**LICITACIÓN PÚBLICA – Principios rectores de la contratación estatal – Precios artificialmente bajos**

El a quo negó las pretensiones de la demanda, por cuanto, en su opinión, en el proceso licitatorio se cumplió con los principios rectores de la contratación estatal y no se demostró que los precios de la propuesta de Equirent S.A. fueran artificialmente bajos, sino que estuvieron dentro del piso y el techo fijado en los pliegos de condiciones; asimismo, señaló que no se probó que los pliegos de condiciones se hubieran manipulado para favorecer a un contratista en especial y que, de conformidad con el puntaje obtenido en la evaluación económica de las propuestas, el demandante no resultaba con la mejor calificación.

**NULIDAD DEL CONTRATO – Nulidad absoluta del contrato – Actos previos**

Entonces, a juicio de la Sala, una vez vencidos los 30 días para demandar los actos previos, son las partes (inciso primero del artículo 87 del C.C.A.), el Ministerio Público y los terceros con “interés directo” quienes pueden solicitar la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad de los actos previos.

**INTERÉS DIRECTO – Definición**

En ese orden de ideas, se encuentra que el interés directo se refiere a la ganancia o pérdida, que puede ser de carácter económico o de otra índole, que ha sufrido el tercero que busca la nulidad del contrato estatal.

**INTERÉS DIRECTO – Proponentes – No adjudicatarios**

Ahora, en el preciso caso de los proponentes o licitantes no favorecidos con el acto de adjudicación, su interés para demandarlo consiste en que se determine que debieron ocupar el primer lugar o que se les debió adjudicar el contrato y, así mismo, que se les indemnicen los perjuicios ocasionados o que se les restablezca su derecho; sin embargo, si la demanda se interpone vencidos los 30 días, como se dijo anteriormente, esas pretensiones indemnizatorias y de restablecimiento no pueden ser estudiadas, ni son viables por haber operado la caducidad de la acción, con lo que fenece también el interés directo que les asiste para demandar la nulidad del contrato con fundamento en los actos previos, pues, para ese momento, ya los efectos jurídicos, a nivel patrimonial o de restablecimiento de derechos, se han concretado, toda vez que su situación no podrá mejorar con la desaparición del acto; así las cosas, se evidencia que el interés ya no es directo, pues el resultado del proceso ya no lo puede favorecer, ni tiene incidencia en su situación personal. Así las cosas, los proponentes no favorecidos tienen dos roles, que no son concomitantes, a saber: i) terceros con interés directo en la nulidad del contrato que se celebre con ocasión de la adjudicación de la cual no fueron beneficiarios, hasta el vencimiento de los 30 días para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y ii) terceros llanamente o sin interés directo, sin legitimación para demandar la nulidad absoluta del contrato, una vez vencidos los treinta días mencionados.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Nulidad y restablecimiento del derecho**

Descendiendo al caso concreto, se observa que Surenting S.A. dejó vencer el término de los 30 días para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con lo que, a su vez, perdió la posibilidad, como ya se dijo, de que se le reconocieran las pretensiones de restablecimiento y pasó a tener la calidad de tercero, sin interés directo en la declaratoria de nulidad absoluta del contrato como proponente derrotado, con lo cual perdió la legitimación en la causa para solicitarla. Adicionalmente, en las pretensiones de la demanda solo se pidió que se declarara la nulidad del contrato con fundamento en la nulidad de la resolución de adjudicación y que, en consecuencia, se determinara que la propuesta del actor era la más favorable para los ítems 1 y 2, con lo cual se debía indemnizar el daño patrimonial sufrido en la modalidad de lucro cesante por Surenting, pagando la totalidad de la utilidad dejada de percibir, debidamente actualizada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02206-01(39240)**

**Actor: COMPAÑÍA SURAMERICANA DE ARRENDAMIENTO OPERATIVO S.A. SURENTING S.A. (HOY RENTING S.A.)**

**Demandado: FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2010, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### I.- ANTECEDENTES.-

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 12 de diciembre de 2006 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Compañía Suramericana de Arrendamiento Operativo S.A. Surenting S.A. (hoy Renting S.A.), por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda contra el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C., con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

**“II. DECLARACIONES Y CONDENAS:**

“…

“1. **Que se declare la** NULIDAD del Contrato 646 e 2.006 **celebrado entre el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA D.C. y la firma EQUIRENT S.A.,** una vez declarada NULA la resolución No. 43 del 26 de Mayo de 2006, **proferida por la Gerente del citado FONDO, mediante la cual se adjudica la Convocatoria FVS-LP-002-2006, cuyo objeto fue seleccionar LA (S) EMPRESA (S) QUE ENTREGARA (N) AL FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA D.C. –FVS-, VEHICULOS EN ARRENDAMIENTO CON MANTENIMIENTO, SEGUROS Y OTROS SERVICIOS, PARA LA POLICIA METROPOLITANA DE BOGOTA EL EJERCITO NACIONAL Y DEMAS AUTORIDADES COMPETENTES.**

“2. Que se declare que la propuesta de **SURENTING S.A.** se torna como aquella más favorable a los intereses del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA D.C., para los ítems 1 y 2, todo ello de conformidad con los requerimientos del pliego de condiciones debida y oportunamente aclarado por la respectiva entidad.

“3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que al no suscribirse el contrato con mi Poderdante se produjo un Daño patrimonial en cabeza de SURENTING S.A. quien por haber presentado la propuesta más favorable tenía derecho a convertirse en el adjudicatario parcial de la convocatoria.

“4. Que se condene al FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA D-C-. a indemnizar los perjuicios bajo la modalidad de lucro cesante, ocasionados y probados conforme a lo que se verá en este proceso, concretamente a los siguientes:

“a.- La totalidad de utilidad dejada de percibir por la no adjudicación e inejecución del respectivo contrato y de conformidad con el A.I.U. propuesto por la firma demandante.

“5. Que se ordene la cancelación de las sumas descritas en el numeral anterior, debidamente actualizadas hasta la fecha de pago, reconociendo a la firma demandante intereses conforme a la ley y la Jurisprudencia Nacional.

“6. Que se condene ejemplarmente en costas a la demandante”.

**2.- Hechos.-**

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

**2.1.-** El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá abrió la licitación pública FVS-LP-002 de 2006, con el fin de seleccionar la empresa que entregaría en arrendamiento vehículos (con mantenimiento, seguros y otros servicios) para la policía metropolitana de Bogotá, el Ejército Nacional y demás autoridades competentes.

**2.2.-** Se presentaron como participantes Surenting S.A., Consorcio Rentinautos, Equirent S.A., Unión Temporal Transportes Calderon S.A., Madiautos Ldta. y Leasing Crédito S.A.

**2.3.-** Mediante la resolución 43 del 26 de mayo de 2006 se adjudicó la licitación a Equirent S.A. y el segundo lugar lo ocupó Surenting S.A.

**2.4.-** En la etapa de formación del contrato la administración permitió la modificación de los pliegos de condiciones en favor de los intereses de Equirent S.A., lo que dio como resultado que se le adjudicara la licitación, a pesar de que esa sociedad presentó precios artificialmente bajos, con lo que se vulneró los principios de la contratación estatal.

**2.5.-** La propuesta de Surenting S.A. fue descalificada en el ítem 3, con argumentos que no se enmarcan dentro de las causales de rechazo contenidas en el pliego de condiciones.

**3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de la violación.-**

La parte actora enunció como fundamentos de derecho los artículos 2, 6, 13, 29, 83, 90 y 333 de la Constitución Política, 2 y 36 del Código Contencioso Administrativo, 3, 23, 24, 26, 28, 29, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993, 6 del decreto 2170 de 2002 y 70, 1602, 1603, 1613, 1614 y 1618 del Código Civil, así como unas sentencias del Consejo de Estado.

En el acápite de normas violadas y concepto de la violación indicó que en el proceso licitatorio se vulneraron los principios de igualdad, buena fe, transparencia, selección objetiva y responsabilidad de la administración y de sus funcionarios, por cuanto en la etapa precontractual la administración aclaró para todos los proponentes que no se aceptarían precios artificialmente bajos, pero adjudicó el contrato al único oferente que presentó precios absolutamente injustificables, con el único fin de ser el ganador de la licitación.

**4.- La actuación procesal.-**

**4.1.-** Por auto del 18 de abril de 2007 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

**4.2.-** El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que el proceso de licitación se realizó con apego a la ley y con observancia de los principios de planeación, transparencia, publicidad, libre concurrencia y selección objetiva, comoquiera que el pliego de condiciones fijó las condiciones para escoger la mejor oferta, en atención a las necesidades y recomendaciones de las entidades que se beneficiarían con la celebración del contrato.

Agregó que no era cierto que se hubieran modificado los pliegos de condiciones con el fin de favorecer al ganador; por el contrario, las modificaciones realizadas a los prepliegos tenían su debida justificación técnica y legal, con el fin de garantizar la libre concurrencia de los interesados en la licitación, por ello se flexibilizó la participación en el proceso de todo tipo de marcas de vehículos, no únicamente de los distribuidos por Motorysa.

Adujo que, en la etapa de prepliegos, varios proponentes, como Lincoln Tour S.A., APD Colombia y Equirent, solicitaron la inclusión de un anticipo en la forma de pago, el equipo financiero estudió esa solicitud y la consideró viable con el fin de ampliar las posibilidades de participación de oferentes, lo cual no fue discutido por Surenting, que, en cambio, una vez se accedió a que en el precio se incluyera un porcentaje por anticipo, pidió que se determinara el porcentaje exacto del mismo, con el fin de poder hacer los cálculos financieros necesarios para la confección de la oferta, en virtud de la cual se fijó en el 20%.

Ahora, en el momento de elaborar los pliegos de condiciones se consideró que lo que más se necesitaba eran camionetas tipo panel, aspecto que fue determinante para definir el objeto de la licitación y la fórmula para evaluar las propuestas, ya que era difícil establecer un precio de mercado, de modo que teniendo en cuenta la comunicación de la Contraloría General de República según la cual no se aplicarían las normas SICE, se decidió establecer un piso y un techo para cada ítem y se negó la posibilidad de que se ofertara por tipo de vehículos, con lo cual se estableció un rango dentro del cual debían moverse las ofertas, eliminando así la posibilidad de recibir las artificialmente bajas.

Señaló que la propuesta de Surenting S.A. fue descalificada en el ítem 3 por estar por debajo del piso fijado por la administración; en consecuencia, si de hablar de precios artificialmente bajos se trata, la propuesta del demandante fue la que incurrió en esa circunstancia.

Concluyó que la licitación se adjudicó a la mejor propuesta, esto es, la presentada por Equirent S.A.

Propuso la excepción de inepta demanda, al considerar que en ésta no hay un señalamiento expreso de las normas que se consideran violadas, ni un concepto de la violación; además, no se expusieron cargos de nulidad que cuestionen la legalidad de la resolución 43 del 26 de mayo de 2006, con lo que se vulnera el derecho de defensa del Fondo, ante la imposibilidad de hacer así una defensa adecuada del acto demandado.

Reiteró que Equirent no presentó precios artificialmente bajos, por lo que el Fondo no vulneró los principios rectores de la contratación estatal.

**4.3.-** Mediante auto del 5 de diciembre de 2007 se vinculó al proceso a Equirent S.A., sociedad que se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando para ello que en el proceso de contratación se observaron las normas de contratación estatal y sus principios y que conforme a las evaluaciones realizadas dentro del mismo, se concluyó que la mejor propuesta era la de Equirent S.A. Agregó que la propuesta del demandante fue excluida para el ítem 3.

Dijo también que las propuestas aceptadas por el Fondo no podían ser artificialmente bajas, pues la administración fijó un piso por debajo del cual las propuestas no serían admisibles, como ocurrió en el caso de la presentada por el actor para ítem 3.

Propuso la excepción de inepta demanda, porque no se indicaron las normas violadas, ni el concepto de la violación, ya que el demandante se limitó a enlistar y transcribir unas normas en las que pretende sustentar la censura, pero olvidó cumplir con la carga procesal de aplicarlas al caso concreto y explicar el concepto de la violación. También propuso las excepciones de mala fe procesal y la genérica.

**5.- Los alegatos de primera instancia.-**

**5.1.-** Las partes reiteraron lo expuesto en la demanda y en la contestación.

**5.2.-** El Fondo agregó que del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Surenting S.A. claramente se podía concluir que todo el proceso licitatorio fue igual para todos los proponentes, que la fórmula de calificación no fue modificada y que la administración garantizó el cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

**5.3.-** El Ministerio Público conceptuó que las pretensiones no se encaminaron a que se declarara la nulidad de la resolución 43 de 2006, sino que ella se deriva de la primera pretensión consistente en la declaratoria de nulidad del contrato 646 de 2006, de modo que, como no se concretó la petición de nulidad del acto de adjudicación del contrato, ello impide hacer una declaración en tal sentido so pena de incurrir en una decisión extrapetita y en la vulneración de los principios de congruencia y debido proceso.

Adicionalmente, señaló que la demanda era inepta, pues si bien incluyó un capítulo denominado normas violadas y concepto de la violación, en donde se relacionan una serie de normas, lo cierto es que no describe en qué consiste la violación, ni cuáles son las razones por las cuales estima nulas la resolución y el contrato. Dijo también que no encontró acreditada causal alguna de nulidad del contrato.

**6.- La sentencia recurrida.-**

Es la proferida el 9 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

El Tribunal consideró, en primer lugar, que no prosperaba la excepción de inepta demanda pues, con el fin de garantizar el derecho sustancial y de una lectura integral de la demanda se podía entender que: “la parte actora considera que se vulneraron algunos principios de contratación estatal, y en especial que se adjudicó la licitación al adjudicatario que ofreció precios artificialmente bajos, de donde se desprende el acto administrativo demandado haya sido proferido bajo una falsa motivación” (fl. 426 vto., c. ppal.).

Consideró también el *a quo* que, si bien no se señalaron cargos de nulidad, de la lectura de los hechos de la demanda, de los fundamentos de derecho y del concepto de la violación se pueden inferir aquéllos; en consecuencia, estudió cuatro cargos, a saber:

**a.-** Falsa motivación en la que incurrió el Comité Evaluador del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. “al estudiar la propuesta de adjudicación”[[1]](#footnote-1), por haber permitido que Equirent S.A. ofertara precios artificialmente bajos.

Adicionalmente, el Tribunal fijó el alcance de ese cargo, así (se copia como obra en el original):

“Puesto que en la demanda no se establecen los valores que se consideran artificialmente bajos, de conformidad con el testimonio rendido por el ex – gerente nacional de vehículos de la empresa leasing de crédito, quien señaló que la queja *‘tenía que ver con la posibilidad de cotizar unos cánones por debajo de los precios de mercado y otro por encima, de tal forma que la evaluación final no exceda el presupuesto establecido,* ***pero que existía la posibilidad de tomar ventaja de las ponderaciones’***(folio 160 C2); y de la reclamación realizada ante el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, en la cual señaló que Equirent S.A. ofertó precios no justificados, teniendo en cuenta que el valor comercial de cada vehículo de la siguiente manera (folio 504 C3).

“- Camioneta panel $65.000.000

- Pick up 4x4 doble cabina $65.000.000

- Auto sedan 950 – 140 c.c. $26.000.000

“Por canon mensual con mantenimiento propuesto por Equirente S.A. se ofreció:

“- Camioneta panel $2.423.128

- Pick up 4x4 doble cabina 4.992.863

- Auto sedan 950 – 140 c.c. 2.603.656

“Encuentra el demandante que si la camioneta panel y la Pick Up tienen un mismo valor comercial en el mercado, así mismo su redito mensual ha de ser similar, de suerte, que el segundo vehículo se ofertó un 106% mayor al del primer vehículo.

“Con el mismo fundamento considera que si la camioneta panel tenía un costo de $2.423 el precio de la pick up se estableció en un 150%, de modo que el valor correcto de la camioneta panel debió ser $6.057.820 y no $2.423.128…”[[2]](#footnote-2).

Frente a este cargo, concluyó el *a quo* que no se podía considerar que el precio ofertado por Equirent S.A. fuera falso o disimulado, porque se mantuvo dentro del rango fijado por los pliegos de condiciones y de acuerdo con las condiciones comerciales de cada empresa.

**b.-** El segundo cargo se hizo consistir en que, sin ninguna sustentación técnica, la administración modificó las especificaciones técnicas de ciertos vehículos, para favorecer a Equirent S.A. y para que se pudiera incluir en la oferta vehículos de las marcas Nissan, Mitsubishi, Hyundai, Mazda, Ford y Mercedes Benz.

En la sentencia recurrida se consideró que no se demostró que con la ampliación de las especificaciones y de los tipos de vehículos se pretendiera favorecer a un determinado proponente, a lo cual se suma que la administración debe buscar la oferta más favorable y, en virtud de ello, tiene la potestad de modificar los prepliegos o los pliegos de condiciones.

**c.-** El tercer cargo se estudió en relación con el anticipo solicitado por Equirent S.A., que no se había ofrecido en los prepliegos y cuyo pago no resultaba lógico por tratarse de un contrato de arrendamiento de bienes muebles, en el que el uso de los vehículos no se había iniciado.

El *a quo*  consideró que no por el hecho de haberse accedido al pago del anticipo se podía concluir que se había direccionado el contrato, sino que ello era potestativo del contratante, pues, si bien Equirent S.A. sugirió el anticipo en la audiencia de aclaración del prepliego, también es cierto que ningún oferente manifestó su inconformidad al respecto y, por el contrario, Surenting S.A., una vez se indicó que el anticipo sería entre el 15% y el 30%, solicitó que se estableciera exactamente el porcentaje del anticipo.

**d.-** En el cuarto cargo el Tribunal se refirió a la posibilidad de que se le adjudicaran al demandante los ítems en los que su propuesta fue la más favorable, cargo que despachó desfavorablemente porque los mejores puntajes en los ítems 1 y 2 los obtuvo Equirent S.A.

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, interpuso recurso de apelación por considerar que el *a quo* interpretó literal y exegéticamente el pliego de condiciones, en lugar de hacer una interpretación sistemática como lo ameritaba el tema, comoquiera que, si bien el pliego de condiciones fijaba un piso y un techo para cada ítem, la actuación de la administración estuvo alejada de derecho desde la etapa precontractual que desconoció varios principios de la contratación estatal, especialmente el de buena fe y selección objetiva, al permitir que un proponente manipulara los precios por ítem contractual.

Así mismo, indicó que en la sentencia no se estudió la jurisprudencia y la normatividad citada en la demanda, ni el concepto de “indeterminado” de los precios artificialmente bajos y su importancia en la contratación estatal.

A lo largo de la sustentación del recurso, insistió en que los precios presentados por Equirent S.A. fueron artificialmente bajos, manipulados e injustificables.

**8.- Trámite de segunda instancia.-**

El recurso se concedió el 4 de agosto de 2010, el 3 de diciembre de ese mismo año se corrió traslado para que se sustentara, se admitió el 4 de febrero de 2011 y, habiéndose dado traslado para alegar, las partes reiteraron lo expuesto en otras etapas procesales.

**8.1.-** El actor insistió en que el objeto del recurso de apelación era que se analizara el concepto indeterminado de precios artificialmente bajos, con el fin de llegar a una conclusión de sí ello fue lo que ocurrió en el proceso licitatorio y, así mismo, determinar si se vulneraron los principios de buena fe y de confianza legítima, que lo llevó, en su concepto, a una selección subjetiva e implica la nulidad del acto de adjudicación, así como del contrato y el consiguiente restablecimiento del derecho.

**8.2.-** El Ministerio Público conceptuó que, de declararse la nulidad del acto de adjudicación, no se podrían estudiar las pretensiones indemnizatorias, pues para la fecha de presentación de la demanda ya habían transcurrido más de 30 días de su expedición, por lo que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estaría caducada.

Agregó que en el proceso de selección que adelantó el Fondo no se vulneraron los principios de selección objetiva, ni de buen fe, dado que los parámetros para evaluar económicamente las ofertas en los ítems 1, 2 y 3 fueron establecidos claramente en los pliegos de condiciones, pues el precio de referencia lo fijó la entidad licitante “tomando como parámetro un piso y un techo en función del presupuesto oficial para cada ítem”[[3]](#footnote-3); por tanto solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de julio de 2010, por cuanto la pretensión mayor fue estimada razonadamente por el demandante en $2.000’000.000. Para la época de interposición del recurso de apelación[[4]](#footnote-4), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera de $204’000.000[[5]](#footnote-5), monto que acá se encuentra ampliamente superado.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

**2.- Análisis del caso.-**

El a quo negó las pretensiones de la demanda, por cuanto, en su opinión, en el proceso licitatorio se cumplió con los principios rectores de la contratación estatal y no se demostró que los precios de la propuesta de Equirent S.A. fueran artificialmente bajos, sino que estuvieron dentro del piso y el techo fijado en los pliegos de condiciones; asimismo, señaló que no se probó que los pliegos de condiciones se hubieran manipulado para favorecer a un contratista en especial y que, de conformidad con el puntaje obtenido en la evaluación económica de las propuestas, el demandante no resultaba con la mejor calificación.

Inconforme con esa decisión, el actor formuló recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia apelada; para ello, insistió en que la propuesta de Equirent S.A. había presentado precios artificialmente bajos para unos vehículos y altos para otros, por lo que la administración vulneró los principios de buena fe y selección objetiva, al permitir la manipulación de los precios individuales.

De conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aplicable a los procesos iniciados a partir del 8 de julio de 1998[[6]](#footnote-6) y hasta el 2 de julio de 2012[[7]](#footnote-7), la procedencia y oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal se seguía por las siguientes reglas:

**"Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998)** De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante sentencia C -1048 de 2001, al estudiar la exequibilidad del artículo transcrito, acerca de la caducidad de las acciones procedentes contra el acto previo a la celebración del contrato estatal indicó lo siguiente:

“La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una (sic) la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer  .

“En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones  no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, ‘*(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato’*, a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

“De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo” (subrayas adicionales).

A su vez, esta Subsección precisó el sentido en el que la Sección Tercera ha reconocido la aplicación del término de caducidad de las diferentes acciones procedentes contra los actos previos del contrato; para el efecto, señaló:

“- 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.

“…

“- 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 previos[[8]](#footnote-8), 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 pudiere 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 (sic) 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 restablecimiento del derecho por la no (sic) adjudicación del contrato estatal correspondiente[[9]](#footnote-9)”[[10]](#footnote-10) (negrillas del original, subrayas adicionales).

De conformidad con lo anterior, se encuentra que el *sub júdic*, en principio, se enmarcaría dentro de la tercera hipótesis, esto es, haberse celebrado el contrato antes del vencimiento de los 30 días de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que el proponente vencido hubiere interpuesto la correspondiente acción.

En efecto, de la prueba documental aportada por Surenting S.A. con el libelo introductorio se encuentra que la resolución 43, por medio del cual se adjudicó el contrato, fue proferida el 26 de mayo de 2006 (fls. 6 a 24, c. 2) y el contrato 646 se celebró el 5 de junio de ese mismo año (fls. 29 a 37, c. 2), pero la demanda se interpuso el siguiente 12 de diciembre, lo cual hace evidente que esto último ocurrió cuando ya se había celebrado el contrato estatal.

En ese orden de ideas se encuentra que, si bien es cierto el contrato se celebró antes de los 30 días, también es cierto que la demanda se interpuso vencidos los mismos, lo que, en el marco de la jurisprudencia acabada de citar, implica que las pretensiones indemnizatorias están caducadas.

Ahora, de la mano de la jurisprudencia citada se tiene que, celebrado el contrato dentro de los 30 días siguientes a su adjudicación pero interpuesta la demanda contractual vencido ese término, “las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán (sic) aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato”[[11]](#footnote-11); sin embargo, dicha jurisprudencia nada dice en torno a la legitimación en la causa para interponer la acción contractual cuando se busca la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad de los actos previos, una vez vencidos los 30 días.

Pues bien, el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. dispone que:

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

Como se ve, la norma transcrita establece que, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solo puede invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato; pero, al igual que la jurisprudencia en cita, no prevé quién está legitimado para ejercer en ese caso la acción contractual, de suerte que, en un ejercicio de hermenéutica jurídica, se debe buscar la respuesta a ello en la propia norma, esto es, en el citado artículo 81 del C.C.A., cuyo inciso tercero dispone:

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

Entonces, a juicio de la Sala, una vez vencidos los 30 días para demandar los actos previos, son las partes (inciso primero del artículo 87 del C.C.A.), el Ministerio Público y los terceros con “interés directo” quienes pueden solicitar la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad de los actos previos.

Esta Corporación ha entendido por terceros con interés directo, quienes con ocasión del contrato obtienen un provecho o resultan perjudicados:

“Ese interés ‘**directo’** ha sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado.

“Tener **interés directo** consiste en que entre el contrato, como **causa** del **interés** y éste como **efecto** haya una relación inmediata o próxima, más no mediata o remota”[[12]](#footnote-12) (negrillas del original).

También señaló esta Sección:

“De conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia nacional y particularmente por lo manifestado por esta Sección la Sala considera que el tercero que pretenda demandar la nulidad absoluta de un contrato debe probar un interés directo que está determinado por el provecho o perjuicio con relevancia jurídica, utilidad o pérdida, entendida como una afectación jurídica causada con el negocio celebrado, que no debe confundirse con el interés genérico de proteger el interés o la moralidad pública”[[13]](#footnote-13).

Allí también se determinaron las características del interés directo, así:

“- El interés debe saltar a la vista sin necesidad de acudir a intermediaciones de ninguna índole.

- El contrato que se impugna debe causar un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica.

- Entre el contrato, como causa del interés y éste como efecto debe existir un vínculo inmediato o próximo, más no mediato o remoto.

- La utilidad o la pérdida debe ser actual, directa y determinante para el que se diga lesionado”.

En ese mismo pronunciamiento, al citar otra jurisprudencia de la Sala, se indicó frente a los actos separables:

“Así, **no debe entenderse ese interés del tercero como el simple de la legalidad que esgrime quien pretende la defensa del orden jurídico y que justifica por sí solo, por ejemplo, el accionar del que impugna un acto separable del contrato sin pretensiones de restablecimiento patrimonial**. El interés en la anulación del contrato debe ser especial y concreto, personal y directo, como que ella condiciona el restablecimiento pretendido [[14]](#footnote-14)“ (se resalta).

En ese orden de ideas, se encuentra que el interés directo se refiere a la ganancia o pérdida, que puede ser de carácter económico o de otra índole, que ha sufrido el tercero que busca la nulidad del contrato estatal.

Ahora, en el preciso caso de los proponentes o licitantes no favorecidos con el acto de adjudicación, su interés para demandarlo consiste en que se determine que debieron ocupar el primer lugar o que se les debió adjudicar el contrato y, así mismo, que se les indemnicen los perjuicios ocasionados o que se les restablezca su derecho; sin embargo, si la demanda se interpone vencidos los 30 días, como se dijo anteriormente, esas pretensiones indemnizatorias y de restablecimiento no pueden ser estudiadas, ni son viables por haber operado la caducidad de la acción, con lo que fenece también el interés directo que les asiste para demandar la nulidad del contrato con fundamento en los actos previos, pues, para ese momento, ya los efectos jurídicos, a nivel patrimonial o de restablecimiento de derechos, se han concretado, toda vez que su situación no podrá mejorar con la desaparición del acto; así las cosas, se evidencia que el interés ya no es directo, pues el resultado del proceso ya no lo puede favorecer, ni tiene incidencia en su situación personal.

Si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el proponente vencido es de aquellos terceros que tienen un interés directo, se debe precisar que, cuando ese interés se relaciona **únicamente** con el acto de adjudicación que se considera ilegalmente expedido, la legitimación de dicho proponente para pretender la nulidad del contrato dependerá de que no haya operado la caducidad de la acción de los actos previos; al respecto, recuérdese que también se ha considerado interés directo “el de la Nación ‘con participación mayoritaria e intervención en empresas de servicios públicos en proceso de liquidación o transformación interesada en la liquidación de una empresa eléctrica en la que tiene acciones’[[15]](#footnote-15); el de los causahabientes a título singular o universal y, en ciertos casos, los antecesores en el dominio o los acreedores en el caso excepcional de quiebra, respecto del contrato de compraventa[[16]](#footnote-16)”[[17]](#footnote-17).

Así las cosas, los proponentes no favorecidos tienen dos roles, que no son concomitantes, a saber: i) terceros con interés directo en la nulidad del contrato que se celebre con ocasión de la adjudicación de la cual no fueron beneficiarios, hasta el vencimiento de los 30 días para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y ii) terceros llanamente o sin interés directo, sin legitimación para demandar la nulidad absoluta del contrato, una vez vencidos los treinta días mencionados.

No obstante, estos últimos, es decir, quienes han dejado vencer los términos para ejercer oportunamente la acción contra los actos previos pueden pretender que se declare la nulidad absoluta del contrato si acreditan algún otro tipo de interés directo en ello, que sea diferente al económico o, si es económico, que no sea el que surge de su condición de proponentes no beneficiarios de la adjudicación del contrato, pues éste, se itera, solo se puede reclamar dentro de los 30 días que se tienen para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación; en otras palabras, pasado dicho término el proponente no favorecido también puede solicitar la nulidad absoluta del contrato, como lo puede hacer cualquier otro tercero que no haya participado en el proceso de selección y que tenga interés directo para formular esta última pretensión, como, por ejemplo, el caso de los familiares del contratista sobre quien recae alguna clase de interdicción, evento en el cual tendrían la calidad de terceros interesados en la declaratoria de nulidad absoluta del contrato con el fin de proteger el patrimonio familiar, pues podrían sufrir un perjuicio por la celebración y ejecución de ese negocio jurídico, solo que, en casos como este que se acaba de citar a guisa de ejemplo, resulta indispensable acreditar que se tiene tal clase de interés.

Descendiendo al caso concreto, se observa que Surenting S.A. dejó vencer el término de los 30 días para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con lo que, a su vez, perdió la posibilidad, como ya se dijo, de que se le reconocieran las pretensiones de restablecimiento y pasó a tener la calidad de tercero, sin interés directo en la declaratoria de nulidad absoluta del contrato como proponente derrotado, con lo cual perdió la legitimación en la causa para solicitarla.

Adicionalmente, en las pretensiones de la demanda solo se pidió que se declarara la nulidad del contrato con fundamento en la nulidad de la resolución de adjudicación y que, en consecuencia, se determinara que la propuesta del actor era la más favorable para los ítems 1 y 2, con lo cual se debía indemnizar el daño patrimonial sufrido en la modalidad de lucro cesante por Surenting, pagando la totalidad de la utilidad dejada de percibir, debidamente actualizada.

Así las cosas, como las pretensiones están encaminadas a la indemnización de perjuicios y el restablecimiento del derecho por la nulidad de los actos previos, y ellas no se ejercieron oportunamente y, además, la parte actora no acreditó tener en la declaratoria de nulidad del contrato un interés directo distinto al surgido de su condición de proponente al que no se le adjudicó la licitación, es claro que Surenting S.A. no está legitimado para solicitar la nulidad absoluta del contrato.

En consecuencia, se modificará la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas, para declarar la caducidad de la acción respecto de las pretensiones relacionadas con la nulidad de la resolución 43 del 26 de mayo de 2006, expedida por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. y negar las demás pretensiones.

**3.- Condena en costas.-**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A:**

**Modifícase** la sentencia apelada del 9 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; en su lugar, se dispone:

**Primero: Declárase** la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a las pretensiones relacionadas con la nulidad de la resolución 43 del 26 de mayo de 2006, expedida por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. D.C.

**Segundo:** **Níeganse** las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**Tercero:** Sin condena en costas.

**Cuarto:** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

 **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fl. 429 vto., c. ppal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls. 429 vto. y 4630, c. ppal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 518, c. ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. 22 de junio de 2010. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-5)
6. Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso:

“En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fecha en la cual empezó a regir la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-7)
8. Nota del original: “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”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Nota del original: “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 sí 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”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibídem. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 2000, expediente: 9527. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2004, expediente: 1992-07699-01 (13.529). [↑](#footnote-ref-13)
14. Nota del original: “Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp. No. 1.492. Actor: Sociedad Cía. Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda” Alcance que se le dio a las normas del Código Civil que regulaban la materia de la nulidad absoluta del contrato. [↑](#footnote-ref-14)
15. Nota del original: “Auto del 8 de febrero de 2001, expediente: 16661, actor: LA NACIÓN, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Nota del original: “Sentencia proferida el 28 de febrero de 1985, expediente 4343; actor: Luis Alberto Rosas Uribe”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2004, expediente: 1992-07699-01 (13.529). [↑](#footnote-ref-17)