**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad - Acto administrativo - Contrato - Presunción de legalidad**

La Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, norma que modificó el artículo 87 del C.C.A, sostuvo lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos. (…) todo lo anterior se contrae en señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato. (…) se concluye que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales es imprescindible solicitar la nulidad de estos, pues si se omite equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica, toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Objeto - Presunción de legalidad - Ejecutoria - Ejecutividad - Pérdida de fuerza ejecutoria**

Ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2°, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos. (…) Su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros. (…) si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. (…) Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. (…) los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria únicamente i) Cuando hayan sido suspendidos en aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional; ii) Cuando hayan desaparecido los fundamentos de hecho o de derecho en los cuales se fundó su expedición; iii) Cuando transcurridos 5 años posteriores a su firmeza, la administración no haya desplegado los actos requeridos para ejecutarlo; iv) Cuando se cumpla la condición resolutoria a cuyo acaecimiento se haya sometido su extinción; y v) Al perder su vigencia. (…) se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

**NULIDAD -** **Causa - Impugnar legalidad - Fuerza ejecutoria**

En efecto, en la resolución 65968 que adjudicó el contrato, nada se dice sobre los fundamentos que la entidad tuvo en cuenta para ordenar la exclusión del Consorcio Edificar Bochica, simplemente se reseñan las propuestas presentadas, la evaluación preliminar y la evaluación final; y como con base en ésta última el resultado indicaba que el contrato debía ser adjudicado al consorcio PRABER, conformado por la Sociedad Praxa Construcciones S.A. y la sociedad CNV Construcciones S.A., así se hizo. De esta forma se evidencia que la actora omitió demandar la nulidad del acto administrativo determinante en el fundamento de la nulidad contractual pretendida; es decir, aquél en que la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso la exclusión de consorcio edificar Bochica, lo cual imposibilita la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Ciertamente, en el hipotético evento en que se declarara la nulidad del acto de adjudicación del contrato y del acuerdo de voluntades mismo, sin la necesaria demanda del otro acto administrativo, como se dijo precedentemente, esa conducta implicaría la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y del contrato sin una causa que la genere, porque la exclusión del mencionado consorcio quedaría incólume, dado que aquella manifestación de la entidad demandada, que no se acusó en el libelo, es un acto administrativo autónomo que se encuentra ejecutoriado y que goza de presunción de legalidad. Por último, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad del acto administrativo por el cual la Administración excluyó la oferta presentada por el consorcio edificar Bochica, y esto no se hizo; no se puede afirmar que la consecuencia de tal omisión es que se imponga un fallo inhibitorio, pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo respecto del cual ya se denegaron los cuestionamientos que en vía administrativa se propusieron, que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal, que está incuestionado jurisdiccionalmente y que tiene fuerza ejecutoria.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00709-01(49170)**

**Actor: CONSORCIO MEJORAMIENTO SUPERINTENDENCIA 2009**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

**Temas: Rechazo de la pretensión de nulidad del contrato por no haber sido demandados todos los actos previos que sirven de fundamento a la nulidad - Alcance de la acción relativa a controversias contractuales- La procedencia de la acción contractual cuando se demandan actos administrativos y el contrato- La presunción de legalidad de los actos administrativos- Análisis del caso concreto.**

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de 8 de agosto de 2013 (fls. 156-168 C.Ppal), proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se resolvió:

*“[…]* ***PRIMERO:******NEGAR*** *la objeción por error grave formulado por la parte actora.*

***SEGUNDO:******NEGAR*** *las pretensiones de la demanda*

***TERCERO:*** *Sin condena en costas en esta instancia (…)”.*

**ANTECEDENTES**

**1.- La demanda.**

1.- La demanda fue presentada el 5 de octubre de 2010 (fls 3-24 C.1) por los representantes legales de los miembros del Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009, conformado por la señora Paola López Triviño y las sociedades Construcciones Técnicas de Ingeniería Ltda-CONTEIN y CONCITEC Ltda, invocando la acción de controversias contractuales en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio y contra los integrantes del Consorcio PRABER como litisconsorte por pasiva, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“(…)* ***a. Declarativas:***

1. *Se declare la nulidad de la Resolución No. 65968 de 21 de diciembre de 2009, por medio de la cual se adjudicó al* ***CONSORCIO PRABER,*** *la licitación pública No. SIC 020 de 2009, cuyo objeto es contratar por el sistema de administración delegada las reparaciones locativas para el mejoramiento físico de las oficinas de la sede centro de la Superintendencia de Industria y Comercio ubicada en la Carrera 13 No. 27-00, Bogotá, D.C.*
2. *Se decrete la nulidad del contrato estatal No. 076 de 2009, suscrito entre el CONSORCIO PRABER y la SUPERINTENDECIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO el día 24 de diciembre de 2009.*
3. *Se declare patrimonialmente responsable a la entidad pública demandada de los perjuicios causados a los integrantes del* ***CONSORCIO MEJORAMIENTO SUPERINTENDENCIA 2009****, como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 65986 de 2009 y de la celebración del contrato estatal No. 076 de 2009.*

***b.- Condenatorias:***

*1. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la demandada al pago de las siguientes sumas de dinero a los demandantes, a título de reparación integral del daño sufrido por la actuación administrativa ilegal.*

***1.1 Materiales:***

***1.1.1 Lucro cesante****:*

*Representado en el valor de la utilidad esperada por los integrantes del CONSORCIO MEJORAMIENTO SUPERINTENDENCIA 2009 (…) la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL VEINTITRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($473.804.023,10) que corresponde a la utilidad,* ***correspondiente a los honorarios*** *que en virtud del contrato de administración delegada, son la remuneración del contratista y que según propuesta de mis representados asciende a la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL VEINTITRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($473.804.023,10) (folio 04 de la oferta) o la suma que pericialmente se determine.*

***1.2 Extrapatrimoniales:***

***1.2.1 Pérdida de Oportunidad:***

*Los perjuicios derivados de la Pérdida de Oportunidad, y representados en la frustración a que se vieron sometidos los miembros integrantes del* ***CONSORCIO MEJORAMIENTO SUPERINTENDENCIA 2009,*** *al negárseles la adjudicación de la Licitación 020 de 2009 a pesar de ser la oferta más favorable con base en los términos de evaluación establecidos en los pliegos de condiciones, y que vieron negada su real posibilidad de ser adjudicatarios de dicho proceso de selección por un acto abiertamente ilegal, que impidió no solamente obtener el pago de la utilidad ya mencionada sino su acreditación de experiencia en el* ***REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES*** *y con ello mejorar sus capacidades de contratación y fama de contratistas, el cual estimo en cuatro mil gramos oro o su equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del fallo (…)”.*

2.- Como fundamento de las pretensiones, el apoderado de la sociedad actora expuso en la demanda los hechos que la Sala de Subsección sintetiza así:

*“****1.*** *El Superintendente de Industria y Comercio, debidamente facultado, mediante resolución N° 57490 del 12 de noviembre de 2009, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 020 de 2009, cuyo objeto consistía en el mejoramiento físico de las dependencias de la entidad contratante, proceso que culminaría en la celebración de un contrato de obra pagado bajo el sistema de administración delegada”.*

Manifestó la parte actora que el día 30 de noviembre se cerró el plazo para la presentación de ofertas, entre las cuales se encontraban la presentada por la parte demandante Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009 y la propuesta por el Consorcio PRABER, entre muchas otras.

Afirma la parte demandante que el valor del contrato a suscribirse, como consecuencia de la licitación No. 020 se fijó en el punto cuarto de la minuta adjunta al pliego de condiciones, en la que se establecía que el valor de las obras del contrato se discriminarían en dos rubros, siendo el primero el componente denominado “honorarios” y el segundo el correspondiente al valor de obra, “*que incluía lo atinente a costos directos e indirectos de obra, personal profesional y otros, y pólizas y seguros de este contrato”.*

Añadió la actora, que en el pliego de condiciones se fijó el presupuesto oficial en la suma de $5.430.752.228 y que en el mismo documento se establecieron las reglas de rechazo de las propuestas, siendo para el tema económico las señaladas de esta forma:

***“5.1.-*** *Financiación y Presupuesto oficial: Se señala el valor total de la propuesta, que equivale al valor total de los honorarios propuestos, no podrá sobrepasar el presupuesto oficial señalado para los honorarios.*

***5.2.-*** *El adendo No. 1 numeral 2.3.3 “Cálculo de Honorarios Base”: La propuesta presentada cuyo valor total sea superior al cálculo del honorario base,* ***estará incursa en causal de rechazo.*** *(Destacado).*

***5.3.-*** *El numeral 1.25.4 “Factores de rechazo de la propuesta”:*

*- Cuando la oferte supere el presupuesto oficial.*

*- Cuando el valor ofertado esté por debajo del 95% del presupuesto oficial del proceso licitatorio.*

*- Cuando la oferta económica esté sometida a correcciones aritméticas y el valor corregido supere el presupuesto oficial o quede por debajo del 95% del presupuesto oficial”.*

En el pliego de condiciones se estableció que la evaluación económica de la propuesta estaría a cargo del comité económico, y sería realizada a todas las propuestas que fueran habilitadas, al respecto se dijo:

“***El costo total de la oferta*** *no sea inferior al 95% ni superior al 100% del valor del Presupuesto Oficial de la licitación. (Subrayado).*

* *Se verificarán las operaciones aritméticas entre el costo directo total y los impuestos, que permitan obtener el valor de cada una de las propuestas corregidas.*
* *Se verificará si la oferta económica es sometida a correcciones aritméticas y el valor corregido supere el presupuesto oficial o quede por debajo del 95% del presupuesto oficial”.*

Se afirmó en la demanda que en el informe preliminar de evaluación de propuestas publicado el 7 de diciembre de 2009 por la Superintendencia, el Consorcio Construir BOCHICA se encontraba habilitado desde el punto de vista económico, y el Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009 inhabilitado por este mismo punto, motivo por el cual, el consorcio demandante presentó observaciones al resultado de la evaluación, solicitando a la Superintendencia la modificación de la calificación y su habilitación como proponente, “*pues las razones por las cuales se les había considerado inhábiles, no se ajustaban a las reglas de los pliegos de condiciones”;* solicitud a la que, según los demandantes, la Superintendencia accedió modificando la evaluación realizada y habilitando al Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009 como proponentes, sin embargo, “*sorpresivamente modificó la evaluación inicial y del “CONSORCIO EDIFICAR BOCHICA”, y lo rechazó por el aspecto económico (…)”.*

*Esta última* decisión también fue objetada por el Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009 en la audiencia de adjudicación, sin lograr que fuera revocada por la Superintendencia quien se mantuvo en su posición, ya que: “*según su opinión, los honorarios propuestos por este consorcio se encontraban por debajo del 95% (…) causal que era “extendible” para el caso de los honorarios”.*

Como consecuencia de lo anterior, manifestó la actora, que:

“*10. La exclusión de este programa, por causas ajenas totalmente al pliego de condiciones, afectó de contera la propuesta de mi representado* (Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009), *por cuanto al descartar al CONSORCIO EDIFICAR BOCHICA y “correr” la fórmula establecida en el pliego, sin incluirlo, cambió la posición de proponente elegible en primer lugar de adjudicatario de mis representados y contrario a ello, colocó al CONSORCIO PRABER, conformado por PRAXA CONSTRUCCIONES S.A y CNV CONSTRUCCIONES S.A, a la postre, ganador”.*

Así mismo, expuso que al revisar la composición económica del Consorcio Edificar BOCHICA, esta se encontraba dentro de los parámetros que establecía el pliego de condiciones, al no cumplir con la condición de rechazo, es decir, no superaba el monto del presupuesto oficial, ni los honorarios sobrepasaban el 100% del cálculo de los honorarios bases establecidos por la entidad. Al realizar el cálculo del valor de obra propuesto por el Consorcio Edificar BOCHICA, éste arrojó, según el actor, la suma de $5.367.480.444 equivalente al 98% del valor del presupuesto oficial que era de $5.430.752.228, “*por lo que se aprecia, su descalificación fue ilegal”.*

Finalmente, señaló que si el Consorcio Edificar BOCHICA no hubiese resultado descalificado, la media geométrica para establecer el orden de elegibilidad había dado como resultado que la propuesta más favorable para la Superintendencia era la ofertada por el Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009 al ocupar el primer orden de elegibilidad; y no la ofertada por la que a la postre fue ganadora, el Consorcio PRABER, a quien se le adjudicó la licitación pública N° SIC-020 de 2009, mediante Resolución No. 65968 de 2009 y con quien la Superintendencia suscribió el contrato estatal No. 076 del 24 de diciembre de 2009.

Por otro lado, agregó que la administración carecía de competencia funcional y temporal al sancionar un “*presupuesto jurídico distinto al consagrado en el pliego (No. 2.3.3 del Adendo 1), pues lo sancionable a la luz del mismo era el rechazo de la oferta si el valor de honorarios propuestos superaban el cálculo del honorario base”,* y que ésta violó el derecho al debido proceso y el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

**2. El trámite procesal.**

La demanda fue admitida mediante auto del 9 de diciembre de 2010[[1]](#footnote-1) por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Cundinamarca, seguidamente se notificó personalmente a la entidades demandadas Superintendencia de Industria y Comercio[[2]](#footnote-2), como al Agente del Ministerio Público[[3]](#footnote-3); respecto de la parte demandada Consorcio PRABER y las sociedades que forman parte de éste como lo son las Sociedades Praxa Construcciones S.A[[4]](#footnote-4) y CNV Construcciones S.A.S[[5]](#footnote-5), se les notició mediante aviso entregado el día 24 de febrero y 22 de marzo de 2011, respectivamente; la anotación por estado fue realizada el día 14 de diciembre de 2010[[6]](#footnote-6), fijándose en lista el 26 de abril de 2011[[7]](#footnote-7).

El apoderado de las entidades integrantes del litisconsorte por pasiva Consorcio PRABER, Sociedades Praxa S.A y CNV Construcciones S.A.S[[8]](#footnote-8) y el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio[[9]](#footnote-9), procedieron a contestar la demanda mediante escritos fechados el día 9 de mayo de 2011. De las excepciones planteadas por la demandada se corrió traslado a la parte actora quien no presentó escrito correspondiente.

4.- En auto de 4 de agosto de 2011[[10]](#footnote-10) se ordenó decretar, practicar y tener como pruebas las peticionadas y aportadas; posteriormente, el proceso fue remitido a la Subsección B, de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual fue avocado mediante auto del 15 de agosto de 2012[[11]](#footnote-11). Se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión en auto del 19 de junio de 2013[[12]](#footnote-12), y a su vez, al Ministerio Público para emitir el concepto respectivo (guardó silencio).

**3. La sentencia del Tribunal.**

5.- La Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 8 de agosto de 2013[[13]](#footnote-13), notificada mediante edicto[[14]](#footnote-14) fijado entre el 22 y el 26 de agosto de 2013 y en la que resolvió:

*“[…]* ***PRIMERO:******NEGAR*** *la objeción por error grave formulado por la parte actora.*

***SEGUNDO:******NEGAR*** *las pretensiones de la demanda*

***TERCERO:*** *Sin condena en costas en esta instancia.*

***CUARTO:*** *Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo (…)”*

Para tomar esta decisión, el Tribunal se sustentó en las siguientes razones y argumentos, respecto del caso concreto:

5.1 *“****Violación del pliego de condiciones por errónea interpretación y aplicación del mismo y falta o falsa motivación del acto administrativo demandado:***

 *58. Según el demandante, la entidad pública demandada incurrió el (sic) violación del numeral 1.25.4 del pliego de condiciones, lo cual derivó que el acto administrativo demandado incurriera en una falta o falsa motivación, al haber inhabilitado la propuesta del Consorcio Edificar Bochica, debido a que los honorarios propuestos por dicho oferente se encontraban por debajo del 95% y la referida causal sólo debía aplicarse al valor total de la propuesta, razón por la cual indebidamente se hizo haciendo una interpretación extensiva de la causal de rechazo (…).*

 *60. En este sentido, de la revisión del pliego de condiciones de la licitación pública no. 020 de 2009, así como la adenda no.1 al referido pliego, la sala encuentra que, contrario a lo manifestado por el demandante, dentro de la referida licitación se estableció que el presupuesto oficial de la mentada licitación estaba asociado al monto de los honorarios propuestos establecidos para la administración delegada, frente a la cual, las propuestas que se presentaren no podían superarlo. Dicho valor correspondía a la suma de $488.767.700, de conformidad con el numeral 1.5 del referido pliego.*

 *61. Así mismo, si bien en el referido numeral 1.5 se hizo alusión al monto de $5.430.752.228, dicho valor correspondía al valor total de la obra y no al presupuesto oficial de la licitación pública no. 020 de 2009, la cual sería sólo los $488.767.700, monto que correspondía a un porcentaje del referido valor toral de la obra (…).*

 *63. Así las cosas, para efectos de la evaluación de las propuestas económicas y para establecer si las mismas se encontraban incurso(sic) en la causal de rechazo previsto(sic) en el numeral 1.25.4, la sala encuentra, como lo reconoció la entidad en su momento, que el presupuesto oficial de la licitación pública no. 020 de 2009, era de* ***$488.767.700,*** *los cuales correspondía al monto de los* ***honorarios administración delegada.***

*64. En este sentido, y en los términos del numeral 1.25.4 del pliego de condiciones de la licitación pública no. 020 de 2009, aquellas propuestas económicas cuyos honorarios de administración delegada superaran el monto de los $488.767.700 fuera inferior al 95% de dicho valor ($464.329.315), serían rechazadas.*

***Análisis del cargo.***

*65 Conforme quedó expuesto en antecedencia, en el presente caso de la oferta económica presentada por el Consorcio Edificar Bochica estableció que los honorarios de la administración delegada por el orden de $425.495.916, de conformidad con el anexo no. 3 de la misma (fl. 180, c4).*

 *66 Así las cosas, se tiene que dicha oferta económica se encontraba por debajo del 95% del presupuesto oficial, y por lo tanto debía ser rechazada en los términos del numeral 1.25.4 del pliego de condiciones, el cual disponía lo siguiente:*

* *(…)* ***Cuando el valor ofertado esté por debajo del 95% del presupuesto oficial del proceso licitatorio (…).***

*68. Finalmente, con el líbelo introductorio la parte actora solicitó se elaborara dictamen pericial con el objeto de determinar si la propuesta presentada por el Consorcio Edificar Bochica satisfacía o no las exigencias del pliego de condiciones en el numeral 2.3.3., modificado por la adenda no. 1, experticio que fue decretado en el auto de pruebas 1, experticio que fue decretado en el auto de pruebas y elaborado por el auxiliar de la justicia Jimmy Castillo Mesa (C3), el cual fue finalmente fue objeto (sic) por error grave, por lo que se hizo necesario decretar la práctica de otro dictamen (C5).*

*69. Frente a lo anterior, y al margen que(sic) la referida objeción será resuelta en un acápite posterior, la sala encuentra que los dictámenes elaborados por los auxiliares de la justicia no aportan mayores elementos de juicio, en tanto el objeto de los mismos se circunscribió a establecer si la propuesta presentada por el oferente Consorcio Edificar Bochica se encontraba o no habilitada en su aspecto económico de conformidad de (sic) numeral 2.3.3 del pliego de condiciones, aspecto que no era objeto de prueba pericial, ya que finalmente el mentado objeto de discusión no era un aspecto técnico sino jurídico, por lo que el análisis y la definición del mismo le corresponde al operador jurídico y no a los auxiliares de la justicia.*

*70. Así las cosas, los referidos dictámenes no aportaron elementos de convicción distintos a los ya obrantes en la prueba documental allegada al expediente, en tanto dichos experticios replicaron los informes, las evaluaciones y las observaciones elaboradas dentro del proceso licitatorio que nos convoca, y ello es así porque finalmente la prueba solicitada por la parte actora no tenía ningún componente técnico que amerita conocimientos técnicos especializados, razón por la cual las conclusiones allí contenidas no serán tenidas en cuenta, ya que como quedó expuesto en antecedencia, al problema jurídico fue resuelto sin que se requiriera algún elemento técnico que escapara a la órbita de conocimiento de la sala.*

*71. De lo expuesto, la sala encuentra que la oferta presentada por el Consorcio Edificar Bochica estuvo bien rechazada, ya que la propuesta económica era inferior al 95% del presupuesto oficial de la licitación pública, razón por la cual en dicho rechazo no se incurrió en violación alguna del pliego de condiciones, estando debidamente motivada la resolución que adjudicó la licitación pública.*

*72. En suma, el rechazo de la propuesta del Consorcio Edificar Bochica está ajustado a derecho, al haber incurrido en la causal de rechazo contemplada en el numeral 1.25.4 del pliego de condiciones, por lo que la Superintendencia no podía actuar en forma diferente.*

*73. Así las cosas, al haber estado debidamente rechazada la oferta formulada por el Consorcio Edificar Bochica, la media geométrica para establecer el orden de elegibilidad de la licitación pública no. 020 de 2009, no será modificado y por lo tanto el aquí demandante conserva el orden de elegibilidad obteniendo en su momento, por lo cual no es posible predicar que la referida licitación pública se le debió adjudicar, y en consecuencia la resolución demandada y el contrato suscrito con fundamento en la misma, no serán declarados nulos.*

*74. Así las cosas, al no estar demostrado los cargos, se negarán las pretensiones de la demanda y así quedará en la parte resolutiva de la presente providencia”.*

Por último, se refirió respecto a la objeción del dictamen pericial concluyendo lo siguiente:

 “*Así las cosas, la objeción por error grave no está llamada a prosperar, ya que la misma se fundamenta en que dicho dictamen estuvo carente de contenido, falencia que no puede ser imputada al auxiliar de la justicia, cuando finalmente el perito sólo se pronunció en lo solicitado por la parte actora, máxime cuando quien objetó la prueba no expuso la presunta falencia técnica en la que se incurrió en la confección del referido dictamen”.*

**4. El recurso de apelación presentado.**

Contra la sentencia de primera instancia se alzó la parte demandante en escrito del 4 de septiembre de 2013[[15]](#footnote-15), solicitando se revocara el fallo de primera instancia y se accedieran a las pretensiones de la demanda.

En el escrito de apelación, el demandante se refirió a la decisión del Tribunal de objetar el dictamen pericial en los siguientes términos:

“*Desconoce el fallador, en el caso del primer dictamen rendido por el auxiliar JIMMY CASTILLO, las falencias de su opinión profesional que fueron puestas en evidencia en el memorial de fecha 7 de mayo de 2013 totalmente imputables a éste pues el contenido del dictamen-contrario a lo afirmado por el fallador-NO SE PRONUCIÓ SOBRE LO SOLICITADO, pues ni siquiera tuvo en su haber la propuesta del CONSORCIO BOCHICA y se limitó a transcribir la (sic) el mismo informe preparado en su oportunidad por la entidad contratante.*

*Por esta razón, no es de recibo lo afirmado en la sentencia que la objeción al dictamen no este (sic) llamado a prosperar, pues quedó en evidencia que el perito incumplió con lo solicitado en el cuestionario. Tampoco es de recibo la afirmación sobre la presunta omisión del demandante de no haber expuesto la presunta falencia técnica incurrida por el auxiliar, pues en el memorial de objeción se hizo toda la trazabilidad de la prueba y del comportamiento del auxiliar en la rendición de su experticia, demostrando las profundas omisiones y falencia en que incurrió, lo cual partió desde el mismo hecho de no haber considerado dentro de su estudio la propuesta del CONSORCIO BOCHICA que era fundamental en el ejercicio de su actuación. También, como se desprende de la anterior trascripción, se pusieron de presente las demás fallas protuberantes del concepto que desvirtúan lo afirmado por el tribunal.*

*Contrario a lo hecho por el referido auxiliar, su remplazo, el ingeniero VALENTIN CASTELLANOS, hizo un juicioso estudio que sí consideró en su totalidad los elementos de la prueba y demostró técnica y financieramente lo que se quería con la prueba pericial. Dicha prueba, contrario a lo manifestado por el tribunal, dependía de un análisis, conocimiento y praxis de un experto y no correspondía a un análisis eminentemente jurídico, pues en su oportunidad, la evaluación de los aspectos técnicos y económicos- como lo que se pidió a través de la prueba pericial-son realizadas por la entidad contratante por profesionales de las áreas técnicas o financieras y no por el área jurídica”.*

En relación al aspecto económico del pliego de condiciones, señaló el actor que el *a-quo* realizó conclusiones erradas, pues a lo largo del proceso “*se ha pretendido establecer que la entidad asoció el valor del contrato con el valor de los honorarios”*  y:

“*No existe en ningún aparte de los documentos precontractuales ninguna referencia o ninguna definición que permita llegar a esta conclusión. El presupuesto oficial del contrato, también, contrario a lo manifestado en la sentencia, corresponde al valor total del contrato, pues es por ese monto y no por el de los honorarios por el que se debe expedir la disponibilidad presupuestal para ejecutar el contrato. De éste (sic), los honorarios son una proporción que igualmente tiene otro rubro que será distinto al de la obra y el de los honorarios. Y la entidad demandada utiliza en forma ambivalente los dos conceptos y en el pliego de condiciones genera reglas para cada cual.*

*Por otra parte, en el numeral 1.25.4 señala que la razón con respecto al presupuesto oficial es que el valor de la propuesta no supere el presupuesto oficial (…), por ello se afirma en la demanda que el valor de la propuesta del CONSORCIO BOCHICA se ajustaba en un todo a las reglas del pliego de condiciones pues al hacer el cálculo de la misma se obtuvo la siguiente conclusión:*

*-honorarios $425.495.916,40*

 *-Costos de construcción $4.675.334.594*

 *-Personal profesional: $54.307.523*

 *-Pólizas y seguros: $28.239.911*

 *-Gastos bancarios: $4.887.677*

 *Lo anterior arroja un valor de obra propuesto por el CONSORCIO EDIFICAR BOCHICA, de $5.367.480.444 (98,83%), siendo el presupuesto oficial de $5.430.752.288. (fl 11, C1).*

*La teoría en que se basa el fallador de primera instancia tendría sustento, por ejemplo, si el presupuesto de la obra (otro concepto que aparece en los pliegos) fuera inamovible y por lo tanto la evaluación sólo giraría alrededor de los honorarios, pero en el presente caso, el valor de la obra era viable y por lo tanto el valor de la propuesta EN SU TOTALIDAD se sometía a las reglas del numeral 1.25.4, es decir exigía que la misma no superara el presupuesto oficial. Así las cosas, la regla del pliego en el caso del presupuesto oficial exigía que la sumatoria de los “honorarios” y el “valor de la obra” estuvieran por debajo del “presupuesto oficial”.*

Finalizó concluyendo que el Consorcio Edificar Bochica no excedió ni incumplió el pliego de condiciones, “*razón por la cual se insiste en que su rechazo no se ajustó a las reglas del pliego”.*  Agregó que *“si la entidad, como lo interpreta el fallador, quiso que la regla de rechazo se refiriera en forma específica al tema de honorarios, o que la causal de rechazo con respecto al presupuesto oficial se entendiera restringido al de los honorarios, así lo debió manifestar en forma expresa dentro de las reglas del concurso pues de otra forma, éstas serán ineficaces de pleno derecho en los términos del artículo 24 (numeral 5°) de la ley 80 de 1993, al no ser claras y permitir que su interpretación se basara única y exclusivamente en la voluntad de la entidad, situaciones ambas proscritas por la norma citada”.*

La Subsección B de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por auto de 25 de septiembre de 2013, concedió el recurso de apelación presentado oportunamente por la parte actora (fl 180 C.Ppal).

**5. Actuación en segunda instancia.**

Mediante auto de 25 de noviembre de 2013, ésta Corporación admitió el recurso interpuesto por la parte actora (fl 188 C.Ppal). Acto seguido, se corrió traslado por auto de 24 de febrero de 2014 (fl 190 C.Ppal), a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

La parte demandada Superintendencia de Industria y Comercio[[16]](#footnote-16) presentó alegatos de conclusión en escrito radicado el 19 de marzo de 2014 (fls 191-194 C.Ppal), las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzadas previas las siguientes.

**CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones, (2) la procedencia de la acción contractual cuando se demandan actos administrativos y el contrato, (3) la presunción de legalidad de los actos administrativos, (4) el caso concreto.

**1.- Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.**

1.1.- La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

“…Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación[[17]](#footnote-17).

Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Parágrafo. No obstante la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En la práctica el decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado[[18]](#footnote-18), sino que (…) se abría paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa[[19]](#footnote-19). Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas “acciones relativas a contratos”, esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo “De las controversias contractuales”, queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 cca es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 cca, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 cca, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general.”[[20]](#footnote-20)

1.2.- Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual[[21]](#footnote-21).

**2. Sobre la procedencia de la acción de controversias contractuales cuando se demanda actos administrativos y el contrato. Reiteración de posición[[22]](#footnote-22).**

La Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, norma que modificó el artículo 87 del C.C.A, sostuvo lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos[[23]](#footnote-23).

Ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión *“una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”,* hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[[24]](#footnote-24) al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

*“(…) si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado”*[[25]](#footnote-25)*.* (Las subrayas no corresponden al texto).

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

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

Conforme a lo anterior, se concluye que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales es imprescindible solicitar la nulidad de estos, pues si se omite equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica, toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.

**3. Presunción de legalidad de los actos administrativos**

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2°, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

*“El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como* *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”* de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”* *y que todos sus pronunciamientos* *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”[[26]](#footnote-26)*

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”*[[27]](#footnote-27)

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento…”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo…”[[28]](#footnote-28)*

Ahora, los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria únicamente i) Cuando hayan sido suspendidos en aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional; ii) Cuando hayan desaparecido los fundamentos de hecho o de derecho en los cuales se fundó su expedición; iii) Cuando transcurridos 5 años posteriores a su firmeza, la administración no haya desplegado los actos requeridos para ejecutarlo; iv) Cuando se cumpla la condición resolutoria a cuyo acaecimiento se haya sometido su extinción; y v) Al perder su vigencia.

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

**4. Análisis del caso concreto**

Conforme con los lineamientos teóricos esbozados en los numerales anteriores, procede la Sala a resolver el caso concreto. Al rompe se observa que en el *sub judice* no se demandaron todos los actos previos al contrato que se invocan como causa de la pretendida nulidad del mismo. En efecto, en las pretensiones de la demanda se solicita la declaratoria del acto de adjudicación del contrato y del contrato mismo; pero las causas que se alegan como generadoras de la nulidad pretendida se dieron en otro acto administrativo distinto y previo al contrato: el que excluyó a consorcio edificar Bochica, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la audiencia de adjudicación, y respecto del cual nada se pretende en la demanda.

Aunque *prima facie* pudiera pensarse que las demandantes no tendrían legitimación para pretender la nulidad de dicho acto, comoquiera que en apariencia el mismo tiene como destinatario a un oferente distinto; lo cierto es que dada la fórmula establecida para el cálculo de la media geométrica en el pliego de condiciones se incluyó como una variable determinante del puntaje obtenido por cada una de las propuestas el número de oferentes; así las cosas resulta lógico concluir que el mayor o menor número de oferentes tenía la virtud de modificar las calificaciones de las ofertas habilitadas.

En efecto, el pliego de condiciones a este respecto estableció:

*“2.4.2 PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA MEDIA GEOMÉTRICA*

*Para determinar la media geométrica se aplicará la siguiente fórmula:*

 *n\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_*

*MG = √ (P1xP2xP3xP4….xPo)*

*Donde:*

*MG= Media geométrica*

*Po= Presupuesto oficial*

*P(1…n) = Valor de las propuestas*

*N = Númro de propuestas hábiles”*

Así pues, esta fórmula prevista en el pliego de condiciones creaba un vínculo contractual entre todos los oferentes, que convertía en destinatarios pasivos del acto administrativo de exclusión de uno de ellos, a todos los demás, comoquiera que podrían verse perjudicados con tal inhabilitación. De suerte que la declaración de inhabilidad de un proponente podría ser impugnada por cualquiera otro, si éste consideraba que la misma adolecía de vicios que comprometieran su legalidad.

El anterior aserto se comprueba en el *sub judice* si se tiene en cuenta que el representante del consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009 impugnó el acto que dispuso la exclusión del consorcio Edificar Bochica; así se desprende de lo consignado en el acta de la audiencia pública de adjudicación, celebrada el 17 de diciembre de 2009, la que fue reanudada y finalizada el 21 de diciembre del mismo año. En este documento se consignó lo manifestado por el representante del consorcio integrado por las aquí demandantes, después de que se había proferido la calificación final y en ella se había decido inhabilitar la propuesta del consorcio Edificar Bochica. Este documento describe la intervención de aquel representante legal en los siguientes términos:

*“INTERVENCIÓN DE LOS ASISTENTES*

*[…]*

*6. Consorcio Mejoramiento Superintendencia 2009- Johan Buendía*

*El representante de éste(sic) consorcio manifestó que los pliegos son ley para las partes y hubo oportunidad para hacer observaciones a los pre-pliegos y para aclarar el pliego definitivo, de manera que ésta(sic) audiencia no era la oportunidad para hacerlo.*

*Para determinar la medida geométrica hay muchos términos dentro del pliego, el honorario base, presupuesto de honorarios, honorarios ofertados y en el numeral 1.5 se determina que el valor total de la propuesta es igual al valor de los honorarios, pero no establece que el que esté por debajo del 95% del presupuesto de los honorarios se inhabilite. Lo que el pliego establece es, el que esté por debajo del 95% del presupuesto oficial, por lo cual solicitó que se habilitara al proponente No. 3 Consorcio Edificar Bochica*”. Fl.877 c.1- [Subrayado fuera de texto].

En esta misma acta aparece la respuesta dada a esta objeción por parte de la Superitendencia de Industria y comercio, así:

*“La media geométrica se determina de acuerdo al valor de las propuestas teniendo claridad que este valor es el de la oferta, que no es otro que el valor de los honorarios propuestos, todo en concordancia con lo estipulado en los numerales 1.5 1.25.4 2.4.1 y 2.4.2, por ello es imposible concluir que el 95% de que habla el señor Buendía se aplique a los $5.430.752.228 M/cte*”. Fl.878 c.1-

Lo transcrito evidencia que hubo un acto administrativo previo a la resolución que dispuso la adjudicación del contrato: el que produjo la exclusión de uno de los oferentes (consorcio edificar Bochica); y es justamente la ilegalidad de esta decisión la que las demandantes plantean como fundamento de la nulidad contractual pretendida. Se constata también que dicho acto fue conocido por el representante del consorcio integrado por quienes aquí demandan, y que cuando tuvo conocimiento lo impugnó; igualmente consta que la entidad desestimó los argumentos de la impugnación. Todo lo anterior muestra a la Sala que ese acto administrativo fue conocido por las sociedades demandantes y que mediante el mismo fue que se decidió excluir al consorcio Edificar Bochica, lo que al tenor de la demanda constituye el hecho que genera la ilegalidad del contrato y que por lo tanto debió ser demandado.

En efecto, en la resolución 65968 que adjudicó el contrato, nada se dice sobre los fundamentos que la entidad tuvo en cuenta para ordenar la exclusión del Consorcio Edificar Bochica, simplemente se reseñan las propuestas presentadas, la evaluación preliminar y la evaluación final; y como con base en ésta última el resultado indicaba que el contrato debía ser adjudicado al consorcio PRABER, conformado por la Sociedad Praxa Construcciones S.A. y la sociedad CNV Construcciones S.A., así se hizo.

De esta forma se evidencia que la actora omitió demandar la nulidad del acto administrativo determinante en el fundamento de la nulidad contractual pretendida; es decir, aquél en que la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso la exclusión de consorcio edificar Bochica, lo cual imposibilita la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Ciertamente, en el hipotético evento en que se declarara la nulidad del acto de adjudicación del contrato y del acuerdo de voluntades mismo, sin la necesaria demanda del otro acto administrativo, como se dijo precedentemente, esa conducta implicaría la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y del contrato sin una causa que la genere, porque la exclusión del mencionado consorcio quedaría incólume, dado que aquella manifestación de la entidad demandada, que no se acusó en el libelo, es un acto administrativo autónomo que se encuentra ejecutoriado y que goza de presunción de legalidad.

Por último, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad del acto administrativo por el cual la Administración excluyó la oferta presentada por el consorcio edificar Bochica, y esto no se hizo; no se puede afirmar que la consecuencia de tal omisión es que se imponga un fallo inhibitorio, pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo respecto del cual ya se denegaron los cuestionamientos que en vía administrativa se propusieron, que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal, que está incuestionado jurisdiccionalmente y que tiene fuerza ejecutoria.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada aunque por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ GUILLERMO SANCHEZ LUQUE**

**Magistrada Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente Sala Subsección C**

1. Folios 27 a 28 C.1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Notificada el día 20 de enero de 2011 (fl 30 C.1) [↑](#footnote-ref-2)
3. Notificado el día 13 de enero de 2011 (respaldo del folio 28 C.1). [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 35 C.1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 43 C.1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Respaldo del folio 28 C.1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 27 C.1 [↑](#footnote-ref-7)
8. (Folios 46-53 C.1) El apoderado de las sociedades integrantes del Consorcio PRABER, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda y expresó en el escrito de contestación de la demanda que no le asiste razón al demandante en afirmar que el presupuesto de la licitación era de $5.430.752.228, pues el numeral 1.5 llamado “Financiación y presupuesto oficial” de los pliegos de condiciones, señalaba, según el apoderado, como presupuesto oficial la suma de $488.767.700, constituyéndose la suma de $5.430.752.228 como el valor total de la obra y no como el valor de los honorarios de Administración Delegada o valor del contrato y que la propuesta que superara el monto de $488.767.700, o fuera inferior a él más el 5%, debía ser rechazada. Así las cosas, “*como quiera que los honorarios ofertados por el CONSORCIO EDIFICAR BOCHICA fueron de $425.495.916, suma muy inferior al 95% del presupuesto oficial, se imponía el rechazo de su propuesta de acuerdo a las reglas previstas en los pliegos de condiciones, como en efecto hizo la Superintendencia de Industria y Comercio”.* Finalizó señalando que: “*No es coherente que la demandante pretenda que cuando se trataba de la habilitación de su propuesta el presupuesto oficial de la licitación era de $488.767.700, pero cuando se trata de la propuesta de otro oferente, cuya habilitación cree le hubiera favorecido, ese presupuesto era de $5. 430.752.228”.*

No propuso excepciones. [↑](#footnote-ref-8)
9. (Folios 68-81 C.1.) En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado de la entidad demandada Superintendencia de Industria y Comercio, se opuso a las pretensiones incoadas por el demandante, manifestando inicialmente que el acto administrativo acusado Resolución No. 65968, era legal y cumplió con todos los requisitos de expedición, debidamente motivado siguiendo los presupuestos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que fue expedida por la Secretaría General de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la ley 80 de 1993; respecto a la legalidad del contrato celebrado, expresó que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de nulidad que establece el artículo 44 de la ley 80 de 1993, y que por lo tanto, el contrato No. 76 de 2009 suscrito entre la Superintendencia de Industria y Comercio y el Consorcio Praber, goza de plena validez y legalidad por respetar el ordenamiento legal vigente y las disposiciones previstas en el pliego de condiciones del Proceso SIC No. 20 de 2009 de Licitación Pública; agregó que no existe responsabilidad de la Superintendencia para indemnizar perjuicios, ya que el demandante no demostró el presunto daño ocasionado por la expedición del acto administrativo, dentro del proceso, y tampoco la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Superintendencia y el “*presunto daño sufrido y no demostrado por el demandante”.*

Como excepciones propuso (i) la excepción de legalidad de los actos administrativos acusados y (ii) la inexistencia de causal de nulidad del acto administrativo demandado y del contrato estatal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 84 a 85 C.1. Se decretó la prueba pericial solicitada por la parte demandante, consistente en la evaluación de las ofertas presentadas en la licitación y se designó al señor Jimmy Castillo Mesa como perito, quien tomó posesión mediante auto del 6 de octubre de 2011 (fl 89 C.1). El traslado del dictamen pericial a las partes se hizo mediante auto del 1 de diciembre de 2011 (fl 97 C.1).

Al respecto, el apoderado de la parte actora mediante memorial presentado el día 16 de diciembre de 2011 (fls 98-99 C.1) solicitó la aclaración y adición del dictamen pericial, la cual fue ordenada por el *a-quo*  en auto del 23 de febrero de 2012 (fl 102 C.1) y que el perito asignado cumplió.

Posteriormente, el Tribunal procedió a dar trámite a la objeción por error grave al dictamen pericial y designó como nuevo perito al señor Valentín Castellanos Rubio, lo anterior se hizo mediante providencia del 7 de junio de 2012 (fls 111-112 C.1). El señor Castellanos Rubio tomó posesión del cargo el día 27 de septiembre de 2012 (fl 120 C.1), se corrió traslado a las partes del dictamen pericial obrante en el cuaderno 5, por el término de 3 días, en auto del 18 de junio de 2013 (fl 137 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 115 C.1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 137 C.1.

Los demandados presentaron sus respectivos alegatos de conclusión, así:

El apoderado de la parte actora radicó memorial el día 3 de julio de 2013, en el que manifestó que había suficientes pruebas aportadas a lo largo del proceso que soportaban lo expuesto en los hechos y lo pretendido, así mismo, manifestó que el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Valentín Castellanos Rubio, luego de un extenso y “*juicioso análisis”* concluyó que, en lo técnico, el consorcio Edificar Bochica, cumplía con lo exigido en los pliegos de condiciones y que, desde el plano económico, la oferta presentada por los demandantes era la más favorable por lo que el contrato debió habérseles otorgado a ellos (fls 140-143 C.1).

El apoderado de la parte demandada Superintendencia de Industria y Comercio, presentó escrito de alegatos de conclusión el día 15 de julio de 2013, el memorial reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, puesto que, según la entidad demandada, las pruebas practicadas y lo señalado en el dictamen pericial, “*en nada sustentan el presupuesto de las afirmaciones de extremo actor y, en tal sentido, menos aún las acusaciones de la demanda”.* (fls 145-154 C.1). [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 156-168 C.Ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 168 C.Ppal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 170 a 178 C.Ppal [↑](#footnote-ref-15)
16. En el escrito de alegatos, la parte demandada Superintendencia de Industria y Comerció señaló “*ratificarse en los argumentos planteados con la contestación de la demanda presentada dentro del proceso aludido, así como en el escrito de alegatos presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, oponiéndome a todas y cada una de las pretensiones de la misma.*

*En consecuencia, comediantemente imploro al Honorable Consejo de Estado desestimar las pretensiones solicitadas en el escrito por el apoderado de* ***LA DEMANDANTE*** *por cuanto carecen de sustento legal y por consiguiente, de sustento jurídico para que prosperen”.*  [↑](#footnote-ref-16)
17. No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo xix gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo xx, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: Daniel Suárez Hernández: “Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75”. El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias. [↑](#footnote-ref-18)
19. Rivero. Derecho administrativo, cit., p. 232. [↑](#footnote-ref-19)
20. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230. [↑](#footnote-ref-20)
21. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. [↑](#footnote-ref-21)
22. Reiteración de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 15 de febrero de 2012, expediente: 19880. [↑](#footnote-ref-22)
23. *De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la pretensión de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.* Corte Constitucional C-1048 de 2001. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19777. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Exp. 21578, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp. 20393, entre otras. [↑](#footnote-ref-26)
27. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.* Op. cit.p. 54-55 [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 27590. [↑](#footnote-ref-28)