**ACTO DE ADJUDICACIÓN – Oportunidad para impugnar el acto de adjudicación – Diferencia de la normativa anterior y la que está vigente**

Frente a la normativa aplicable a las actuaciones administrativas (…) De conformidad con los términos de la anterior norma, el acto de adjudicación era impugnable mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el Código Contencioso Administrativo, mientras que los demás actos, que hacen parte de los que se producen con ocasión de la actividad contractual, sólo serían controlables mediante la acción de controversias contractuales, con las limitaciones que ello implicaba. No obstante, para la época de presentación de la demanda , el artículo 87 de dicho Código, que establecía la acción de controversias contractuales, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 (…) De acuerdo con esta disposición, los actos administrativos previos, es decir, aquellos proferidos por la Administración con anterioridad al perfeccionamiento del contrato y durante la etapa precontractual, podían ser demandados en forma independiente, mediante la interposición de la demanda en el ejercicio de la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, es decir, dependiendo de si la finalidad que se perseguía era únicamente la preservación del ordenamiento jurídico objetivamente considerado, caso en el cual procedería la primera, o si se buscaba el restablecimiento de un derecho vulnerado por el respectivo acto, evento que debía reclamarse mediante la segunda, dentro del término de caducidad de 30 días para ambas acciones. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que el acto administrativo de adjudicación no es susceptible de ser demandado en ejercicio de la acción de simple nulidad y que solo puede ser impugnado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por quien demuestre un interés legítimo –los oferentes no favorecidos y la entidad licitante-, toda vez que la escogencia de la acción no está librada al arbitrio del demandante, sino que obedece al interés perseguido en el juicio y a los efectos de la sentencia, lo que comporta su consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, por cuanto no es razonable pensar que el legislador haya previsto dos o más acciones para enjuiciar una misma actuación de la Administración, como tampoco que cualquiera fuere la ejercida resultare igual. (…)

**DEMANDA ACTO DE ADJUDICACIÓN – Acción procedente – Actos administrativos precontractuales – Controversias contractuales**

Una vez suscrito el contrato, la validez de los actos precontractuales solo se podrá cuestionar mediante el ejercicio de la acción contractual, que se deberá ejercer en contra del contrato suscrito, alegando su nulidad absoluta como consecuencia de la nulidad del respectivo acto precontractual. (…) Es decir que, como dice la norma, la ilegalidad de este último, una vez suscrito el negocio jurídico, solo se podrá alegar como causal de nulidad absoluta del mismo, lo que implica necesariamente el ejercicio de la acción contractual y la imposibilidad, en tal caso, de impugnar independientemente el acto previo. Lo anterior, también significa que así no hayan transcurrido los 30 días a los que alude la norma como término de caducidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, si se suscribe el contrato dentro de dicho término, también resultará imposible el ejercicio de las referidas acciones, por cuanto en tal evento solo será posible cuestionar su validez, como causal de nulidad absoluta del contrato suscrito, mediante el ejercicio en su contra de la acción contractual. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las expresiones “una vez celebrado este” y “solamente”, contenidas en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A , bajo el entendido de que la intención del legislador no fue otra que la de impedir, precisamente, que una vez suscrito el contrato adjudicado, pudieran cuestionarse los actos previos en forma independiente, con el fin de garantizar la eficacia de la actividad contractual y de preservar la estabilidad de las decisiones administrativas, brindando seguridad a sus actuaciones y a los contratos suscritos. La Corte consideró que en la referida norma se estableció un término de caducidad corto y se fijó un límite a la separabilidad de los actos previos, marcado por la suscripción del contrato, pues a partir de la misma, los actos administrativos precontractuales “se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato”, lo cual, afirmó, constituye un límite que pretende dar agilidad al proceso licitatorio y estabilidad a las etapas que se surten en el mismo. En conclusión, en vigencia del cambio introducido por la Ley 446 de 1998 es viable cuestionar la legalidad de un acto separable del contrato estatal como el de adjudicación durante los 30 días siguientes a su notificación o comunicación, pero en el caso en el que en dicho lapso se suscriba el contrato pertinente, la presunta ilegalidad de esas decisiones debe ser alegada como sustento de la solicitud de declaración de nulidad del negocio jurídico resultante.

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN – Nulidad y restablecimiento del derecho – Acción procedente antes de suscribir el contrato – Controversias contractuales – Acción procedente luego de firmado el contrato**

En el presente caso, como ya se vio, la parte actora tuvo conocimiento de la adjudicación de la Licitación Pública n.º 004 de 1999 el 8 de marzo de 2000, el Contrato n.º FLA-016-2000 se suscribió el 29 de marzo siguiente y la demanda se presentó el 10 de abril de 2000, esto es, cuando se presentó la demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del acto administrativo de adjudicación, ya se había firmado el negocio jurídico adjudicado, por lo cual resulta evidente que la acción incoada no era la adecuada, puesto que, a la luz de las anteriores consideraciones, si el proponente inconforme con la decisión pretendía cuestionar su validez y obtener el restablecimiento del derecho vulnerado, frente a la existencia del contrato debidamente perfeccionado resultaba imperioso el ejercicio de la acción contractual para alegar como causal de nulidad absoluta del negocio jurídico, la ilegalidad del acto previo, cuya nulidad también se debía pedir en la demanda. En otros términos, pese a que la actora afirmó bajo juramento que no se le notificó el acto de adjudicación, sí se le comunicó y del escrito de la demanda se puede inferir que no le era ajena la posibilidad de la suscripción del contrato, no solo porque tuvo conocimiento del referido acto desde el 8 de marzo de 2000, sino porque solicitó la copia del negocio jurídico que habría podido suscribirse con ocasión de dicha adjudicación. Bajo esa misma línea, es dable afirmar que no le era imprevisible al actor tener certeza de la suscripción del contrato, al ser una disposición legal la publicación del mismo en la gaceta oficial de la entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 parágrafo 3 de la Ley 80 de 1993. (…) Por consiguiente, aunque en principio la competencia de esta Sala se encuentra limitada por los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, aunado a la imposibilidad de empeorar la situación del apelante único, dicha regla general admite algunas excepciones que, de configurarse, deberán ser decretadas por el juez de la instancia superior, aun cuando no hubieren sido objeto de pronunciamiento por parte del juez a quo o no hayan sido propuestas por las partes.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01944-01(43072)**

**Actor: SOUTH AMERICAN INVESTMENT LATIN INC. Y OTROS**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACIÓN SENTENCIA)**

*Tema: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- nulidad del acto de adjudicación / INEPTITUD DE LA DEMANDA – configurada por indebida escogencia de la acción/FALLO INHIBITORIO.*

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia del 13 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

# SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra de la Resolución n.º 1811 del 23 de febrero de 2000, proferida por el departamento de Antioquia, por medio de la cual se adjudicó a la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio el contrato de distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en el departamento de Bolívar por un período de cuatro (4) años. Para la fecha de presentación de la demanda, el contrato ya había sido firmado.

# ANTECEDENTES

## Lo que se pretende

Mediante escrito presentado el 10 de abril de 2000[[1]](#footnote-1), las sociedades South American Investment Latin Inc., Amaury Martelo y Cía. Ltda. y Proincap S.A., como integrantes del Consorcio Licocartagena, a través de apoderado, presentaron oportunamente demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“****PRIMERA:*** *Que se declare la nulidad de la Resolución n.º 1811 del 23 de febrero del año 2.000, por medio de la cual se adjudica el contrato para la distribución durante cuatro (4) años de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en el Departamento de Bolívar, de acuerdo con la Licitación n.º 004 de 1999.*

*“****SEGUNDA:*** *Que en consecuencia se restablezca el Derecho de las Sociedades Demandantes, y se condene al Departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a pagar a dichas Sociedades en calidad de integrantes del* ***CONSORCIO LICOCARTAGENA****, la suma equivalente a* ***CINCO MIL MILLONES DE PESOS ($5.000.000.000,oo)*** *correspondiente a las utilidades que hubieran obtenido dichas Sociedades si se les hubiera adjudicado el Contrato, o la suma mayor o menor que resulte probada en el proceso, ya que la propuesta presentada por dicho Consorcio era la mejor para la administración (vocación de adjudicación) y que no existía causa legal para adjudicarle dicha distribución en el Departamento de Bolívar a la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio.*

*“****TERCERA:*** *Que se condene a la Entidad Demandada a reconocer sobre la suma mencionada en la cláusula anterior los intereses moratorios comerciales correspondientes y subsidiariamente los intereses civiles más la corrección monetaria.*

*“****CUARTA:*** *Que se condene a la Entidad demandada a pagar cualquier otra suma que resulte probada en el proceso y que constituya un perjuicio derivado de la no adjudicación del contrato mencionado para la distribución de productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en el Departamento de Bolívar.*

*“****QUINTA:*** *Que se condene en costas a la Entidad demandada.*

*“****SEXTA:*** *Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en el último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”.*

La actora presentó como fundamentos fácticos de sus pretensiones los siguientes:

El gobernador del departamento de Antioquia expidió la Resolución n.º 8811 del 5 de octubre de 1999, en la que ordenó la apertura de la Licitación Pública n.º 004 de 1999, con el objeto de contratar la distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en el departamento de Bolívar durante cuatro (4) años.

El Consorcio Licocartagena además de otros, presentaron oportunamente ofertas en la referida licitación y, una vez realizados los estudios jurídicos, técnicos y financieros correspondientes, el departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia efectuó la evaluación inicial de las propuestas, de la que se obtuvo el siguiente orden de elegibilidad:

1. Consorcio Licocartagena 96.65 puntos, en el primer puesto.
2. Unión Temporal Dromayor

Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio 96.42 puntos, en el segundo puesto.

1. Unión Temporal Megalicores 80.12 puntos, en el tercer puesto.

Dentro de la oportunidad en la cual la evaluación estuvo a disposición de los proponentes, se presentaron diversas observaciones, incluidas algunas que buscaban el rechazo de la oferta presentada por el Consorcio Licocartagena.

La entidad resolvió algunas de las observaciones en la resolución de adjudicación del contrato y rechazó por improcedentes las formuladas contra el Consorcio Licocartagena, salvo la objeción presentada por la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio, en la cual solicitó que se tuviera en cuenta que el mencionado consorcio no cumplía con lo exigido en el pliego de condiciones en cuanto a la capacidad financiera, al considerar que no se ajustaba a los requisitos exigidos en el artículo 488 del Código de Comercio y los artículos 34 y 41 de la Ley 222 de 1995, respecto de la publicidad de los estados financieros.

Sumado a lo anterior, la actora afirmó que la entidad guardó silencio frente a varias observaciones, entre esas, la presentada por el Consorcio Licocartagena respecto del objeto social de la sociedad Dromayor Pereira S.A, integrante de la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio, el cual no estaba relacionado con la distribución de licores.

La Fábrica de Licores y Alcoholes del departamento de Antioquia, al verificar que las sociedades South American Investment Latin Inc. y la sociedad Proincap S.A. -dos de las integrantes del Consorcio Licocartagena- no habían depositado sus estados financieros en la respectiva Cámara de Comercio, ni en la Superintendencia de Sociedades para la fecha de presentación de la propuesta, siendo esta una obligación legal, modificó la evaluación financiera inicial asignándole cero puntos en capacidad financiera al Consorcio Licocartagena.

La actora consideró que dicha modificación atentaba contra el ordenamiento jurídico, puesto que la ley para la validez de los estados financieros sólo exigía que estuvieran debidamente certificados, sin necesidad de registrar el balance general en la Cámara de Comercio o en la Superintendencia de Sociedades, el cual es un requisito meramente formal que, en el caso concreto, no fue requerido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública n.º 044 de 1999. En ese orden de ideas, señaló que la Administración no debió disminuir su puntaje basado en reglas distintas a las contenidas en el referido pliego.

De otro lado, señaló que la resolución de adjudicación fue notificada a la sociedad favorecida el 25 de febrero de 2000, sin enviar comunicación alguna a los proponentes no favorecidos. Adujo que el Consorcio Licocartagena solo tuvo conocimiento de esta el 8 de marzo de 2000, fecha en la cual la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia dio respuesta a una petición elevada por el aquí demandante.

Finalmente, la parte actora indicó que la resolución controvertida incurrió en violación de los artículos 6, 13 y 29 de la Constitución Política, los artículos 3, 23, 24, 25, 26, 28, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, los artículos 99 y 898 del Código de Comercio y la Ley 43 de 1990, por la disminución que se hizo del puntaje asignado a su capacidad financiera, bajo el argumento de que no depositó los estados financieros de las sociedades que lo integraban en la Cámara de Comercio o en la Superintendencia de Sociedades, toda vez que dicha circunstancia no tenía ninguna relevancia en el proceso licitatorio, porque no era un requisito contenido en el pliego de condiciones.

## II. Trámite procesal

El 28 de julio de 2000, el Tribunal Administrativo de Antioquia, previo a resolver sobre la admisión de la demanda, concedió un término de cinco días al Consorcio Licocartagena para que aportara constancias de notificación personal de la resolución demandada[[2]](#footnote-2).

Contra la anterior decisión, la actora presentó recurso de reposición, esgrimiendo que, por no ser el proponente favorecido, la resolución de adjudicación no le debía ser notificada personalmente sino comunicada, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; señaló que por no haberse librado las comunicaciones pertinentes a los demás proponentes de la licitación pública n.º 044 de 1999, nunca tuvieron conocimiento de estas, por lo que se veían en la imposibilidad de aportar lo requerido[[3]](#footnote-3).

Mediante auto notificado el 8 de noviembre de la misma anualidad, el *a quo* repuso la decisión, al considerar que le asistía razón a la demandante y, en su lugar, libró exhortos a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia para que allegara los documentos solicitados en la demanda, así como copia auténtica de las constancias de comunicaciones remitidas a las sociedades integrantes del Consorcio Licocartagena[[4]](#footnote-4).

El 19 de enero de 2001, la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia solicitó al tribunal que informara a la demandante que debía comunicarse con la Dirección Jurídica de dicha entidad para sufragar el costo de la documentación requerida[[5]](#footnote-5). Posteriormente, el 21 de agosto de 2001[[6]](#footnote-6), la actora allegó al expediente copias auténticas de la resolución demandada[[7]](#footnote-7), de las comunicaciones de la adjudicación a los proponentes no favorecidos con la adjudicación[[8]](#footnote-8) y del contrato n.º FLA 016-2000 firmado con el proponente adjudicatario de la Licitación Pública n.º 044 de 1999 el 29 de marzo de 2000[[9]](#footnote-9).

El 1 de octubre de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada contra el departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia[[10]](#footnote-10). Dicho auto fue notificado al Ministerio Público el 8 de octubre de 2001 y al Departamento de Antioquia el 30 de octubre de la misma anualidad[[11]](#footnote-11).

El 25 de febrero de 2002, se adicionó el auto admisorio con el fin de vincular al proceso a la sociedad Dromayor Pereira S.A. y a Héctor Villa Osorio en calidad de terceros[[12]](#footnote-12), por ser los beneficiarios de la adjudicación del contrato de distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, durante cuatro años en el departamento de Bolívar[[13]](#footnote-13). La demanda se contestó en los términos que se resumen a continuación:

El departamento de Antioquia se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la propuesta presentada por el Consorcio Licocartagena no cumplió los requisitos legales ni los exigidos en el pliego de condiciones en lo que respecta a la capacidad financiera, ya que no se ajustaba al artículo 488 del Código de Comercio ni a los artículos 34 y 41 de la ley 222 de 1995.

Adicionalmente, manifestó que la resolución impugnada sí le fue comunicada al representante legal del Consorcio Licocartagena, mediante oficio del 28 de febrero de 2000. Propuso como excepción la de “***FALTA DE CAUSA PARA PEDIR****”* por considerar que la resolución n.º 1811 del 23 de febrero de 2000 era legal, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, solicitó que los hechos alegados en la demanda se probaran[[14]](#footnote-14).

La unión temporal conformada por la sociedad Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepción la de “***FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA****”*, por considerar que su vinculación como tercero era inoficiosa, toda vez que mediante resolución n.º 9244 del 21 de noviembre de 2000, el departamento de Antioquia autorizó la cesión del contrato n.º FLA-016-2000 a la firma Licores del Caribe S.A.-Licocaribe S.A.-, por lo que estos últimos serían los reales ejecutantes del contrato[[15]](#footnote-15).

Siguiendo con el trámite procesal correspondiente, el *a quo* dio apertura al período probatorio y decretó como medios de prueba los solicitados en la demanda y en sus contestaciones[[16]](#footnote-16).

Concluida la etapa probatoria, el tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión[[17]](#footnote-17), oportunidad en la que el departamento de Antioquia y el Consorcio Licocartagena reiteraron sus argumentos iniciales, respectivamente[[18]](#footnote-18). El Ministerio Público guardó silencio.

El 13 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió **sentencia** **de primera instancia**[[19]](#footnote-19), en la que declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal Administrativo de Antioquiase pronunció de oficio sobre la falta de legitimación en la causa por activa frente al Consorcio Licocartagena y señaló que no estaba llamada a prosperar, por cuanto el acto administrativo demandado le fue adverso a la parte actora al haberse adjudicado el contrato de distribución a otro proponente. Asimismo, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio, toda vez que, de presentarse una eventual condena contra la entidad demandada, la contratista podría verse afectada.

En lo que respecta a las pretensiones de la demanda, el *a quo* señaló que no se aportó el pliego de condiciones al plenario, ni las ofertas de los proponentes, por lo que no se podían determinar los requisitos necesarios para la calificación de la capacidad financiera de cada una de ellas y tampoco era posible determinar que los demandantes hubiesen cumplido los requerimientos exigidos dentro del proceso licitatorio.

Sin embargo, el Tribunal *a quo* consideró que de los artículos 34 y 41 de la Ley 222 de 1995[[20]](#footnote-20), alegados en la defensa por la demandada, se desprendía la exigencia de la publicidad de los estados financieros, en virtud del principio de transparencia en la información de las condiciones financieras de toda sociedad y, pese a que su omisión no era óbice para la comparación de las propuestas en el marco de un proceso licitatorio, como bien lo manifestó la parte actora, sí constituía un mecanismo de publicidad y transparencia de sus gestiones económicas, por lo que todos los proponentes debían ceñirse, no solo a los requerimientos del pliego de condiciones, sino también a los exigidos por las normas constitucionales y legales vigentes.

Inconforme con la decisión anterior, la actora interpuso oportunamente recurso de apelación[[21]](#footnote-21) el cual fue sustentado de la siguiente forma:

Adujo que el *a quo* motivó la providencia impugnada en la valoración de un requisito meramente formal, como es el depósito de los estados financieros en la respectiva Cámara de Comercio o en la Superintendencia de Sociedades, desconociendo con ello el valor legal de la certificación sobre los mismos.

Resaltó que, por tratarse de una omisión formal que no repercutía en el alcance de la propuesta, esta última no debía ser rechazada, máxime cuando, en su criterio, se encontraba demostrado que era la mejor para la Administración, por lo que su rechazo comportaba una violación a los principios de proporcionalidad, economía y selección objetiva.

Señaló que el *a quo* incurrió en error al considerar la falta de registro de sus estados financieros ante la Cámara de Comercio como una violación al principio de transparencia y publicidad, toda vez que los mismos se encontraban a disposición de la entidad pública demandada y de la totalidad de los participantes de la referida licitación, quienes formularon las observaciones que a bien tuvieron dentro de la etapa correspondiente.

Asimismo, sostuvo que sus estados financieros se ajustaban a los requerimientos del pliego de condiciones, por cuanto en este último solo se exigía que dichos estados fueran debidamente certificados, tal y como fueron presentados en su oferta.

Finalmente, solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y se concedieran las pretensiones de la demanda.

Luego de que se admitiera el recurso[[22]](#footnote-22), se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**[[23]](#footnote-23), oportunidad en la que Dromayor Pereira S.A. y la parte actora reiteraron sus argumentos[[24]](#footnote-24). El señor Héctor Villa Osorio guardó silencio.

El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, proferir fallo inhibitorio, al considerar que se encontraba probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, toda vez que, para la fecha de presentación de la demanda ya se había suscrito el contrato objeto de la Licitación Pública, cuya adjudicación estaba en discusión[[25]](#footnote-25).

# CONSIDERACIONES

## I. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132 y en el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en el año 2000 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de $ 6’037.000 y en el presente caso la actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de $ 1.000’000.000,oo, por concepto de la utilidad dejada de percibir, al no ser la adjudicataria de la Licitación Pública n.º 004 de 1999, razón por la cual, supera el monto exigido para el efecto[[26]](#footnote-26).

Conviene precisar que habida cuenta de que el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la demandante, la Sala se limitará a pronunciarse respecto del objeto de dicho medio de impugnación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C.[[27]](#footnote-27), a menos de que resulte necesario abordar las excepciones previstas por la jurisprudencia de esta Corporación[[28]](#footnote-28).

## II. Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos allegados oportunamente por la parte actora, los remitidos por la entidad pública demandada y la sociedad adjudicataria, así como los dictámenes periciales decretados y practicados dentro de las oportunidades procesales del presente asunto[[29]](#footnote-29).

De conformidad con lo anterior, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

El 5 de octubre de 1999, mediante resolución n.º 8811, el departamento de Antioquia dio apertura a la licitación pública n.º 004 de 1999, con el objeto de contratar la distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en el departamento de Bolívar por un periodo de cuatro años[[30]](#footnote-30).

En la referida licitación se presentaron 6 proponentes, a saber: i) Unión Temporal Megalicores; ii) Unión Temporal Alianza; iii) Unión Temporal Dromayor Pereira S.A.; iv) Unión Temporal Tropical de Licores UT; v) el Consorcio Licocartagena y vi) Dissantamaría S.A.[[31]](#footnote-31).

Mediante Resolución n.º 1811 del 23 de febrero de 2000, el gobernador de Antioquia adjudicó la Licitación Pública n.º 004 de 1999 a la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio por valor total de $5.860’624.000,00[[32]](#footnote-32).

El 8 de marzo de 2000, el Consorcio Licocartagena, como proponente no favorecido, tuvo conocimiento del acto de adjudicación -oficio n.º 00002587 del 8 de marzo de 2000- suscrito por el director de apoyo jurídico de la Fábrica de Licores de Antioquia, que fue aportado con la demanda[[33]](#footnote-33).

Por consiguiente, el 29 de marzo de 2000, el gobernador del departamento de Antioquia y el representante legal de la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio suscribieron el contrato de distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en el departamento de Bolívar n.º FLA-016-2000[[34]](#footnote-34).

## III. Problema jurídico

La Sala deberá establecer si en el presente caso se ejerció la acción adecuada o si, en su lugar, se encuentra configurada la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción ante la suscripción del Contrato n.º FLA-016-2000 de forma previa a la presentación de la acción la referencia.

Una vez resuelto lo anterior, en el evento de verificar la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el caso *sub examine*, la Sala estudiará lo concerniente a la legalidad de la resolución n.º 1811 del 23 de febrero de 2000, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública n.º 044 de 1999.

## IV. Análisis de la Sala

La demanda que dio origen al proceso fue presentada el 10 de abril de 2000, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Resolución n.º 1811 del 23 de febrero de 2000, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública n.o 044 de 2000.

Frente a la normativa aplicable a las actuaciones administrativas, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, estableció lo siguiente:

*“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*“PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*“PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina”*.

De conformidad con los términos de la anterior norma, el acto de adjudicación era impugnable mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el Código Contencioso Administrativo, mientras que los demás actos, que hacen parte de los que se producen con ocasión de la actividad contractual, sólo serían controlables mediante la acción de controversias contractuales, con las limitaciones que ello implicaba.

No obstante, para la época de presentación de la demanda[[35]](#footnote-35), el artículo 87 de dicho Código, que establecía la acción de controversias contractuales, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, disponía en su segundo inciso lo siguiente:

*“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”.*

De acuerdo con esta disposición, los actos administrativos previos, es decir, aquellos proferidos por la Administración con anterioridad al perfeccionamiento del contrato y durante la etapa precontractual, podían ser demandados en forma independiente, mediante la interposición de la demanda en el ejercicio de la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, es decir, dependiendo de si la finalidad que se perseguía era únicamente la preservación del ordenamiento jurídico objetivamente considerado, caso en el cual procedería la primera, o si se buscaba el restablecimiento de un derecho vulnerado por el respectivo acto, evento que debía reclamarse mediante la segunda, dentro del término de caducidad de 30 días para ambas acciones.

Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que el acto administrativo de adjudicación no es susceptible de ser demandado en ejercicio de la acción de simple nulidad y que solo puede ser impugnado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por quien demuestre un interés legítimo –los oferentes no favorecidos y la entidad licitante-, toda vez que la escogencia de la acción no está librada al arbitrio del demandante, sino que obedece al interés perseguido en el juicio y a los efectos de la sentencia, lo que comporta su consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, por cuanto no es razonable pensar que el legislador haya previsto dos o más acciones para enjuiciar una misma actuación de la Administración, como tampoco que cualquiera fuere la ejercida resultare igual[[36]](#footnote-36).

No obstante, de la norma también se desprende con toda claridad que, una vez suscrito el contrato, la validez de los actos precontractuales solo se podrá cuestionar mediante el ejercicio de la acción contractual, que se deberá ejercer en contra del contrato suscrito, alegando su nulidad absoluta como consecuencia de la nulidad del respectivo acto precontractual. Es decir que, como dice la norma, la ilegalidad de este último, una vez suscrito el negocio jurídico, solo se podrá alegar como causal de nulidad absoluta del mismo, lo que implica necesariamente el ejercicio de la acción contractual y la imposibilidad, en tal caso, de impugnar independientemente el acto previo.

Lo anterior, también significa que así no hayan transcurrido los 30 días a los que alude la norma como término de caducidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, si se suscribe el contrato dentro de dicho término, también resultará imposible el ejercicio de las referidas acciones, por cuanto en tal evento solo será posible cuestionar su validez, como causal de nulidad absoluta del contrato suscrito, mediante el ejercicio en su contra de la acción contractual.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las expresiones *“una vez celebrado este”* y *“solamente”,* contenidas en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A[[37]](#footnote-37), bajo el entendido de que la intención del legislador no fue otra que la de impedir, precisamente, que una vez suscrito el contrato adjudicado, pudieran cuestionarse los actos previos en forma independiente, con el fin de garantizar la eficacia de la actividad contractual y de preservar la estabilidad de las decisiones administrativas, brindando seguridad a sus actuaciones y a los contratos suscritos.

La Corte consideró que en la referida norma se estableció un término de caducidad corto y se fijó un límite a la separabilidad de los actos previos, marcado por la suscripción del contrato, pues a partir de la misma, los actos administrativos precontractuales *“se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato”,* lo cual, afirmó, constituye un límite que pretende dar agilidad al proceso licitatorio y estabilidad a las etapas que se surten en el mismo, finalidad que se dificulta si tales actos se someten a plazos de caducidad más largos y/o a la acción de nulidad carente de esta clase de término para demandar. De igual manera, para la Corte estas limitaciones contribuyen a la firmeza del contrato administrativo, pues una vez suscrito lo defienden de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual.

No obstante, considera la Corte que el contenido de la disposición en estudio no se traduce en la desprotección de los derechos de terceros interesados, quienes pueden demandar dentro del plazo de los 30 días a los que se refiere la norma, ni del interés general, pues este, una vez suscrito el contrato, puede defenderse mediante el ejercicio de la acción contractual para pedir su nulidad absoluta, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo o declarada de oficio.

En conclusión, en vigencia del cambio introducido por la Ley 446 de 1998 es viable cuestionar la legalidad de un acto separable del contrato estatal como el de adjudicación durante los 30 días siguientes a su notificación o comunicación, pero en el caso en el que en dicho lapso se suscriba el contrato pertinente, la presunta ilegalidad de esas decisiones debe ser alegada como sustento de la solicitud de declaración de nulidad del negocio jurídico resultante.

Adicionalmente, esto encuentra sustento, en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que previó como una de las causales de nulidad absoluta del contrato que “*se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente*”. La señalada posición ha sido sostenida por esta Sección en repetidas ocasiones, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

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

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

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

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

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

*Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante”*[[38]](#footnote-38)*.*

En el presente caso, como ya se vio, la parte actora tuvo conocimiento de la adjudicación de la Licitación Pública n.º 004 de 1999 el 8 de marzo de 2000, el Contrato n.º FLA-016-2000 se suscribió el 29 de marzo siguiente y la demanda se presentó el 10 de abril de 2000, esto es, cuando se presentó la demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del acto administrativo de adjudicación, ya se había firmado el negocio jurídico adjudicado, por lo cual resulta evidente que la acción incoada no era la adecuada, puesto que, a la luz de las anteriores consideraciones, si el proponente inconforme con la decisión pretendía cuestionar su validez y obtener el restablecimiento del derecho vulnerado, frente a la existencia del contrato debidamente perfeccionado resultaba imperioso el ejercicio de la acción contractual para alegar como causal de nulidad absoluta del negocio jurídico, la ilegalidad del acto previo, cuya nulidad también se debía pedir en la demanda.

En otros términos, pese a que la actora afirmó bajo juramento que no se le notificó el acto de adjudicación, sí se le comunicó y del escrito de la demanda se puede inferir que no le era ajena la posibilidad de la suscripción del contrato, no solo porque tuvo conocimiento del referido acto desde el 8 de marzo de 2000, sino porque solicitó la copia del negocio jurídico que habría podido suscribirse con ocasión de dicha adjudicación.

En efecto, dentro del acápite de solicitudes previas del libelo demandatorio se solicitó que con el auto admisorio de la demanda se requiriera a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia con el fin de que remitiera copia auténtica de todos los antecedentes y documentos relacionados con la Licitación Pública n.º 004 de 1999, “*incluyendo el contrato celebrado”*, solicitud reiterada en el capítulo de pruebas del mismo escrito[[39]](#footnote-39), sumado al hecho de que, con ocasión del auto inadmisorio proferido por el *a quo,* la parte actora aportó copia auténtica del contrato n.º FLA 016-2000, suscrito entre la entidad demandada y la Unión Temporal Dromayor Pereira S.A. y Héctor Villa Osorio[[40]](#footnote-40).

Es del caso precisar que, aún en el evento de que se tuviera por comunicada la adjudicación el 10 de abril de 2000, fecha en la que se hizo la presentación de la demanda, en el *sub judice* no está en discusión la oportunidad de la acción incoada sino la vía procesal adecuada, por cuanto era previsible que para esa fecha ya se hubiera suscrito el contrato, dado el momento en que la parte actora tuvo conocimiento del acto -8 de marzo de 2000- y sus propias afirmaciones de acuerdo con las cuales solicitó copia del negocio jurídico.

Bajo esa misma línea, es dable afirmar que no le era imprevisible al actor tener certeza de la suscripción del contrato, al ser una disposición legal la publicación del mismo en la gaceta oficial de la entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 parágrafo 3 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que se adelantó la licitación pública que originó la controversia[[41]](#footnote-41), en consonancia con el artículo 24 del Decreto 679 de 1994[[42]](#footnote-42).

De igual forma, observa la Sala que el inciso 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispuso:

*“(…) 9. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.*

*“El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan. (…)”.*

Por lo anterior, es claro que, todos los participantes de un proceso licitatorio tienen conocimiento de las fechas en que se surtirán cada una de las etapas que lo componen, inclusive la fecha establecida para la firma del contrato, por cuanto se encuentran anunciadas en el respectivo pliego de condiciones que, en este caso, no fue aportado al proceso.

Sobre el conocimiento de la fecha en la que deberá suscribirse el contrato, la Corte Constitucional indicó*[[43]](#footnote-43)* (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“La fecha de celebración del contrato ha de estar claramente establecida en los términos de referencia, que son de público conocimiento por mandato del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y cualquier prórroga introducida por el jefe o representante de la entidad contratante habrá de efectuarse mediante acto administrativo sujeto al principio de publicidad que ha de guiar la actividad administrativa por mandato constitucional (art. 209, C.P.).*

*“Ahora bien, considera la Corte que la disposición en comento impone una carga procesal mínima a los interesados en ejercer la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales, a saber, la de estar debida y oportunamente informados, por medio de los canales públicos establecidos en la ley, sobre la fecha en que según los pliegos de condiciones, términos de referencia o actos administrativos pertinentes habrá de suscribirse el contrato administrativo correspondiente. Se trata de una carga que no resulta manifiestamente desproporcionada ni irrazonable, y que -se reitera- es de fácil cumplimiento, por la naturaleza pública tanto de los pliegos de condiciones y términos de referencia como de los actos administrativos mediante los cuales se introduzcan modificaciones a la fecha de celebración del contrato inicialmente prevista (art. 24, Ley 80 de 1993).*

*“(…) No sobra reiterar que, en cualquier caso, los interesados que se sientan afectados por los actos precontractuales podrán acudir, para la defensa de sus derechos después de la celebración del contrato, a la vía procesal de la acción contractual (…)”.*

De acuerdo con lo expuesto, tal como lo manifestó el agente del Ministerio Público en su concepto, dado que para la fecha de presentación de la demanda ya se había suscrito el contrato objeto de la adjudicación cuya legalidad cuestiona la actora, la demanda debió presentarse en ejercicio de la acción contractual, toda vez que así lo dispuso la ley y al haberlo hecho a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incurrió en ineptitud sustantiva de la demanda.

Lo anterior, en consideración a que en el libelo introductorio no se elevó la pretensión de nulidad absoluta de ese negocio jurídico, al punto que dicho contrato no fue demandado de ninguna forma, determinación de inhibición a la que esta Sala ha llegado en otras ocasiones frente a casos similares[[44]](#footnote-44).

Por consiguiente, aunque en principio la competencia de esta Sala se encuentra limitada por los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, aunado a la imposibilidad de empeorar la situación del apelante único, dicha regla general admite algunas excepciones que, de configurarse, deberán ser decretadas por el juez de la instancia superior, aun cuando no hubieren sido objeto de pronunciamiento por parte del juez *a quo* o no hayan sido propuestas por las partes. Así lo ha señalado la Sala Plena de esta Sección, al disponer[[45]](#footnote-45) (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“En relación con la regla general mencionada, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general admite algunas excepciones autorizadas por la Constitución Política o por la ley, de las cuales, a título puramente ilustrativo, se encuentran aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa deberá decretarlos de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.*

*“En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso* ***la ineptitud sustantiva de la demanda,*** *casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo”.* (negrilla de la Sala)

Así las cosas, esta Sala revocará la sentencia de primera instancia para inhibirse de fallar por indebida escogencia de la acción, toda vez que la demanda en forma constituye presupuesto de una sentencia de mérito y, por tanto, impide realizar un pronunciamiento de fondo.

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

# FALLA

**REVOCAR** la sentencia del 13 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar:

**PRIMERO: INHIBIRSE** la Sala para resolver de fondo el asunto sometido a su conocimiento por ineptitud sustancial de la demanda.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, **REMITIR** la actuación al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

**MARIA ADRIANA MARÍN**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

1. Folios 43-69 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 71 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 72-74 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 77 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 78 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 89 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 91-117 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 118-122 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 123-143 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 144 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 144 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-11)
12. En el escrito de la demanda se solicitó su vinculación como tercero y mediante auto del 25 de febrero de 2002, el tribunal cumplió con dicho requerimiento. No obstante, se advierte que en el fallo de primera instancia se les dio el trato de llamados en garantía. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 184 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 148-170 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 204-211 y 241-248 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 259 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 615 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 616-620 y 621-658 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 688-696 del cuaderno principal. En la parte resolutiva de la decisión se consignó (f. 696, c. ppal.): *“****PRIMERO.-*** *Declárese no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y la falta de legitimación por pasiva del llamado en garantía* (sic)*. //* ***SEGUNDO.-*** *Niéguense las pretensiones de la demanda. //* ***TERCERO.-*** *De acuerdo con la conducta procesal de las partes y conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no se condena en costas(…)*”. [↑](#footnote-ref-19)
20. *“Art.34:* *Obligación de preparar y difundir estados financieros.**A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiera.*

    *El Gobierno Nacional podrá establecer casos en los cuales, en atención al volumen de los activos o de ingresos sea admisible la preparación y difusión de estados financieros de propósito general abreviados.*

    *“Las entidades gubernamentales que ejerzan inspección, vigilancia o control, podrán exigir la preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios. Estos estados serán idóneos para todos los efectos, salvo para la distribución de utilidades.*

    *“Art. 41: Publicidad de los estados financieros.*  *Dentro del mes siguiente a la fecha en la cual sean aprobados, se depositará copia de los estados financieros de propósito general, junto con sus notas y el dictamen correspondiente, si lo hubiere, en la Cámara de Comercio del domicilio social. Esta expedirá copia de tales documentos a quienes lo soliciten y paguen los costos correspondientes.*

    *Sin embargo, las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección, vigilancia o control podrán establecer casos en los cuales no se exija depósito o se requiera un medio de publicidad adicional. También podrán ordenar la publicidad de los estados financieros intermedios.*

    *“La Cámara de Comercio deberá conservar, por cualquier medio, los documentos mencionados en este artículo por el término de cinco años.*

    *Cuando los estados financieros se depositen en Ia Superintendencia de Sociedades, no tendrán que ser depositados en las cámaras de comercio. La Superintendencia de Sociedades asegurará los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a Ia información que no tenga carácter reservado. La Cámara de Comercio deberá conservar, por cualquier medio, los documentos mencionados en este artículo por el término de cinco años”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 698-701 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 708 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 710 del cuaderno del Consejo de Estado [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 712-713, 714-728 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 712-728 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 67 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-26)
27. *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”*. [↑](#footnote-ref-27)
28. Sobre el alcance de la competencia del juez en segunda instancia frente a un único recurso de apelación, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 05001-23-26-000-1994-02321-01 (20104), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-28)
29. La Sala valorará los documentos presentados en copia simple, según lo dispuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció que las copias simples serían valoradas *“(…)* en *los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas” .* [↑](#footnote-ref-29)
30. Resolución de adjudicación n.º 1811 del 23 de febrero de 2000, visible a folios 91-117 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 91 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 91-117 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 14, 51 y 73 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-33)
34. Copia auténtica del referido contrato, visible a folios 123-143 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-34)
35. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 estuvo vigente para las demandas presentadas a partir del 8 de julio de 1998, que empezó a regir la Ley 446, y hasta el 2 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A., el cual, de acuerdo con lo establecido en su artículo 308, no aplica a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de abril de 2012, expediente 21571, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En este mismo sentido ver: sentencia del 13 de junio de 2011, exp. 19336, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [↑](#footnote-ref-36)
37. Corte Constitucional, sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16540, C.P. (e) Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio del 2011, expediente 19936, CP. Ruth Stella Correa Palacio; Subsección B, sentencias del 28 de septiembre de 2015, exp. 32749, y del 5 de marzo de 2015, exp. 30695, ambas con ponencia de C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 64 y 65 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 89, 123-143 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-40)
41. ***ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.****Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. (…) PARÁGRAFO 3*. *Salvo lo previsto en el parágrafo anterior perfeccionado el contrato, se solicitará su publicación en el Diario Oficial o Gaceta Oficial correspondiente a la respectiva entidad territorial, o a falta de dicho medio, por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido. Cuando se utilice un medio de divulgación oficial, este requisito se entiende cumplido con el pago de los derechos correspondientes.* [↑](#footnote-ref-41)
42. *Artículo 24°.- De la publicación de los contratos. Deberán publicarse en la forma prevista en el parágrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos que deben tener formalidades plenas de acuerdo con el artículo 39 de la misma ley.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-43)
44. “*25. En el caso particular, la Sala advierte que ninguna de las pretensiones de la demanda se encaminó a obtener la declaración de nulidad del contrato de concesión n.º 198 de 1999, que se suscribió el 15 de diciembre de 1999, es decir, antes del vencimiento de los 30 días de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y ciertamente antes de la presentación de la demanda el 26 de enero del 2000, y que se deriva del acto administrativo de adjudicación en el que se habrían producido la totalidad de irregularidades que se alegan como fundamento jurídico del libelo (ver supra párr. 1).//26. Por lo tanto, la Sala encuentra justificada la decisión de primera instancia de declarar la ineptitud sustancial de la demanda por la falta de un requisito procedimental de cardinal importancia en la vocación de prosperidad de la acción ejercida, y por ende confirmará esa determinación*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 30695, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de mayo de 2015, exp. 36978, C.P. (e) Hernán Andrade Rincón, y Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 29924, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-45)