser el adjudicatario de la licitación cuyos efectos se pretenden enervar.

De otro lado, observó que en el caso no había operado la caducidad de la acción atendiendo a que el contrato de suministro cuya nulidad se solicitaba se celebró el 29 de junio de 2005, mientras que la demanda se interpuso el 13 de febrero de 2006, es decir dentro de los años previstos por la norma legal respectiva.

Al descender al análisis del caso concreto advirtió que mediante Resolución No. 1038 del 31 de octubre de 1988 la Superintendencia de Subsidio Familiar aprobó la adecuación de los Estatutos de CAFAM al Decreto 341 de 1988. Igualmente, que a través de Resolución No. 0308 del 24 de julio de 1998 la mencionada Superintendencia aprobó las decisiones adoptadas por la Asamblea General Ordinaria de Afiliados de CAFAM el 22 de mayo de 1998, según constaba en el

Acta No. 048, en el sentido de fijar en 1800 SMLVM la cuantía hasta por la cual el Director Administrativo podría contratar sin autorización del Consejo Directivo, con excepción de los contratos que generara la administración de mercadeo, los cuales se harían de conformidad con los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo, decisiones que se encontraban vigentes al momento de la participación en el proceso licitatorio No. 005 de 2005.

De conformidad con lo anterior el Tribunal *a quo* concluyó que los cargos de nulidad no tenían vocación de prosperidad y que no compartía los argumentos del funcionario de la División de Contratación del DABS que conceptuó sobre la procedencia del rechazo de la propuesta de CAFAM, pues quedó demostrado que la decisión de la Asamblea General Extraordinaria de Afiliados de la Caja adoptada en Acta No. 54 del 25 de junio de 2004, en la cual se autorizó al Director Administrativo o a los representantes legales de la Corporación, en su ausencia, para formular propuestas en licitaciones públicas, privadas o concursos y para suscribir los contratos derivados de dichos procedimiento, sin necesidad de autorización del Consejo Directivo para cada caso concreto, fue improbada por la Superintendencia en Resolución No. 329 del 11 de octubre de 2004, decisión confirmada por Resolución No. 394 del 7 de diciembre de 2004, por cuanto no se ajustaba a lo dispuesto en el número 4 del artículo 13 del Decreto Reglamentario 341 de 1988, según el cual le correspondía a la Asamblea General Ordinaria ocuparse anualmente de la fijación del monto hasta por el cual podía contratar el Director Administrativo sin autorización del Consejo Directivo y, en ese caso, no se había señalado una cuantía determinada.

En el orden expuesto, consideró que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad hasta no ser anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón suficiente para colegir que la Resolución que aprobó lo decidido por la Asamblea General Ordinaria el 22 de mayo de 1998, mediante acta No. 048, en la cual se establecía que los contratos generados en operaciones de mercadeo, con independencia de su cuantía, no estaban sujetos a la necesidad de aprobación, se mantenía incólume, por cuanto no había sido esa decisión la improbada por la Superintendencia, sino aquella que reformó los Estatutos años después, de tal forma que la aprobación impartida en la primera oportunidad respecto de la Asamblea realizada en el año de 1998 continuaba produciendo plenos efectos, pues no se produjo la respectiva aprobación por el ente competente de aquella que pretendía modificarla.

De otro lado, sostuvo que el demandante realizó una interpretación equivocada de la Resolución No. 308 de 1998, por la cual la Superintendencia de Subsidio Familiar aprobó las disposiciones contenidas en el Acta de Asamblea No. 048, pues en momento alguno se dejó en plena libertad al Director Administrativo de CAFAM para presentar propuestas y celebrar contratos originados en operaciones de mercadeo, por cuanto si bien el acta No. 048 lo exceptuaba de la necesidad de autorización del Consejo Directivo, lo cierto es que de todas formas quedaban sujetos a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo.

Por lo expuesto indicó que la exigencia prevista en el numeral 1.8.1. del pliego de condiciones no le era aplicable a la Caja de Compensación Familiar Cafam, pues de la necesidad de autorización al representante legal para contratar se exceptuaban los contratos generados en labores de mercadeo, concepto entendido como el conjunto de operaciones por las que ha de pasar una mercancía desde el productor al consumidor, lo cual desde luego contiene el suministro de bienes que hacen parte de la canasta familiar y constituyen actividades que estaban comprendidas en la elaboración de la propuesta para participar en el proceso licitatorio No. 005, toda vez que debían desarrollar un estudio sobre las condiciones en que habrían de ser los productos alimenticios, de conformidad con las especificaciones técnicas, sanitarias y presupuestales contempladas en el pliego, proceso que abarcaba desde la consecución de los alimentos hasta la culminación de un ofrecimiento que no solo colmara las necesidades del contratante, sino que derivara una rentabilidad económica para el oferente.

Con todo, resaltó que lo anterior no significaba que la facultad otorgada al Director Administrativo de CAFAM para presentar propuestas y celebrar contratos generados en operaciones de mercadeo, no era ilimitada, en la medida en que, para el efecto, dicha facultad estaba sujeta a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo, lo cual de suyo le imponía el deber, así no lo contemplara el pliego de condiciones, de allegar el correspondiente certificado del revisor fiscal de la entidad en la que acreditara la cuantía disponible de esa Subdirección en el año 2005, para así determinar la capacidad contractual, documento que en efecto aportó, pero luego de concluido el proceso de selección. Sin embargo, frente a este último punto precisó que no obstante encontrarse en el deber de aportarla, dicha certificación nunca le fue solicitada al proponente

adjudicatario por la entidad, con lo cual se entiende que la actuación de CAFAM se enmarca dentro del principio de buena fe.

8. El recurso de apelación.

El demandante, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La sustentación de la alzada se sintetizó en los siguientes puntos:

En primer lugar cuestionó que a pesar de reconocer la ausencia de documentos que acreditaran la capacidad de contratación de CAFAM en su oferta, el Tribunal no le generó efecto alguno no obstante constituir el centro de debate, y para resolver esa falencia prefirió hacer prevalecer el principio de buena fe sobre la exigencia legal relativa a la capacidad.

En segundo lugar adujo que si bien se acepta que los estatutos aplicables en materia de capacidad de contratación del Director Administrativos eran los contenidos en el Acta No. 048 de 1998, lo cierto es que no compartía el concepto equivocado de operación de mercadeo que, en su criterio, inventó el Tribunal, pues no solamente lo consideró un concepto errado sino que liberaba de la carga probatoria a la entidad demandada de demostrar las razones por las cuales estimaba que presentar ofertas en una licitación pública era una operación de mercadeo, cuya esencia por demás en el mundo actual no es otra distinta que el conjunto de estrategias dirigidas al posicionamiento de bienes y servicios y por supuesto a la apertura de nuevos segmentos al comercio de los mismos, todo lo cual escapaba por completo a los fines de la licitación pública dado que su único propósito se contrae a la escogencia de un proveedor de bienes y servicios que demanda la entidad para satisfacer una necesidad pública.

Reprochó el hecho de que el Tribunal no citó las fuentes científicas de donde extrajo el concepto de operaciones de mercadeo y, menos, expuso la inserción de las mismas a los estatutos y al objeto misional de CAFAM que dista mucho de dedicarse a la compra de productos y venta de los mismos.

Llamó la atención también sobre el hecho de que el Tribunal interpretara los estatutos de CAFAM bajo el entendido de que el límite legal de las operaciones de mercadeo lo constituía el presupuesto de la Subdirección de Mercadeo pues ello

no se encontraba contemplado en tales términos no obstante el deber de determinar un límite cuantitativo en los estatutos.

Reiteró que la ausencia de certificación del revisor fiscal que acreditara la capacidad para contratar conllevaba a la nulidad absoluta del contrato de suministro, vicio que incluso de oficio debe ser declarado por el juez. Con base en lo anterior alegó que el Tribunal prefirió aplicar el principio de buena fe y dejó de aplicar las previsiones del pliego, como de lado dejó el requisito de capacidad como supuesto de validez de los negocios jurídicos.

Por último sostuvo que la entidad demandada transgredió el principio de igualdad, pues mientras que en las licitaciones Nos. 005 y 007 se solicitó el cumplimiento de un requisito al proponente CAFAM para acreditar su capacidad, en la primera de ellas el oferente no cumplió con lo solicitado, en tanto que en la segunda sí lo hizo y en ambas resultó habilitado.

9. Actuación en segunda instancia.

Mediante providencia del 22 de febrero de 2008, esta Corporación concedió término al apelante para sustentar el recurso de apelación. Una vez cumplido lo anterior, por auto del 11 de abril de 2008 se admitió el recurso de alzada.

Por medio de providencia del 22 de mayo de 2008 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado la parte actora y la entidad demandada guardaron silencio.

El litisconsorte necesario por pasiva, CAFAM, alegó de conclusión oportunamente a través de apoderado. En esa oportunidad realizó un recuento del trámite procesal y de los hechos que quedaron acreditados en el plenario. Adicionalmente consideró que los argumentos de apelación expuestos por el demandante no alteraban la estructura de la sentencia pues todos ellos guardan coincidencia con los aspectos discutidos y resueltos en el trámite de la primera instancia.

El agente del Ministerio Público, dentro del término de traslado especial, rindió concepto en el cual consideró que debía confirmarse la sentencia apelada. Como

fundamento de lo anterior sostuvo que estaba demostrado que la Caja de Compensación Familiar sí cumplió con los requisitos exigidos en el número 1.8.1. del pliego de condiciones, pues de manera oportuna presentó junto con su propuesta, y posteriormente ante el requerimiento del DABS, los documentos que acreditaban que el Director Administrativo y representante legal de la Caja sí se encontraba facultado para participar en la Licitación Pública No. 005 de 2005 y para suscribir el respectivo contrato, para cuyo efecto anexó el Acta No. 48 del 22 de mayo de 1998, aprobada por la Superintendencia de Subsidio familiar mediante Resolución No. 308 de 24 de junio de 1998; además acreditó y aclaró ante el DABS que la propuesta de CAFAM se ajustaba tanto al presupuesto como a los programas de la Subdirección de Mercadeo, lo que a la postre fue corroborado por la certificación del Revisor Fiscal de CAFAM.

En cuanto a los argumentos del apelante de conformidad con los cuales el objeto de la Licitación Pública No. 005 de 2005, no puede equipararse con una actividad de mercadeo, estimó que según la Ley 21 de 1982 y el Decreto 784 de 1989 dentro de las actividades inherentes a las Cajas de Compensación Familiar se encuentran aquellas relacionadas con las operaciones de mercadeo, dentro de las cuales se encuentran comprendidas el suministro de alimentos en sus diferentes modalidades.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado.

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005, por medio de la cual el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social adjudicó el grupo 4 de la Licitación No. 005 de 2005 a la Caja de Compensación Familiar CAFAM y sobre la nulidad del contrato de suministro

producto del mismo. En este punto se recuerda que la entidad demandada, Distrito Capital – Departamento Administrativo del Bienestar Social (hoy Distrito Capital - Secretaría Distrital de Integración Social) es un ente territorial y por tanto tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, teniendo en habida cuenta que la parte demandada tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de establecimiento público, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

2. Las pruebas aportadas al proceso.

A continuación se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

2.2 Pruebas documentales.

2.2.1. Copia auténtica de la Resolución No. 0536 del 28 de abril de 2006 mediante la cual el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social ordenó la apertura de la licitación No.005-2005 , cuyo objeto lo constituyó el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados a precios fijos sin fórmula de reajuste, para consumo de los centros de desarrollo infantil y centros de desarrollo social del Departamento Administrativo de Bienestar Social (fls. 8-9 c2).

¹ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“(…)”

2.2.2. Copia auténtica del Pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública DABS No. 005 de 2005, documento respecto del cual se destaca el siguiente clausulado (fls. 14-83 c2):

“1.1. OBJETO:

EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DEL DISTRITO CAPITAL, que en el presente pliego se denominará el DEPARTAMENTO, está interesado en recibir propuestas para el SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE ALIMENTOS PERECEDEROS, SEMIPERECEDEROS Y PREPARADOS A PRECIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTE PARA CONSUMO EN LOS CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL Y CENTRO DE DESARROLLO SOCIAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL.

“1.4. DISTRIBUCIÓN DEL PRESUPUESTO OFICIAL POR GRUPOS ALIMENTICIOS

	PRESUPUESTO OFICIAL ESTIMADO POR GRUPOS DE ALIMENTOS	
GRUPOS	ALIMENTOS	PRESUPUESTO
Grupo 1	POLLOS Y HUEVOS	\$600.683.623
Grupo 2	CARNES, EMBUTIDOS Y PESCADOS	\$914.507.479
Grupo 3	LACTEOS Y HELADOS	\$612.616.011
Grupo 4	FRUTAS, VERDURAS, TUBERCULOS Y PLATANOS	\$1.337'574.541
Grupo 5	PANADERIA Y BIZCOCHERIA	\$321'055.026
Grupo 6	GRANOS, CEREALES, PASTAS, GRASAS, CONDIMENTOS, LECHE, BEBIDAS Y OTROS	\$804'236.359
Grupo 7	AZUCARES, GOLOSINAS Y ALIMENTOS PREPARADOS	\$157'892.511
	TOTAL DE PRESUPUESTO OFICIAL ESTIMADO	\$4.748.565.550

“1.8.1. PERSONAS NATURALES Y/O JURIDICAS NACIONALES O EXTRANJERAS CON O SIN ANIMO DE LUCRO.

“Cuando el proponente sea una PERSONA JURIDICA (Nacional o Extranjera), deberá anexar el certificado de Existencia y Representación Legal Vigente, expedido por le Cámara de Comercio, en una fecha no superior a treinta (30) días antes de la fecha del cierre de la Licitación, en el cual demuestre un objeto social acorde con el objeto de la presente contratación. Igualmente deberá acreditar que su duración no es inferior al plazo para la ejecución del contrato y un (1) año más.

“(…).

“Cuando el representante legal de la firma proponente tenga restricciones para contraer obligaciones en nombre de la misma, deberá adjuntar el documento de AUTORIZACION EXPRESA DEL ORGANO SOCIAL COMPETENTE, debidamente suscrito en el cual conste que está plenamente facultado para presentar la propuesta y para firmar el contrato hasta por el valor de la propuesta.

“La omisión de la Autorización Expresa del Órgano Social Competente es SUBSANABLE. EL Departamento la solicitará y el proponente tendrá un término de dos días hábiles, contados a partir del recibo de la comunicación para allegarla. En todo caso dicho documento no podrá tener fecha posterior a la fecha de presentación de la propuesta. Si el proponente no cumple con la solicitud en el tiempo indicado o envía un documento que no se ajuste a lo requerido, se generará el RECHAZO de la propuesta.

“El proponente deberá presentar los Estatutos de la Entidad con el fin de determinar, entre otros aspectos, si su objeto social es acorde al objeto de la presente licitación, si su duración no es inferior al plazo para la ejecución del contrato y un (1) año más para precisar las facultades de sus órganos sociales y de su representante legal.

“Cuando el representante sea una persona jurídica sin ánimo de lucro deberá presentar junto con los estatutos de la entidad, las resoluciones de aprobación de Estatutos y de sus reformas, si las hubiere expedidas por la autoridad competente, o la información sobre el estado de su trámite.”

2.2.3. Copia auténtica del acta de audiencia de aclaración del pliego correspondiente a la Licitación No. 005 de 2005, llevada a cabo el 11 de mayo de 2005 (fls. 84-91 c2).

2.2.4. Copia auténtica de la Resolución No. 0653 del 16 de mayo de 2005 por la cual el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social, prorrogó la fecha de cierre de la Licitación No. 005 hasta el 19 de mayo de 2005 a las 4:30 p.m. (fl. 133- 135 c2).

2.2.5. Copia auténtica del Adendo No. 01 al pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 005 (fls. 135-147 c2).

2.2.6. Copia auténtica del Adendo No. 2 al pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 005 (fls. 148 c2).

2.2.7. Copia auténtica del Acta de cierre de la Licitación No. DABS 005 de 2005, suscrita el 19 de mayo de 2005 (fl. 153-156 c2).

2.2.8. Copia auténtica del Oficio No. 015199 del 13 de junio de 2005 por el cual la Subdirectora Administrativa y Financiera del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social solicitó a la Caja de Compensación Familiar, entre otras cosas, que dentro de los dos días hábiles siguientes aclarara y/o adjuntara lo siguiente (fls. 157-158 c2):

“1) De acuerdo con el numeral 1.8.1. “PERSONAS NATURALES Y/O JURIDICAS CON O SIN ANIMO DE LUCRO”, adjuntar: el documento de AUTORIZACION EXPRESA DEL ORGANO SOCIAL COMPETENTE, debidamente suscrito, en el cual conste que el representante legal está plenamente facultado para presentar la propuesta por el valor de la misma (\$3'033.102.585) y para firmar el/los contratos (s) hasta por ese valor.”

2.2.9. Copia auténtica del oficio No. SM-VI-C294 del 13 de junio de 2005 por el cual el representante legal de CAFAM, Luis Gonzalo Giraldo Marín, dio respuesta al requerimiento elevado por CAFAM en los siguientes términos (fls. 159-161 c2):

“1.- De acuerdo con el numeral 1.8.1 PERSONAS NATURALES Y/O JURIDICAS NAACIONALES O EXTRAJERAS CON O SIN ANIMO DE LUCRO, con respecto a ese punto, quisiéramos precisar que la competencia del Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar CAFAM para la celebración de contratos fue determinada por el Acta No. 48 de la Asamblea

General Ordinaria celebrada en mayo 22 de 1998, de la cual ya se aportó copia que se estableció que podrá contratar libremente en montos que equivalgan hasta a 1800 salarios mínimos legales mensuales, siendo entonces necesaria la aprobación del Consejo Directivo de la Caja para celebrar contratos con cuantía superior a dicho tope.

Sin embargo, en la misma Acta la Asamblea General dejó sentado que tratándose de contratos que se generen en la operación de mercadeo, y la presente licitación comporta indiscutiblemente una operación de mercadeo social, la capacidad del Director Administrativo para celebrarlos no está sujeta a cuantías en términos de salarios mínimos, ni a autorización previa del Consejo Directivo, sino que solamente deberá estar ajustada a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo de la Caja que para este caso están determinados en cuanto a su monto en la propuesta presentada.

En este orden de ideas, no es necesario en el caso presente obtener autorización del Consejo Directivo de la Caja para presentar la propuesta o celebrar el contrato, toda vez que aunque el monto del eventual contrato supera el valor de los salarios mínimos que sirven de tope a la libertad de contratación del Director Administrativo, por tratarse de un contrato de la órbita de operaciones de la Subdirección de Mercadeo no se está atado, en lo que toca a capacidad de contratación, a valor en salarios mínimos no a previa autorización del Consejo Directivo, pues esta restricción está relacionada únicamente con los contratos originados en las otras Unidades Estratégicas de Negocio de la Corporación.

Así las cosas, la autorización del Órgano Corporativo competente para la celebración del contrato y presentación de esta propuesta ya fue enviada oportunamente con la propuesta misma, y procederemos a enviarla nuevamente de acuerdo a su solicitud de aclaración, junto con copia de la certificación expedida por el señor Secretario [del] Consejo Directivo de la Caja, en la que señala la libertad de contratación del Director administrativo tratándose de operaciones de mercado.”

La anterior comunicación fue acompañada del extracto de Acta No. 48 de la Asamblea General Ordinaria de CAFAM celebrada el 22 de mayo de 1998 y de la certificación expedida el 4 de abril de 2005.

2.2.10. Copia auténtica del extracto de Acta No. 48 de la Asamblea General Ordinaria de CAFAM celebrada el 22 de mayo de 1998 en la cual se decidió (fl. 163-164 c2):

“1.- Que de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el literal G del artículo 30 de los estatutos, la Asamblea General deber determinar la cuantía por la cual el Director puede contratar libremente, dentro de los términos del objeto de la Corporación y sin requerir la aprobación o autorización del Consejo Directivo (...)

Resuelve:

“Autorizar al Director Administrativo de Cafam para contratar libremente sin requerir autorización del Consejo Directivo dentro de los términos de la Corporación y en cada caso en un monto equivalente a 1.800 salarios mínimos.

“(...)”

“De esta excepción se exceptúan los contratos que genere la operación de mercadeo, que se harán de acuerdo con los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo.

2.2.11. Copia auténtica de la certificación expedida el 4 de abril de 2005 por el Secretario del Consejo Directivo de CAFAM, de conformidad con la cual (fls. 165 c2):

“... me permito certificar que las actas números 48 del 22 de mayo de 1998 y el acta No. 1079 de julio 22 de 2003, se encuentran vigentes en su totalidad.

Dejo constancia que según lo dispuesto por la Asamblea General de Afiliados del día 22 de mayo de 1998 (Acta No. 48), en lo referente a los contratos derivados de la operación de Mercadeo, el Director Administrativo está facultado sin límite de cuantía hasta el valor de los presupuestos y programas correspondientes.”

2.2.12. Copia auténtica del oficio No. SM-VI-C-294 del 13 de junio de 2005 por el cual el Director Administrativo de CAFAM informó al Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social lo siguiente:

“Dando alcance a nuestro anterior comunicado me permito aclarar respecto del Acta 48 de la asamblea general ordinaria de CAFAM celebrada en mayo 22

de 1998, que la propuesta de CAFAM en la licitación de la referencia se ajusta tanto al presupuesto como a los programas de la Subdirección de mercadeo de CAFAM.”

2.2.13. Oficio del 27 de junio de 2005 por el cual la Asesora de la Subdirección Administrativa y Financiera del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social solicitó que CAFAM remitiera con carácter urgente copia de los Estatutos vigentes de su entidad, así como la resolución de aprobación de los mismos (fl. 169 c2).

2.2.14. Respuesta que remitió CAFAM el 27 de junio de 2005 a la anterior solicitud en la cual su representante legal aclaró que los estatutos y resoluciones se aportaron con la propuesta (fl. 170 c2).

2.2.15. Copia auténtica del informe de evaluación técnica y económica correspondiente a la Licitación No. 005 (fls. 173- 222 c2).

2.2.16. Copia auténtica del concepto rendido por el Abogado de la Oficina de Contratación del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social dirigido a la Asesora de la Subdirección Administrativa y Financiera de esa misma entidad en el cual se refiere a la verificación de la capacidad jurídica de la propuesta presentada por CAFAM, que concluyó (fls. 344-347 c2):

“De las Resoluciones Nos 329 y 394, expedidas por la Superintendencia del Subsidio Familiar, se concluye que: La aprobación dada por la Asamblea General en reunión del 25 de junio de 2004, otorgándole facultades al Director Administrativo más allá de lo legalmente permitido, carece de validez legal. En consecuencia, el proponente CAFAM debió aportar la autorización al Director Administrativo señalando expresamente el objeto y la cuantía de la misma, y ser ésta acorde al valor ofertado por dicho proponente, situación que no hizo tal y como se aprecia en el comunicado de radicación 07502 del 250 (sic) de mayo de 2005. Llama la atención cómo CAFAM en la participación del proceso licitatorio 07 de 2005, recientemente adjudicado a éste, presentó autorización para contratar al Director Administrativo señalando de manera clara y expresa el valor de la oferta (\$7.138'077.000 pesos), así como el objeto. Se aclara que dicha oportunidad dicha autorización se presentó directamente en la propuesta folio 169, es decir, que el Departamento no requirió al proponente solicitándole

aclaración, caso contrario como en efecto se dio en el actual proceso Lic. 05 de 2005.... Mi sugerencia es rechazar la propuesta del proponente Cafam, dado que no subsanó en debida forma la observación presentada en la verificación jurídica incumpliendo el pliego de condiciones numerales 1.8.1 y 3.6 literal L, así como lo expuesto en el sustento y consideraciones jurídicas del presente.”

2.2.17. Evaluación jurídica de las propuestas presentadas dentro de la Licitación No. 005 de 2005, en la cual se consignó (fl. 358-359 c2):

“2).- CAFAM: Mediante Oficio 1-2005-07807, presentó los documentos a través de los cuales aclara la autorización para contratar, subsanó el formato de cumplimiento de contratos anteriores y así mismo presentó el SIRI de la persona jurídica. En consecuencia CUMPLE.”

2.2.18. Acta de audiencia de adjudicación de la Licitación No. 005, llevada a cabo el 28 de junio de 2005, en cuyo desarrollo se dejó consignado lo siguiente (fls. 443-460 c2):

“INTERVENCION DEL DEPARTAMENTO: El Departamento hace constar en este punto una explicación para los miembros de la Veeduría presentes sobre lo concerniente a CAFAM. El tema de la autorización para la contratación con CAFAM es el siguiente: CAFAM tiene unos estatutos que son aprobados mediante resolución 1098 de 1988, en los cuales en el artículo 30 literal g) de esos estatutos se dice: autorizamos a la asamblea para que autorice al director de CAFAM para suscribir todos los actos y contratos y que la asamblea establezca el monto a partir del cual se va a requerir autorización del Consejo Directivo y que también se indique cuáles actos no van a requerir esa autorización del Consejo Directivo, eso lo dicen los Estatutos. A partir de esa consagración de los estatutos CAFAM a través de un acta de asamblea que consta en un acta que es la 48 del 22 de mayo de 1998, entre muchos puntos determina que el Director Administrativo va a tener dos tipos de facultades: una facultad de suscribir todo tipo de contrato que no supere los 1.800 SMLMV (que eso son aproximadamente 600 millones de pesos), pero que para el caso de las operaciones de mercadeo como lo es esta licitación, no requerirán autorización del Consejo Directivo, basta que se ajusten a los planes y programas, presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo. Eso es lo que tenía

CAFAM ya que desde el año 82 nunca hizo modificación a los estatutos, todo lo que les digo fue verificado hoy en la mañana en la Superintendencia de Subsidio Familiar, entonces hasta acá es la historia, los estatutos de ellos son de 1988, en el año 2004, CAFAM solicitó una modificación de los estatutos de muchos puntos, y con respecto a la autorización para el Director se solicita: que le dejara igual los 1.800 salarios mínimos y crea un párrafo que dice: que para las licitaciones, convocatorias públicas y todo lo demás en lo que el estado sea contratante solicita que no tengan autorización del Consejo Directivo; dice el texto que ellos someten a aprobación de reforma a la Superintendencia. Si no damos cuenta en el acta No. 48 ellos no requieren autorización del Consejo Directivo y se someten es que este a los planes, presupuestos y programas de mercadeos, eso lo que dice, eso en cumplimiento de una ley del año 82, que dice que la limitación para contratar tiene que existir, así no digan un monto tiene que hacer referencia a algo y ellos lo hacen a los planes y programas de servicios de mercadeo. CAFAM en el año 2004 entonces solicita que le dejen los 1.800, pero dice que para las licitaciones, convocatorias y todo lo demás le autoricen no solicitar ninguna autorización al Consejo Directivo, eso es lo que CAFAM solicita. La Superintendencia se lo niega y le dice no usted no puede ir sin ninguna autorización del Consejo Directivo sin límite de cuantía, porque fijese que no hay límite de cuantía en este caso, ellos lo pueden hacer sin autorización del Consejo Directivo pero lo que dice la ley es que la tienen que someter a alguna limitación, aquí ellos lo que pedían era que simplemente los autorizaran para en los casos de licitaciones irse sin ninguna autorización del Consejo Directivo, sin hacer referencia a ningún monto. La Superintendencia se lo niega, CAFAM lo repone, y la Superintendencia en una Resolución lo confirma. Luego sería absurdo pensar que como le negaron esa facultad no la tiene, porque lo que pasó fue que una vez negada esta reforma de los estatutos, quedó vigente la que tenían anterior. Nosotros pedimos dos tipos de certificaciones: le pedimos una a CAFAM informándonos cuáles son los estatutos vigentes a lo que ellos nos responden que los estatutos vigentes son los de la Resolución No. 1088 de 1988, porque si usted se fija nunca les aprobaron la reforma, es decir, el hecho que se las hubiera negado la Superintendencia no supone que ellos deban pedir autorización al Consejo Directivo, sino que los Estatutos y el Acta 478 no sufrieron ninguna modificación (...)

“En la Superintendencia donde estuvimos esta mañana, nos dijeron que nos van a mandar la certificación diciéndonos eso, que los estatutos vigentes son la Resolución de 1098 del 88 y por lo tanto eso ratifica la validez del Acta 48.

La tesis del señor de San Roque (Javier Pulido) es que como les negaron la modificación tiene que pedir autorización, pero eso sería tanto como aceptar que hubo un limbo jurídico entre la Resolución que aprobó los estatutos y la negación de la reforma. Siendo que en materia de estatutos la negativa a aprobación de reforma lo que hace es dejar aprobada la que está aprobada que es este caso. Es decir, que lo anterior no sufre ninguna modificación...”

“6.- RESPUESTA DEL DEPARTAMENTO A LAS INTERVENCIONES INTERVIENE EL DEPARTAMENTO: *Siguiendo el orden del día, como punto 6, está la respuesta del Departamento a las intervenciones, teniendo en cuenta que la única observación fue la del proponente JAVIER IGNACIO PULIDO en el sentido de hacer algunas observaciones a la capacidad para contratar de CAFAM, el Departamento ratifica lo indicado en el informe definitivo de evaluación en el sentido de afirmar que los estatutos vigentes de CAFAM son los contenidos en la resolución 1098 de 1988 y por lo tanto el Acta No. 048 de la Asamblea celebrada el 22 de Mayo de 1998 se encuentra vigente en su totalidad y es importante hacer dos aclaraciones respecto de estas afirmaciones del Departamento. La primera es que todo lo anterior aquí manifestado fue certificado por la CAJA DE COMPENSACION CAFAM y verificado en la Superintendencia de Subsidio Familiar.*

“(..).

“10.- LECTURA DE COMUNICACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR EL QUE CERTIFICA CUALES SON LOS ESTATUTOS VIGENTES DE CAFAM.

INTERVIENE EL DEPARTAMENTO: *antes de levantar esta sesión, acaba de llegar la comunicación de la Superintendencia del Subsidio Familiar, de la que me parece importante dar lectura a todos los proponentes.*

“Cordial saludo

“En atención a la comunicación del 28 de junio de 2005, radicada en esta Superintendencia con el No. 6159 del 28 del mismo mes y año, le manifiesto que de acuerdo con la información que reposa en los archivos de la Superintendencia de Subsidio Familiar, los estatutos vigentes de la caja de

Compensación Familiar CAFAM, son los correspondientes al año de 1988, posteriormente en el año 2004 se presentó reforma de los estatutos de la Caja de Compensación Familiar Cafam, pero aún no ha sido publicada y por lo tanto no se encuentra en firme.

ATENTAMENTE

Jefe División Legal
Superintendencia del Subsidio Familiar.”

2.2.19. Resolución No. 0730 del 28 de junio de 2005, por la cual el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social adjudicó la Licitación Pública No. 005, grupo 4, a Cafam por valor de \$1.262'037.868 (fl. 488-496 c2).

2.2.20. Contrato de suministro No. 1299 del 29 de junio de 2005 celebrado entre Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social y CAFAM como resultado de la adjudicación de los grupos 1, 4 y 5 de la Licitación No. 005-05, por valor de \$2.149'627.297 y un plazo de 8 meses (fls.500-506 c2).

2.2.21. Oficio No. 6181 del 5 de julio de 2005 por el cual la Superintendencia de Subsidio Familiar da respuesta a solicitud elevada por el señor Javier Pulido Solano en el sentido de indicar las normas especiales sobre los estatutos de CAFAM (fls. 515-517 c2).

2.2.22. Copia simple de los estatutos de CAFAM, adecuados mediante Resolución 1038 del 31 de octubre de 1988 (fls.562-576 c2).

2.2.23. Copia simple de la Resolución No. 1038 del 31 de octubre de 1988 por la cual la Superintendencia de Subsidio Familiar aprobó la adecuación de estatutos de CAFAM (fls. 577-587 c2).

2.2.24. Copia simple de la Resolución No. 0329 del 11 de octubre de 2004 por la cual la Superintendencia de Subsidio Familiar improbo algunas decisiones sobre reforma de estatuto de CAFAM (fls. 586-615 c2).

2.2.25. Resolución No. 0394 del 7 de diciembre de 2004 por la cual Superintendencia de Subsidio Familiar confirmó parcialmente la anterior decisión (fls. 616-620 c2).

2.2.26. Certificación expedida el 14 de diciembre de 2006 por el Revisor Fiscal de CAFAM de conformidad con la cual hizo constar que “el presupuesto de la Subdirección de Mercadeo para el año 2005 fue de \$533.880'413.000.00, razón por la cual la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR, a través de su Director Administrativo podía participar en la licitación No. 005 de 2005 y celebrar el contrato No. 1297 con el Departamento Administrativo del Bienestar Social.” (fl. 649 c2).

2.2.27. Copia auténtica de la Resolución No. 0308 del 24 de julio de 1998 por la cual la Superintendencia de Subsidio Familiar aprobó las decisiones de la Asamblea General Ordinaria de Cafam en la cual se adoptó la siguiente determinación (fls. 663-673 c2):

“Fijar en 1.800 salarios mínimos legales, la cuantía hasta por la cual puede contratar al Director Administrativo sin autorización del Consejo Directivo, con excepción de los contratos que genere la administración de mercadeo, los cuales se harán de conformidad con los presupuestos y programas de la Subdirección de mercadeo.”

2.2.28. Propuesta presentada por CAFAM dentro de la Licitación No. 005-05 (c4).

2.2.29. Propuesta presentada por la sociedad De la Hacienda Ltda., dentro de la Licitación No. 005-05 (c5).

2.2.30. Propuesta presentada por Javier Ignacio Pulido Solano dentro de la Licitación No. 005-05 (c6).

2.2.31. Propuesta presentada por la sociedad La Huerta de Oriente Ltda., dentro de la Licitación No. 005-05 (c7).

2.2.32. Propuesta presentada por la sociedad Proainco Ltda., dentro de la Licitación No. 005-05 (c8).

2.2.33. Propuesta presentada por la señora Ángela Consuelo Ávila, dentro de la Licitación No. 005-05 (c9).

2.2.34. Propuesta presentada por el señor José Encarnación Sierra, dentro de la Licitación No. 005-05 (c10).

2.3. Prueba pericial.

2.3.1. Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Juan José Rondón Sánchez, Contador Público, practicado a petición de la parte actora para acreditar los perjuicios sufridos como consecuencia de lo no adjudicación del contrato de suministro, producto de la Licitación No. 005-05 (c11).

3. De la oportunidad de la acción contractual y la improcedencia del efecto restablecedor pretendido.

En este punto, la Sala considera de la mayor importancia poner de presente que la demanda de la referencia se presentó el 13 de febrero de 2006, en ejercicio de la acción contractual, en procura de la nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005 mediante la cual el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social adjudicó el grupo 4 de la Licitación No. 005 de 2005 a la Caja de Compensación Familiar, así como de la declaratoria de nulidad del contrato de suministro No. 1299 celebrado el 29 de junio de 2005, entre el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social y la Caja de Compensación Familiar, suscrito como producto de dicho procedimiento de selección, con la consecuente indemnización de perjuicios, concretada en la utilidad dejada de recibir por cuenta de la no ejecución del contrato de suministro y la pérdida de oportunidad de obtener la respectiva experiencia.

Al respecto, la Sala recuerda que en reciente oportunidad esta Subsección se pronunció frente a las hipótesis espacio temporales en relación con el ejercicio de la acción procedente contra los actos previos y los efectos que en cuanto a reconocimientos resarcitorios de tipo económico resultan procedentes en cada caso, providencia que a continuación se cita *in extenso* por resultar de capital relevancia para abordar el análisis del caso concreto:

“A propósito del ejercicio oportuno de la acción procedente para cuestionar la legalidad y obtener el restablecimiento del derecho en relación con un acto previo a la celebración del contrato –tal como puede ocurrir con el acto administrativo de adjudicación, o con el acto de declaratoria de desierto de una licitación o incluso con el acto de revocatoria de la decisión de apertura del correspondiente procedimiento de selección contractual–, cuestión que se relaciona íntimamente con la prosperidad de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el proponente ilegalmente privado de la adjudicación del correspondiente contrato estatal, la Sala considera pertinente precisar un aspecto adicional que permite darle una comprensión cabal y una aplicación práctica, útil y efectiva a los dictados del citado artículo 87 del C.C.A., sin que ello signifique modificar y menos desconocer o recoger la jurisprudencia que de manera pacífica se ha venido desarrollando acerca de la consagración, aparentemente contradictoria o antinómica, de dos (2) términos de caducidad diferentes para cuestionar, en sede judicial, un mismo y único acto administrativo previo al contrato: treinta (30) días si el contrato no se ha celebrado o dos (2) años a partir de la celebración del contrato correspondiente.

Naturalmente resultaría absurdo y carente de toda lógica suponer que el legislador hubiere consagrado, sin más, dos (2) términos de caducidad completamente distintos para un mismo y único propósito, de tal manera que el interesado pudiese utilizarlos indistintamente a su conveniencia, a tal punto que si por razón de su desidia, de su negligencia o de su descuido no hubiere demandado el acto administrativo previo dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según fuere el caso, ello no tendría consecuencia práctica alguna puesto que igual contaría entonces con una nueva y amplísima oportunidad de dos (2) años –nuevo plazo que superaría en duración al primero en más del 1.700%²–, para igual promover la demanda contra el mismo acto previo sólo que ahora debería complementar sus pretensiones con las de declaratoria de nulidad del contrato estatal ya celebrado, pretensión que no sería más que una consecuencia de la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo previo que le sirvió de fundamento al contrato en cuestión³.

Tampoco podría admitirse sin cuestionamiento lógico al respecto, que al consagrar los dos (2) aludidos términos de caducidad, el legislador hubiere querido dejar en manos de la entidad estatal contratante y de su respectivo contratista u oferente adjudicatario, la posibilidad de privar al proponente ilegalmente vencido de toda opción válida y efectiva para acudir ante la jurisdicción competente en procura de obtener el restablecimiento de los derechos que le hubieren sido conculcados con la expedición del ilegal acto administrativo previo de adjudicación, por el hecho único de que las partes del contrato estatal procedan a celebrarlo en el mismo día de la adjudicación o en un término inmediatamente siguiente a ese momento, cuestión que trae como efecto la extinción de la opción de ejercer la acción de nulidad y

² Comparando 30 días hábiles con 520 días hábiles, correspondientes a 52 semana de 5 días hábiles por cada uno de los 2 años.

³ *“Según la Corte Constitucional, la nueva versión del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo situó nuestro sistema en medio camino, entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, aquella de la inseparabilidad de los mismos, además que combina las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de la eficacia y celeridad consagrados en el artículo 209, que se hallan en la segunda doctrina de la carta Política.”* Sentencia C 1048 de 2001, comentada por: Galindo Vácha Juan Carlos, Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volumen I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Discentibus auxilia 1, Bogotá 2003, pg 430.

restablecimiento del derecho y que únicamente abre la posibilidad de acudir al ejercicio de la correspondiente acción contractual o, igualmente, que a voluntad de las partes del contrato se reduzca sensiblemente el brevísimo término de caducidad de 30 días según que el perfeccionamiento del vínculo tuviere lugar, por ejemplo, a tan sólo 1, 3 o 5 días después de la adjudicación.

Así pues, con el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. –norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, puesto que la presentación de demandas con posterioridad a la última fecha señalada se han de regir por las nuevas disposiciones consagradas en el artículo 164-2-c) de la Ley 1437–, la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran y aclarar así los efectos que se derivan de dicha disposición.

La **primera hipótesis** se refiere a aquellos casos en los cuales **el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes** a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, **se demanda ese acto administrativo previo** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁴.

⁴ Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la *reducción al absurdo*, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del *efecto útil de la norma*.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

*La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos⁵, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.*

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del

⁵ De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia.

restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente⁶.⁷ (subrayado fuera de texto).

Una de las hipótesis cuya posible configuración fue objeto de reflexión en esa providencia, es precisamente la que ahora ocupa la atención de la Sala, en la que la acción contractual instaurada en búsqueda de la nulidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 005 y la del contrato suministro celebrado como producto del mismo y suscrito al día siguiente de haberse proferido y notificado el acto de adjudicación, se ejerció luego de vencerse el término de los 30 días siguientes a la notificación del demandado acto de adjudicación, circunstancia que impone concluir que las únicas pretensiones que podrán resolverse serán aquellas encaminadas a obtener la nulidad tanto del acto administrativo de adjudicación, como del contrato resultado del mismo, pues no resulta posible ventilar las pretensiones indemnizatorias deprecadas por el demandante dado que la acción no se ejerció dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto de adjudicación.

Así pues, en el caso sometido a examen, la Sala evidencia que el acto de adjudicación vertido en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005 (fl. 433 c2), fue notificado a los proponentes en audiencia pública de la misma fecha y el contrato de suministro No. 1299 celebrado entre el Distrito Capital- Departamento Administrativo de Bienestar Social y CAFAM fue suscrito al día siguiente, esto es, el 29 de junio de 2005 (fls. 500-506 c2); de ahí que el término de treinta días, habría empezado a correr a partir del día siguiente a la notificación de la adjudicación, valga decir, desde el 29 de junio de 2005, período que vencía el 12 de agosto del mismo año. No obstante, la demanda se interpuso el 13 de febrero de 2006 cuando ya estaba más que vencido el término de 30 días que habilitaba la formulación y eventual prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

⁶ Esta conclusión se apoya también con un argumento *a contrario sensu*, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días si no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y *en sentido contrario* una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente.

⁷ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En consecuencia, al abordar el análisis del caso se analizará lo relativo, claro está a la luz de los argumentos del recurso de apelación, a las pretensiones de nulidad del acto administrativo de adjudicación y del contrato de suministro No. 1299, sin que sea posible hacer extensivo dicho estudio a la solicitud indemnizatoria que habría tenido lugar en caso de prosperar las dos primeras.

4.- Análisis del recurso.

Revisado el recurso de alzada la Sala evidencia que la inconformidad del recurrente estriba en dos aspectos principales, a saber la falta de identidad entre una operación de mercadeo y la Licitación No. 005 adelantada por el Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social y, en segundo lugar, íntimamente ligado a lo anterior, la ausencia de capacidad jurídica de CAFAM para formular la propuesta dentro de la Licitación No. 005-05 y celebrar el contrato derivado de la misma, aspectos para cuyo análisis se conviene precisar el marco normativo y estatutario de CAFAM vigente para la época en tuvo lugar el procedimiento de selección que se cuestiona.

4.1. De las actividades de mercadeo a cargo de la Caja de Compensación Familiar.

Al respecto, debe recordarse que la Caja de Compensación Familiar CAFAM es una entidad privada sin ánimo de lucro, organizada como Corporación, con personalidad jurídica y patrimonio propios, se encuentra vigilada por la Superintendencia de Subsidio Familiar y su objeto lo constituye la promoción de la solidaridad social entre empleadores y trabajadores, atendiendo a la defensa a la familia como estructura y núcleo social por medio del otorgamiento del subsidio en dinero o en especie y la ejecución de obras y la prestación de servicios sociales.

Así mismo, además de cumplir funciones de Seguridad Social, las actividades para cuyo ejercicio el ordenamiento la ha facultado, dentro de ese mismo marco social, están reguladas, en esencia, por la Ley 21 de 1982 y reglamentadas por el Decreto 784 de 1989.

Es así como en la Ley 21 de 1982 por la cual se modificó el régimen de subsidio familiar y se dictaron otras disposiciones, en su artículo 62 se incluyeron obras y programas sociales para atender el pago del subsidio familiar en los siguientes campos y orden:

“1º. Salud

2º. Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros), definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

3º. Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.

4º. Vivienda.

5º. Crédito de fomento para industrias familiares.

6º Recreación Social.

7º. Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2º. El cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno Nacional.

Por su parte, el artículo 89 establece la posibilidad de que los servicios de mercadeo y recreación social por parte de la Caja se brinden a sectores distintos a los empleados de las empresas afiliadas, al contemplar que *“Los servicios sociales de las Cajas, distintos de los de mercadeo y recreación social, que se organicen a partir de la vigencia de esta Ley, deberán destinarse en forma exclusiva ya los trabajadores de las empresas afiliadas.*

A su turno, el Decreto No. 784 de 1989, reglamentario de la anterior normativa, en sus artículos 24, 25 y 29 dispone:

Artículo 24º.- *Los servicios sociales de nutrición y mercadeo. Los programas de nutrición y mercadeo social que desarrollen las cajas de compensación familiar estarán orientados a las siguientes finalidades principales:*

1. Mejorar la dieta alimentaria de los afiliados, su familia y la comunidad en general.
2. Aprovechar las épocas de cosecha, abastecimiento y abundancia de productos básicos para expandir su distribución.
3. Estimular y desarrollar la producción de pequeños productores, agricultores o cooperativas del sector agropecuario.
4. Aumentar la capacidad adquisitiva de los trabajadores y sus familias, mediante la venta de productos con precios bajos, buena calidad, peso y medidas exactos y puntos de mercadeo asequibles.
5. Organizar sistemas de crédito para la financiación de electrodomésticos, productos del hogar, útiles escolares vestuarios y elementos para la

recreación y el esparcimiento que propendan por el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores y sus familias.

6. Establecer programas de educación alimentaria, para el consumo y adquisición de bienes básicos.

Artículo 25º.- *Ubicación de los establecimientos de mercadeo. Los establecimientos de mercadeo social que organicen las cajas de compensación familiar, estarán ubicados en sitios geográficos de fácil acceso, por medios masivos de transporte y en zonas de vivienda correspondientes a la población con medianos y bajos ingresos.*

Artículo 39º.- *Acceso a los servicios de otros grupos de población. Conforme al artículo 89 de la Ley 21 de 1982, tendrán acceso a los servicios sociales de recreación social y de mercadeo de las cajas de compensación familiar, otros grupos de población, principalmente para la adquisición de medicamentos, alimentos básicos, programas de turismo social y esparcimiento.*

A propósito de la diversificación de actividades y servicios a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, la Corte Constitucional en sentencia C-890 de 2012 con ponencia del doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reflexionó:

“De acuerdo con el esquema que se ha trazado, corresponde ahora efectuar una breve aproximación a las actividades cumplidas por las Cajas de Compensación Familiar. Sobre este particular conviene mencionar que “su función predeterminada es el pago del subsidio familiar”, que es una prestación social reconocida a los trabajadores de medianos y menores ingresos en atención al número de personas a cargo y con el ya comentado objetivo de aliviar las cargas económicas originadas en el sostenimiento de la familia.

(...)

“Las Cajas de Compensación Familiar pasaron así de ser simples intermediarias entre los empleadores y los trabajadores a actuar como redistribuidoras de los recursos en el marco de un sistema integral de distribución de subsidios de variadas clases, pues desde la década de los años sesenta les fue autorizado “hacer inversiones de interés social, en ámbitos tales como la salud de la población infantil, recreación, educación y capacitación, al igual que mercadeo de productos básicos de consumo familiar” y “durante la década de los setentas los programas sociales se ampliaron a sectores tales como la atención de la maternidad, vivienda, créditos y guarderías en convenio con el ICBF”.

(...).

“De conformidad con la precedente enunciación, que no pretende ser exhaustiva, la Corte Constitucional ha señalado que “unos son los servicios que prestan las Cajas de Compensación Familiar en calidad de entidades que desarrollan diversos programas para la prestación de la seguridad social y otra la actividad que cumplen en calidad de entidades pagadoras del subsidio dinerario”, de donde surge que, además de cubrir el subsidio familiar de los trabajadores, “desarrollan actividades en el ámbito de la recreación y el deporte, asignan subsidios de vivienda de interés social, y participan del sistema de seguridad social integral, creado y organizado por la Ley 100 de 1993, para administrar recursos del régimen subsidiado de salud, y actúan en la administración y prestación de servicios en el sistema de protección social en beneficio de los desempleados, adelantando programas de microcrédito”.

“De todo este conjunto de servicios algunos no forman parte del concepto de seguridad social, como lo ha puntualizado la Corte al afirmar que hay servicios prestados por las Cajas “que, en sí mismo considerados, no tienen una vinculación objetiva y directa con la seguridad social” y, en tal sentido, “servicios prestados por las Cajas de Compensación Familiar tales como transporte, turismo, deportes, teatro, servicio de cómputo y supermercados, entre otros, no constituyen componentes del concepto de seguridad social en Colombia”.

Consignado lo anterior y retomando los argumentos del recurso, para la Sala el concepto de mercadeo no es producto de la invención caprichosa del Tribunal *a quo* como lo alegó el libelista, pues su contenido y alcance emana directamente de las normas jurídicas que facultaron a la Caja de Compensación Familiar para el desarrollo de dicho tipo de actividad. A propósito de este punto, llama la atención de la Sala el hecho de que el apelante reproche al Tribunal por no ofrecer la fuentes científicas de donde extrajo el concepto de mercadeo que se expuso en la sentencia impugnada, pero al mismo tiempo omite señalar en la alzada de dónde tomó la noción que sobre el mismo concepto, a su juicio, debe adoptarse.

Así pues, la función de mercadeo que otorgó el ordenamiento a la Caja de Compensación Familiar desarrolla un concepto mucho más amplio que la noción restringida y limitada que ofrece el apelante consistente en *“el conjunto de estrategias dirigidas al posicionamiento de bienes y servicios y a la apertura de nuevos segmentos de comercio de los mismos”* pues éste último se encuentra

descontextualizado respecto del marco jurídico que ampara su ejercicio por parte de la Caja de Compensación Familiar, dado que no consulta las finalidades que a la luz de la disposición normativa justifican su implementación, finalidades que claramente pueden cristalizarse a través del suministro, no indefectiblemente a título gratuito, de alimentos de la canasta familiar. Al respecto debe tenerse en cuenta que los propósitos previstos por la norma para el desarrollo de las actividades o servicios de mercadeo no solo benefician al consumidor, sino también al productor o abastecedor del bien, conclusión que bien puede extraerse de la lectura de los números 2 y 3 del artículo 24 anteriormente transcrito, según los cuales el servicio de mercadeo tendrá como finalidad el aprovechamiento de las épocas de cosecha, abastecimiento y abundancia de productos básicos para expandir su distribución, así como estimular y desarrollar la producción de pequeños productores, agricultores o cooperativas del sector agropecuario.

A la par con lo expuesto, se advierte que el servicio de mercadeo de la Caja de Compensación Familiar, desarrollado normalmente y por regla general a través de sus supermercados, bien puede llevarse a cabo mediante el suministro oneroso de alimentos básicos a determinado sector, para lo cual la Caja podrá ofrecer sus servicios dentro de un procedimiento de selección, como en efecto ocurrió en el caso concreto, cuyo objeto, para el evento del grupo 4 de la Licitación No. 005 que se encuentra en discusión, consistió en la contratación para el suministro y distribución de alimentos perecederos (frutas, verduras tubérculos y plátanos) para el consumo de los Centros de Desarrollo Social e Infantil de la entidad demandada, sin que con ello se desnaturalice en modo alguno la función de mercadeo que está cumpliendo la Caja de Compensación Familiar y que bien puede dirigirse a un sector de la población diferente a las empresas afiliadas.

Con sujeción a lo anotado para la Sala surge con claridad que el objeto de la Licitación No. 005 de 2005, concretado en el selección del contratista para el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados, podría encuadrarse dentro de las actividades de mercadeo, para cuyo ejercicio el ordenamiento jurídico facultó a la Caja de Compensación Familiar.

4.2. De la capacidad jurídica de CAFAM para participar en la Licitación No. 005 y celebrar el contrato resultante de la misma.

Durante el trámite de la primera instancia se discutió de manera exhaustiva

cuáles eran los estatutos de CAFAM vigentes para la época en que se adelantó la Licitación No. 005, a efectos de establecer, a partir de la respuesta correspondiente, si el Director Administrativo de Cafam requería, o no, autorización del Consejo Directivo para presentar la propuesta dentro de la Licitación No. 005 y celebrar el correspondiente contrato.

Tanto es así que, según sostiene el mismo apelante en el escrito del recurso, la determinación sobre los estatutos vigentes para ese momento constituye un aspecto superado en cuanto es claro que correspondían a los contenidos en el Acta No. 048 de 1998, por manera que la verdadera discusión de la alzada estribaba en interrogarse por qué si existía un límite para que el Director Administrativo contratara actividades de mercadeo, el cual de conformidad con las consideraciones del Tribunal, se concretaba en la sujeción a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo, la primera instancia no otorgó efecto alguno a la circunstancia de que CAFAM no allegara oportunamente el certificado del revisor fiscal en el que se consignaban los montos del presupuesto que fungía como limitante para la respectiva contratación. Dicha omisión, en criterio del demandante, afectaba la capacidad jurídica de la Caja de Compensación Familiar para contratar.

Con todo, a pesar de que el recurrente admite que los estatutos vigentes de CAFAM son los correspondientes al Acta No. 048 de 1998, insiste en reprochar la interpretación que a su texto le impartió el Tribunal de primera instancia en cuanto a que el límite de la facultad que allí se le otorgó al Director Administrativo para contratar, entrándose de actividades de mercadeo era la suma establecida en los presupuestos de la Subdirección de Mercadeo, pues en criterio del libelista ello transgredía la Ley 21 de 1982.

En orden a resolver lo anterior y descendiendo en el contenido del acta No. 048 del 22 de mayo de 1998, la Sala recuerda que en dicha oportunidad la Asamblea General Ordinaria de Afiliados de CAFAM decidió *“autorizar al Director Administrativo de Cafam para contratar libremente sin requerir autorización del Consejo Directivo dentro de los términos de la Corporación y en cada caso en un monto equivalente a 1.800 salarios mínimos. (...) De esta autorización se exceptúan los contratos que genere la operación de Mercadeo, que se harán de acuerdo con los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo.”*

Del tenor literal del acta, la Sala evidencia que le asiste la razón al Tribunal a quo cuando sostiene que si bien se concedió facultad al Director Administrativo de Cafam para celebrar contratos sin autorización del Consejo Directivo hasta por

cuantía de 1.800, ciertamente de dicha regla se exceptuaron los contratos celebrados para operaciones de mercadeo realizadas por la Caja y reguladas, por demás, por el ordenamiento jurídico, como se explicó anteladamente, en cuyo evento, con independencia de su cuantía, no se requeriría autorización expresa del Consejo Directivo, bastando únicamente que se sujetaran a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo.

Según se anotó, el acta No. 048 de 1998 a la que se ha hecho mención fue aprobada por la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante Resolución No. 308 del 24 de julio de 1998, acto que conserva su presunción de legalidad al no haber sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por manera que no es posible abordar el análisis relativo a si la excepción para contratar operaciones de mercado sin autorización del Consejo Directivo, indistintamente de su monto, consultaba o no la Ley 21 de 1982, por cuanto dicho examen desconocería el velo de legalidad que reviste el acto que impartió su aprobación. Por lo tanto, para la Sala la interpretación del Tribunal respecto del contenido del Acta No. 048 de 1998 resultaba ajustada a su literalidad.

Ahora bien, en relación con la ausencia de capacidad legal o aptitud jurídica de Cafam para presentar la oferta y celebrar el contrato, por no aportar oportunamente el certificado del revisor fiscal que diera cuenta de las cuantías de los presupuestos de la Subdirección de Mercadeo, la Sala conviene la necesidad de precisar lo siguiente.

Esta Corporación ha sostenido que una cosa es la falta de capacidad legal de la persona jurídica que se hace parte del procedimiento licitatorio y otra bien distinta es la restricción a la libertad de su representante legal para contraer obligaciones en su nombre por falta de autorización del órgano social competente, circunstancias que en ambos casos generan efectos diferentes. Al efecto se ha dicho que:

“La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el

proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta.

Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal. (...) son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.”

(...).

“La representación (del latín representatīo⁸) se puede definir como la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otra. De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebre con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes. La representación puede ser legal, voluntaria o judicial:

(...).

“Entendidas estas modalidades, es válido afirmar que dentro de la representación de origen legal se encuadra aquella que se ejerce respecto de las personas jurídicas⁹, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, la ley y los respectivos estatutos internos y dependiendo si se trata de personas jurídicas de derecho público (Nación, departamento o municipios, etc.) o de derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, corporaciones e

⁸ Según las definiciones que de la palabra trae el Diccionario de la Lengua Española representación es la acción y efecto de representar, hacer presente algo con figuras o palabras, referir, sustituir a alguien, ejecutar una obra en público.

⁹ De todos modos, existe una corriente que ha denominado esta representación como orgánica o necesaria sobre la base de que las personas jurídicas cuentan con órganos de decisión y ejecución, siendo estos últimos los administradores, por conducto de los cuales obran y se obligan, según lo establecido en los documentos de creación o constitución y de sus estatutos, pues como entes ficticios que actúan en el tráfico jurídico no le es posible presentarse o manifestarse de otro modo que no sea por medio de esas personas naturales que conforman dichos órganos e investidas de esa función.

instituciones de utilidad común, etc.), así como de su naturaleza (en el caso de las segundas civil o mercantil). Estas personas jurídicas tienen capacidad para actuar, pero como son entes ficticios, lo deben hacer por medio de sus representantes legales, señalados por la Constitución Política, la ley, el acto de creación, los estatutos, según el caso.

(...).

En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella.

La anterior precisión permite afirmar que son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.

En el primer caso, ya se anotó, la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que en el segundo, esto es, en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta.

En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para

representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.)¹⁰, para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior)¹¹, dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta¹²

“Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual

¹⁰ C. Co. “Artículo 844. La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.”

¹¹ Esta tesis fue acogida por la Sección Tercera, la cual consideró que la norma citada de la Ley 80, según la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a su creación se refería a documentos o requisitos superfluos que no permitían a la administración desestimar la oferta, pero no la facultaba para solicitarlos y subsanar omisiones. Por eso, consideró que si el Estatuto General no establecía esta facultad para la administración, la omisión de estos requisitos no necesarios para la comparación, es decir, requisitos que no impiden la evaluación de las ofertas por versar sobre aspectos esenciales, no requeriría de subsanación dentro del proceso, sino simplemente daría lugar a no desestimar la propuesta, pues no todos los preceptos del pliego ostentan la misma categoría. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715 y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Y sobre la distinción de los requisitos y los factores de evaluación en otra oportunidad esta Sección señaló: “[L]os pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta. /Los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad.” Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Advertencia que se hace toda vez que actualmente el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –que derogó el inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en el artículo 32 ibidem- reguló este aspecto con un sentido similar, más no igual, así: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización...” (se subraya). Como se puede apreciar, el primer segmento del artículo recoge lo expresado en la norma anterior de la Ley 80 de 1993, pero a diferencia de esta puntualiza su consecuencia en el sentido de que los requisitos que no afecten la asignación de puntaje, o sea aquellos no ponderables o esenciales o habilitantes, puedan ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación, salvo para cuando se haga a través del mecanismo de subasta, caso en el cual se deberá hacer con antelación al comienzo de la misma.

únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas, directriz normativa que aplicó la administración del municipio de La Dorada en el sub lite.

En efecto, en el caso concreto si bien se observa que el representante legal de la Sociedad Obras y Diseños Ltda., según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio anexo a su oferta (fl. 72 cd. 5 copia propuesta para el Grupo II y cd. 7 copia propuesta para el Grupo I), se encontraba limitado en sus facultades para comprometerla, dado que podía contraer obligaciones y ejecutar toda clase de contratos hasta por un monto de \$300.000.000 y no por el valor de la oferta para los dos grupos por \$ 792.946.500, para cuando se suscribió el contrato estatal de obra n.º 1381-04-97, resultado de la Licitación Pública n.º 08-MLD-OC-97 cuestionada, ya contaba aquel con todas las autorizaciones estatutarias para celebrar este contrato, según se hace constar en el numeral 7 de los considerandos del mismo (documento público en copia auténtica a fls. 1 a 7 cd. 3), hecho no desvirtuado en este proceso y que permite inferir que se satisfizo el requisito de la adecuada y suficiente representación legal que tanto se echa de menos por la parte actora.”¹³

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial al que se ha hecho referencia, vale anotar que contrario a lo manifestado por el recurrente en el caso no se presentó una falta de capacidad jurídica de CAFAM para comparecer a la Licitación No. 005 y para celebrar el consecuente contrato de suministro, pues lo que en todo momento se censuró fue la falta de autorización del órgano social para que su representante legal pudiera obligarla, asunto para el cual es menester indagar si en efecto carecía de la respectiva autorización.

Al respecto, la Sala recuerda que de conformidad con el artículo 40 de los estatutos de CAFAM, adecuados mediante Resolución No. 1038 del 31 de octubre de 1988 y los cuales fueron aportados con la propuesta, *“la representación legal y la administración directa del Corporación están a cargo de Director Administrativo, quien tendrá así mismo la firma de la Corporación.”*

Ahora, revisado el trámite adelantado en el procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala, se evidencia que encontrándose en la etapa de evaluación,

¹³ Sección Tercera del Consejo de Estado, 8 de febrero de 2012, expediente No. 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

en cumplimiento a lo dispuesto en el número 1.8.1. del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 005, la Subdirectora Administrativa y Financiera del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Bienestar Social, a través del oficio No. 015199 del 13 de junio de 2005 solicitó a la Caja de Compensación Familiar, entre otras cosas, que dentro de los dos días hábiles siguientes adjuntara el documento de AUTORIZACION EXPRESA DEL ORGANO SOCIAL COMPETENTE, debidamente suscrito, en el cual constara que el representante legal se encontraba plenamente facultado para presentar la propuesta por el valor de la misma (\$3'033.102.585) y para firmar el/los contratos (s) hasta por ese valor.

En cumplimiento a dicho requerimiento, el representante legal de CAFAM mediante oficio No. SM-VI-C294 del 13 de junio de 2005, dirigido a la entidad estatal contratante, precisó que la competencia del Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar CAFAM para la celebración de contratos fue determinada por el Acta No. 48 de la Asamblea General Ordinaria celebrada en mayo 22 de 1998, de la cual ya se había aportado copia, y en cuyo contenido se estableció que podría contratar libremente en montos equivalentes hasta 1800 salarios mínimos legales mensuales, siendo entonces necesaria la aprobación del Consejo Directivo de la Caja para celebrar contratos con cuantía superior a dicho tope. No obstante señaló que en la misma Acta se había dejado sentado que tratándose de contratos que se generaran en la operación de mercadeo, como ocurría en el caso de la presente licitación, la capacidad del Director Administrativo para celebrarlos no estaba sujeta a cuantías en términos de salarios mínimos, ni a autorización previa del Consejo Directivo, sino que solamente debería estar ajustada a los presupuestos y programas de la Subdirección de Mercadeo de la Caja que para este caso estaban determinados en cuanto a su monto en la propuesta presentada. La anterior comunicación fue acompañada del extracto de Acta No. 48 de la Asamblea General Ordinaria de CAFAM celebrada el 22 de mayo de 1998 y de la certificación expedida el 4 de abril de 2005 por el Secretario del Consejo Directivo de CAFAM que corroboraba el dicho del Director Administrativo.

A partir de la anterior respuesta la Administración Distrital tuvo por satisfecho el requerimiento elevado a CAFAM, pues del documento aportado se desprendía que el Director Administrativo de la Corporación proponente no requería autorización expresa del órgano social, en este caso del Consejo Directivo, para

obligar a su representada cuando se tratara de contratos generados en operaciones de mercadeo, dentro de las cuales, como se dejó explicado en acápite anterior, bien podría encuadrarse el objeto de la Licitación No. 005 consistente en el suministro y distribución de alimentos perecederos, semiperecederos y preparados.

Ahora, no desconoce la Sala que pese a no requerir autorización del órgano social competente, de todas maneras la facultad del Director Administrativo para contratar en esos eventos se encontraba supeditada a la sujeción de la respectiva contratación a los presupuestos de la Subdirección de Mercadeo, circunstancia cuya validez e interpretación, no obstante ser cuestionada por el apelante, lo cierto es que en dichos términos quedó expresamente consignado en el cuerpo del Acta No. 048, como bien lo entendió el Tribunal a quo, sin que en esta oportunidad pueda ser objeto de análisis en lo que respecta a su observancia del ordenamiento jurídico, pues, se reitera, dicha acta de asamblea ordinaria fue aprobada por la Superintendencia de Subsidio Familiar por acto administrativo que mantiene su presunción de legalidad.

Con todo, tampoco puede perder de vista el recurrente que en el mismo periodo concedido a CAFAM para adjuntar los documentos relativos a la autorización del órgano social para contratar, el Director Administrativo de igual forma aportó un oficio en el cual dicho funcionario precisaba que la propuesta de CAFAM en la licitación de la referencia se ajustaba tanto al presupuesto como a los programas de la Subdirección de Mercadeo de CAFAM, documento que en observancia del principio de la buena fe que debe orientar la actividad contractual del Estado, debía presumirse auténtico y correspondiente con la realidad de que daba cuenta, máxime cuando se encontraba suscrito por el representante legal de la persona jurídica proponente quien por virtud de sus mismos Estatutos tendría la firma en nombre de la Corporación.

Finalmente se tiene que la certificación suscrita por el revisor fiscal aportada posteriormente, lo que único que hizo que fue confirmar lo que en su momento afirmó el Director Administrativo, de donde se extrae con claridad que el representante de CAFAM gozaba de plenas facultades y no se encontraba limitado para obligar a la entidad proponente en el procedimiento de Licitación No. 005 y en la celebración del contrato de suministro de alimentos No. 01299 producto del mismo.

Por último, en relación con el argumento según el cual la entidad demandada transgredió el principio de igualdad por cuanto en la Licitación No. 007 CAFAM sí allegó autorización del órgano social competente para contratar, mientras que en la Licitación No. 005 objeto de análisis no se le exigió dicho documento al proponente, la Sala no cuenta con elementos probatorios que le permitan abordar el estudio de ese cargo dado que desconoce por completo cuál fue el objeto de la Licitación No. 007, por cuanto en el expediente no reposan documentos correspondientes a la misma, además de que se trata de procedimientos administrativos de selección diferente.

Todo cuanto acontece resulta suficiente para concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 005, vertida en la Resolución No. 730 del 28 de junio de 2005, cuestión que impone desestimar los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 24 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B.

5. condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera – Subsección B, de conformidad con las razones que anteceden y en su lugar se dispone:

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA