**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales**

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998 y hasta el 2 de julio de 2011, consagró la caducidad de las acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales – Corte Constitucional**

La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer. En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, ‘(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato’, a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo. De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo”.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales – Contenido – Alcance de las acciones para demandar**

En providencia más reciente, esta Subsección, después de hacer un recuento acerca de la línea jurisprudencial trazada en relación con las acciones que pueden impetrarse en contra de los actos previos a la celebración del contrato, se ocupó del contenido y alcance de las acciones procedentes para demandar la nulidad del acto de adjudicación y, en desarrollo de ese estudio, distinguió tres hipótesis espacio temporales.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales – Contenido – Alcance de las acciones – Hipótesis 1 – El contrato estatal no ha sido celebrado**

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

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales – Contenido – Alcance de las acciones – Hipótesis 2 – El contrato estatal no ha sido celebrado - No hay formulación de la demanda**

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo. Si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito. (…) En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de ´… ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato´.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales – Contenido – Alcance de las acciones – Hipótesis 3 – El contrato estatal ha sido celebrado – No hay formulación de la demanda**

La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos , pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal. “Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente ”

**REPRESENTACIÓN – Definición – Naturaleza**

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

**REPRESENTACIÓN – Representación voluntaria o convencional**

La representación puede ser legal, voluntaria o judicial, en el presente caso cobra especial importancia la representación voluntaria o convencional que es aquella que surge de la autonomía privada de las partes, esto es, de un negocio jurídico celebrado entre el representado y el representante, en el que el primero autoriza al segundo para actuar en su nombre y representación, facultándolo para el ejercicio de los derechos de uso, goce o disposición en su caso, sobre los bienes (corporales o incorporales), o derechos cuyo ejercicio versa el acto de la representación (como en la modalidad de mandato con representación, prevista en el artículo 1262 del C. de Co.), en este caso, los actos jurídicos pueden ser realizados por medio de representante, salvo que la ley disponga lo contrario, como ocurre para las persona naturales en materia testamentaria o en el ejercicio de derechos políticos.

**REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA – Código de Comercio**

Los artículos 832 y ss del Código de Comercio, definen la representación voluntaria como la que se confiere a una persona mediante acto de apoderamiento en el que faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos, que propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro de los límites de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste y además advierte que esta regla no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar .

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 08001-23-000-2001-00368-01(37473)**

**Actor: BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO Y OTRO**

**Demandado: EMPRESA DE LOTERIAS Y APUESTAS PERMANENTES DEL ATLÁNTICO - LOTANCO**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida el 1 de abril de 2009, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se decidió:

“1º.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 498 del 29 de noviembre del 2000, expedida por el Gerente de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, y del contrato de concesión No. A.P. 015 del 1º de diciembre del 2000, celebrado ente LOTANCO y la Unión Temporal ´Empresarios del Caribe´.

2º.- Denegar las demás pretensiones de la demanda”[[1]](#footnote-1).

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda.**

La demandante, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción contractual[[2]](#footnote-2) dirigida en contra de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – Lotanco - y la Unión Temporal Empresarios del Caribe, solicitó que, previa citación y audiencia de la parte demandada y del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“A. PRIMERA PETICION

Que en los términos de la parte final del inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. modificado por la Ley 446/98 se declare la nulidad de la Resolución 498 del 29 de noviembre de 2000, ´POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONTRATO DE CONCESION DE LAS APUESTAS PERMANENTES´, expedida por el señor Gerente de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico.

B. SEGUNDA PETICION

Que declarada la nulidad de la Resolución 498 del 29 de noviembre de 2000, se decrete la Nulidad Absoluta del Contrato al que la indicada Resolución dio origen, por estar dicho contrato basado en un acto ilegal violatorio de expresas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de la licitación. Es decir, se decrete la nulidad absoluta del contrato de concesión A.P. 015, celebrado entre la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes de Atlántico ´LOTANCO´ y la Unión Temporal ´Empresarios del Caribe´, con una duración de tres (3) años contados a partir del 1º de diciembre de 2000.

C. TERCERA PETICION

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, se condene a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico ´LOTANCO´ a pagar a mis mandantes en este proceso, la suma de veintiséis mil doscientos millones de pesos m/l ($26.200.000.000), o en su defecto la suma que se demuestre en el proceso como resarcimientos de los perjuicios al no adjudicárseles en la licitación que nos ocupa el contrato de concesión correspondiente, que como se demostrará debieron ser los únicos, legítimos y verdaderos favorecidos en la licitación. Perjuicio estimado por los ingresos mínimos que debían obtener los actores de haber sido favorecidos con la licitación y haberse ejecutado el contrato en la forma y fines previstos por la entidad concedente, y que dejaron de percibir por una falla en el servicio que los privó injusta, arbitraria e ilegalmente de la adjudicación del contrato, en virtud del abuso y desviación de poder de los funcionarios públicos que tuvieron a su cargo la licitación.

CUARTA PETICION.

Las sumas a las que se condene a pagar a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico ´LOTANCO´ como parte del restablecimiento de los derechos a los actores por los perjuicios que les fueron ocasionados, deberán ser indexadas de conformidad con el incremento del índice de precios al consumidor desde la fecha de la demanda, hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga, ordenándose además el pago de los intereses moratorios que se causen después de vencido el término que se estipule para el cumplimiento de la sentencia y hasta que se haga real y efectivo el pago total correspondiente”.

**1.1. Hechos.**

Como fundamento fáctico de sus pretensiones la parte actora relató los que la Sala se permite resumir a continuación:

Se dijo en el libelo que el 12 de octubre de 2000 la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO - abrió la licitación pública No. 001, con el fin de otorgar la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes a particulares en el departamento del Atlántico y el distrito de Barranquilla.

Expresó, también, que en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 24 numeral 5 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, la entidad demandada elaboró los pliegos de condiciones, los cuales fueron modificados sustancialmente en lo concerniente a los criterios o factores de evaluación, durante el transcurso del proceso licitatorio, mediante las Resoluciones 429 de 19 de octubre de 2000 y 456 del 1 de noviembre de la misma anualidad.

Agregó, que según los antecedentes de lo ocurrido en el proceso licitatorio la demandada no escogió la propuesta y el contratista más favorable, que la adjudicación no se ajustó a los imperativos de imparcialidad, objetividad y transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993, sino que, por el contrario, “*fue una licitación arbitraria, con innegables visos de haber sido arreglada y amañada a favor del licitante favorecido”*, pues los *“criterios de adjudicación y ponderación de la calificación fueron modificados en favor de uno de los licitantes y en detrimento de los intereses del otro licitante, a escasas horas del cierre de la licitación*”.

**1.2. Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante afirmó que se vulneraron el artículo 70 de la Ley 617 de 2000, los artículos 7 (parágrafo 1º del numeral 2º), 8, 24, 25 (numeral 3º.), 26, 29 y 44 de la Ley 80 de 1993, artículos 4, 13 y 29 de la Constitución Política, los numerales 8.4.3., 8.4.4., 8.1.6., 8.1.7., 8.1.9.[[3]](#footnote-3), los numerales 2, 8.4.3., 4, 9, el inciso 4º del numeral 17, el inciso 3 del numeral 19, el numeral 20.1 literales a y b, los numerales 8, 8.1.3., 8.1.4., 8.1.5, 8.1.8., 8.2.4., 8.2.6., 8.3.1., 8.4.1., 8.4.2., 8.4.3., los puntos 20 y 21[[4]](#footnote-4) y el ordinal I “*Evaluación Jurídica*” del pliego de condiciones y sus adendas; los artículos 832, 836, 837, 838 y 340 del Código de Comercio.

Como concepto de violación señaló que existe una infracción directa de las normas citadas, por cuanto el gobernador del Atlántico “*convino un arreglo*” con un grupo de cinco concesionarios que conformaron una unión temporal que denominaron “*Empresarios del Caribe*”, para lo cual ordenó elaborar una licitación en cuyo pliego de condiciones se estipularon condiciones y requisitos que sólo el grupo con el que había negociado pudo cumplir, dejando a los demás empresarios locales y foráneos en imposibilidad de licitar, a pesar de lo cual la ahora demandante también presentó propuesta.

Agregó que la empresa demandada aprovechó las modificaciones que introdujo al pliego inicial de condiciones para acomodar los puntajes de los Items que sabía, favorecían ampliamente al adjudicatario.

También dijo no compartir el análisis financiero realizado por la ahora demandada “*pues calculándose los índices en forma incompleta como se hizo, se llega al absurdo, que integrantes de la dos uniones temporales que son los que poseen el mayor patrimonio y han celebrado los contratos de mayor cuantía, terminan siendo los peores calificados*”, considera que lo importante era valorar el respaldo económico con que contaban los integrantes de la unión temporal o el consorcio al momento de proceso licitatorio, y que debían ser evaluados en forma conjunta los activos y el patrimonio, pues de lo contrario el resultado sería equivocado.

Otro motivo de inconformidad lo hizo consistir en que el adjudicatario no llenó los requisitos legales exigidos por la ley y la licitación, para lo cual expuso que una persona natural que actuó por medio de representante legal no allegó el poder que lo acreditaba como tal; que la sociedad Malihu Ltda., que hace parte de la unión temporal Empresarios del Caribe, no se encontraba facultada para integrar dicha unión temporal; que la Sociedad el Olimpo S.A., igualmente integrante del consorcio adjudicatario, presentó la autorización otorgada por la Asamblea General en copia simple, y que el representante legal de dicha sociedad tenía autorización para contratar hasta por 100 salarios mínimos legales mensuales.

Adicionalmente, adujo que la unión temporal Empresarios del Caribe no fue constituida como tal sino que simplemente se hizo un compromiso para hacerlo y que, por lo tanto, el gerente convencional nombrado carecía de legitimidad para actuar válidamente en nombre y representación de una unión temporal inexistente.

También consideró que fue ilegal la supresión de la presentación del paz y salvo de la DIAN, pues el requisito que había sido exigido al inicio del proceso licitatorio fue modificado mediante adenda en la que se exigía estar al día con las obligaciones tributarias al momento de contratar y no para el momento de participar en la licitación.

Advierte que el señor Hugo Manuel Ribero Pérez, socio principal de inversiones Malihu, sociedad integrante de la unión temporal Empresarios del Caribe, se encontraba inhabilitado para celebrar contratos con Lotanco por ser socio de Acerta Ltda., sociedad que había sido demandada por Lotanco. En la misma situación se encontraba –aseguró- el señor Nelson de Jesús Betancur Sánchez, quien también era socio de Acerta Ltda. y de El Olimpo S.A.

Agregó que una de las exigencias del pliego de condiciones era la presentación de la inscripción en el registro mercantil de las personas naturales, requisito que no fue cumplido por la señora Enilce López Romero, integrante de la unión temporal adjudicataria – Empresarios del Caribe -.

En relación con la información contable presentada advirtió que las firmas de los contadores no se encontraban autenticadas, que algunos documentos presentados se encontraban en copia simple, por lo que, según su criterio, carecían de valor probatorio en la licitación.

Finalmente advirtió que fueron muchas las falencias que presentaban los documentos que integraban la propuesta hecha por el adjudicatario - Empresarios del Caribe - y, que era evidente que la oferta más favorable era la de la parte demandante, que al no habérsele adjudicado el contrato se le produjo grandes y graves perjuicios económicos[[5]](#footnote-5).

**2. El trámite de la primera instancia.**

La demanda, fue admitida por auto del 12 de septiembre de 2001[[6]](#footnote-6) notificada al Ministerio Público el 17 de enero de 2002[[7]](#footnote-7) y a la empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – de ahora en adelante LOTANCO -, el 21 de febrero de 2002[[8]](#footnote-8).

Mediante providencia del 1 de abril de 2003 el a quo admitió la corrección y adición de la demanda[[9]](#footnote-9), providencia que fue notificada mediante edicto emplazatorio a los integrantes de la unión temporal Empresarios del Caribe[[10]](#footnote-10); transcurrido el término legal sin que se hicieran presentes para la notificación se les nombró curador ad litem para que los representara[[11]](#footnote-11), curador que tomó posesión el 7 de mayo de 2007[[12]](#footnote-12).

**3. La contestación de la demanda.**

**- Sociedad LOTANCO**

Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma y solicitó que se condene a la parte demandante a pagar las costas del proceso. Agregó que no obra en el plenario prueba de la que se pueda deducir que con la modificación de los pliegos de condiciones se trató de favorecer a la sociedad adjudicataria, además, que la ley faculta a la administración para elaborar y confeccionar los pliegos de condiciones dentro de las reglas contenidas en el estatuto contractual con el fin de asegurar la selección de los mejores contratistas, lo anterior para concluir que la administración actuó dentro de las facultades que la ley le otorga.

En relación con los demás motivos de inconformidad aduce que fueron los mismos que se resolvieron en la resolución de adjudicación No. 498, documento en el que se “*examinó (sic) hasta la saciedad las objeciones formuladas por el demandante respecto de los nexos entre las personas naturales y las jurídicas involucradas en la UT Empresarios del Caribe, que tenían las suficientes referencias bancarias exigidas por el pliego, contaban con las autorizaciones suficientes de los órganos de dirección de las sociedades y que no había obscuridad en la propuesta objetada en cuanto al ámbito o cobertura geográfica de la misma, para en fin, rechazar por infundadas todas esas objeciones formuladas*”[[13]](#footnote-13).

**- Empresarios del Caribe.**

Esta empresa solo se ocupó de manifestar que se atenía a lo probado dentro del proceso[[14]](#footnote-14).

**4. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia proferida el 1 de abril de 2009 resolvió declarar la nulidad de la Resolución 498 de 29 de noviembre del 2000, así como del contrato No. AP 015 de 1 de diciembre de 2000 y denegó las demás pretensiones de la demanda. Como sustento de su decisión el *a quo* expuso, en suma, los razonamientos que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

En lo que se refiere a la imposibilidad absoluta para acceder al contrato por parte de los demandantes, dijo el Tribunal que del material probatorio que reposa en el expediente se deduce que en el curso de la licitación pública No. 01/2000, adelantada por LOTANCO, se llevó a cabo la audiencia de aclaración de que trata el artículo 30.4 de la Ley 80 y en el acta correspondiente se dejó constancia de las observaciones que se hicieron los interesados respecto de los ítems 8.1.7, 8.1.9, 8.1.11. y el punto 25 del pliego de condiciones. Agregó el a quo, que mediante adenda No. 1 del 8 de noviembre de 2000, la entidad pública demandada aclaró y modificó el pliego de condiciones solo en aquello que fue objeto de censura y, luego, con fundamento en el inciso final del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dio contestación a la solicitud de aclaración adicional que radicó el representante de la Unión Temporal Empresarios del Caribe mediante la Adenda No. 2.

Todo lo anterior, resaltó el Tribunal, para concluir que no encontraba que las modificaciones realizadas mediante las adendas antes enunciadas hubieran infringido el principio de igualdad, pues con la flexibilización de las reglas contenidas en los ítems 8.1.7 y 8.19 lo que se hizo fue brindar a la totalidad de los oferentes la oportunidad de satisfacer dichas exigencias en pro de garantizar el principio de la libre concurrencia, sin que con ello se desmejorara el perfil de quien finalmente resultara favorecido con la concesión.

En relación con la prórroga del plazo de la licitación en dos ocasiones, explicó que éstas se ciñeron a los requerimientos consignados en los numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues no excedieron el tope fijado por la ley y, además, se ejercitó esa potestad antes del cierre de la licitación. Agregó que la primera de las prórrogas se hizo en atención a la solicitud conjunta realizada por los propios oferentes.

En lo que tiene que ver con el ataque al contenido de los numerales 8.1.7, 8.1.9 y 8.1.11 del pliego de condiciones consideró que por ser actos precontractuales, la acción idónea sería la de simple nulidad, que se habría podido ejercitar dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación y no la contractual como la que se utilizó en el presente asunto, por lo que consideró que no podía entrar a estudiar la validez de dichos apartes del pliego de condiciones.

En lo que concierne al detrimento del principio de igualdad, mediante la modificación de los puntajes en los Items, buscando el favorecimiento de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, advirtió el Tribunal que, aunque en un principio la administración había ponderado el factor evaluación jurídica en los pliegos de condiciones con un puntaje único de 5 puntos y que mediante la adenda No. 1 sustrajo esa puntuación del ítem jurídico y se lo adicionó al factor técnico, no se vislumbraba ninguna clase de favorecimiento, pues dicho cambio se debió a las observaciones hechas por los interesados en la audiencia de aclaraciones.

Agregó, que el hecho de haber eliminado los 5 puntos del ítem jurídico no resultaba arbitrario, ni comportaba una desviación de poder, porque la mera satisfacción de los requisitos habilitantes para la celebración del contrato de concesión constituía un aspecto formal o adjetivo, no esencial para la comparación objetiva de las propuesta, que no permite medir sustancialmente el mérito de un ofrecimiento frente a las necesidades concretas de la administración, en contraposición con el rango, mayor número de agencias, que sí comporta un valor agregado al objeto del contrato de concesión y, además, le permite a la administración tasar el mérito de la propuesta.

El a quo se abstuvo de estudiar la censura que la parte actora hiciera en relación a considerar exorbitante el requisito consistente en la preexistencia de más de 100 establecimientos de comercio al momento de extender la oferta y de inequitativa la puntuación fijada en el ítem técnico, porque lo que se cuestiona es la validez de las exigencias previstas en el pliego de condiciones, para lo que habría sido procedente la acción de simple nulidad y no la de controversias contractuales.

En lo que hace con el argumento de la demanda, según el cual la administración habría realizado indebidamente el análisis del factor financiero, el Tribunal de primera instancia indicó que la administración determinó expresamente que se tendrían en cuenta la totalidad de los activos y pasivos para efectos de calcular los distintos componentes del ítem financiero, por lo que considera que no se pueden desechar los datos económicos correspondientes al año 1998 solicitados en el pliego y practicar la evaluación partiendo, únicamente, de las cifras correspondientes al año 1999, pues si se hubiera realizado de esa manera se habrían apartado del pliego de condiciones.

Agregó que no era posible aplicar la opción prevista en el numeral 8.4.3. del pliego a los componentes del ítem financiero denominados índices de endeudamiento y liquidez, dado que en él no se contempló esa posibilidad. Concluyó este punto, diciendo que la calificación del ítem financiero se obtuvo en cumplimiento a lo previsto en el pliego de condiciones.

En cuanto a que la propuesta presentada por Empresarios del Caribe no reunía los requisitos exigidos en el pliego, advirtió que la entidad pública no podía exonerar a la señora Enilce López de anexar a la respectiva oferta el poder o la autorización a quien la fuera a representar. Agregó que tampoco compartía la manifestación de la administración según la cual era suficiente con el contrato de preposición presentado puesto que tal contrato no había sido inscrito en el registro mercantil, tal como lo dispone el artículo 1333 del Código de Comercio.

Adicionalmente advirtió que la ausencia del documento contentivo del poder especial que habría facultado al señor Jorge Chaljub para actuar en nombre de la señora Enilce López Romero, pone en tela de juicio la legitimidad de la representación, lo que repercutía en la capacidad de esa integrante de la unión temporal y, por contera, afectaba el acuerdo de constitución de la unión temporal adjudicataria, todo lo anterior para concluir que lo procedente habría sido descalificar la propuesta presentada por Empresarios del Caribe y, como fuera que la administración le adjudicó el contrato a dicha unión temporal que era un proponente no hábil esa decisión estaba viciada de nulidad, lo que también invalidaba el contrato de concesión No. A.P 015 del 1 de diciembre de 2000.

Finalmente puso de presente que no habría lugar, en este caso, a restablecimiento del derecho, porque el inciso primero del numeral 21 del pliego de condiciones dispuso que “*solamente clasificarán los proponentes que obtengan un puntaje igual o superior al 70% del puntaje general establecido*” y la propuesta presentada por la sociedad demandante obtuvo 66.666 puntos de los 100 posibles, lo que significa que no satisfizo la condición prevista en el pliego de condiciones y, ni siquiera como proponente único habría alcanzado el puntaje mínimo clasificatorio para merecer la adjudicación del contrato.

Agregó que, aunque como consecuencia de la nulidad del contrato de concesión y del acto de adjudicación, se habría de entender que la sociedad demandante es el único proponente hábil, esta sola circunstancia no habilitaba para que se aplique el ítem III del numeral 21 del pliego, que disponía que a la evaluación económica se calificaría “*dándole el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica*”, pues esa puntuación estaba contemplada para el evento de pluralidad de proponentes hábiles en la que uno de ellos demostrara, dentro de una legal competencia, tener mejor propuesta que los demás, supuesto fáctico que no se cumple en el presente asunto, dado que solamente concurrió un proponente hábil y no sería viable calificar al único oferente como el mejor[[15]](#footnote-15).

**5. Los recursos de apelación.**

**5.1. La apelación de LOTANCO**

La empresa pública demandada solicita la revocatoria de la sentencia impugnada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

En primer orden consideró que la acción que debió ejercitarse era la de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho y no la contractual, afirmación que sustentó como sigue:

“La Jurisprudencia ha distinguido entre actos precontractuales y actos contractuales. Aún cuando se han presentado cambios jurisprudenciales en el Honorable Consejo de Estado, la Honorable Corte Constitucional fijó la unificación jurisprudencial, por lo tanto debe concluir indefectiblemente que solicitamos se deniegue la pretensión que terminó concediendo el Honorable Tribunal Administrativo ´primera´, en virtud de que no es una causal de las acciones contractuales sino que es causal de acción de simple nulidad o nulidad y restablecimiento, que por el contrario debe confluir en que podía proponerse como un hecho o fundamento de la acción contractual, pero nunca una pretensión principal en sí misma, por lo cual debió rechazarse”.

Luego de transcribir algunas citas jurisprudenciales, concluyó que “*no hay lugar al estudio de la pretensión de nulidad absoluta de resolución de adjudicación, que debió ser propuesta como hecho o como fundamento de la acción contractual*”[[16]](#footnote-16).

Expuso, además, como otro motivo de inconformidad de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, que el contrato de preposición suscrito entre Enilce López y Jorge Chaljub es completamente válido, pues por ser un contrato privado no requería ritualidades especiales para su conformación. También adujo que no era viable exigir la presentación personal de las propuestas a cada uno de los proponentes que conformaban la unión temporal, pues en ese evento sería el representante legal de la misma quien debía realizarla.

**5.2. La apelación de la demandante**

Por su parte la sociedad demandante solicita la modificación de la sentencia en relación con los temas que le fueron desfavorables, para lo cual pide confirmar el numeral primero y revocar el numeral segundo y el tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, como sustento de lo cual manifestó (se transcribe tal como se encuentra en el documento original):

*“Nada más alejado de la realidad jurídica, y de la mediana lógica, que aquello de considerar que, frente a la calificación o ponderación de un ítem, que va decreciendo en puntaje, SEGÚN LA MAYOR O MENOR OFERTA ECONOMICA, no corresponda la máxima calificación de dicho ítem económico a la oferta del único licitante hábil, cuando dicha oferta económica está acorde con el valor económico mínimo que la entidad concedente aspiraba a obtener en la licitación. Esta ponderación hace relación específica, a un solo ítem, al de mejor propuesta económica.*

*Según la sorprendente teoría del Tribunal del Atlántico, por decir lo menos, ¿cuál sería la calificación en el ítem económico que le correspondería a quien resultare único licitante hábil dentro de una pluralidad de oferentes? ¿Ninguna calificación? ¡Eso si que resulta absurdo considerarlo!, veamos lo que realmente sucede en las licitaciones cuyos factores son ponderados en la forma establecida en el pliego de condiciones que nos ocupa.*

*…en materia de evaluación de la propuesta económica, la disposición aplicable es el ordinal III del numeral 21 del pliego de condiciones, en concordancia con los numerales 11 y 12 ibídem. Siendo el anterior el único sistema de evaluación previsto en el pliego de condiciones y sus adendas para dicho ítem económico.*

*Toda licitación pública nacional considera y debe considerar la pluralidad en la participación de oferentes, y para ello se establecen, como se indicó anteriormente, unos rangos de calificación de mayor a menor que deberá obtenerse dentro de una sana y legal competencia, permitiendo así la calificación en este ítem, de primero, segundo, tercer puesto, etc, con su correspondiente calificación, según el número de oferentes , según el mayor o menor puntaje obtenido en consideración al valor de la oferta económica. Pero ¡qué pasa cuando dentro de una múltiple participación, todos los oferentes se acogen a la oferta económica estipulada en el pliego como la mínima que espera recibir la concedente, y que en todo caso le permite la participación como licitantes hábiles? Como muchas veces ha ocurrido.*

*La respuesta es obvia, si la entidad no previó para casos como el planteado en el inciso anterior un puntaje especial para quien o quienes se acogieran a la mínima oferta que lo habilita para participar, la calificación o puntaje máximo de 35% se entiende asignado en principio a quien o quienes propongan como mínimo el valor esperado por la concedente y estipulado en el pliego para poder ser tenida en cuenta su oferta, esa es la base, en cuyo caso la calificación para todos ellos será la misma, la máxima (35%), entendiéndose en ese caso, que en este ítem, no se marcó ninguna diferencia entre ellos. Considerar otra cosa sería afirmar ni más ni menos, el absurdo de que no tendría ninguna calificación, por lo tanto, todos estarían por fuera como licitantes no hábiles, ya que de 100 puntos, quedarían con 35 menos, es decir, quedarían con 65 puntos, lo que implicaría que quedaban sin empezar la evaluación de los otros ítems, por debajo del 70%, mínimo indicado como el requerido para ser tenido en cuenta, sin posibilidad de que con los otros ítems, ajustaran el 70%, ya que a cada uno le fue asignado un puntaje para que la suma de todos diera 100, y obviamente, cada uno de ellos es inmodificable al momento de calificarse.*

*Ahora bien, si por el contrario, y partiendo de la oferta mínima posible, se presenta diversidad de valores en las ofertas, entre iguales y superiores a ese mínimo, se irá desplazando la máxima calificación (35%) desde el punto de la mínima oferta esperada, hacia quien vaya obteniendo el valor de oferta más alta, asignándose en los intermedios las rebajas porcentuales previstas para las demás, según el renglón de cercanía que ocupe cada una, respecto de la oferta con mayor valor...*

*Por lo anteriormente expuesto, no tiene fundamento legal alguno la consideración del Tribunal, en el sentido que no le corresponde a Empresarios Unidos de Colombia la aplicación del ítem III del numeral 21 del pliego, consistente en que la evaluación económica se calificará ´dándole el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica…´, al considerar que: ´es inequívoco que esa puntuación fue prevista para una pluralidad de proponentes hábiles en el que uno de ellos demostrara, dentro de una legal competencia, tener mejor propuesta que lo demás; supuesto fáctico que no se presenta en el caso que nos ocupa dado que, finalmente, sólo concurrió un proponente hábil. De modo que resultaría absurdo calificar al único oferente como el mejor´.*

*Y no tiene fundamento, ya que es de tal magnitud su desacierto en ese sentido, que según la anterior afirmación, para el Tribunal, resulta que la calificación del ítem económico estaría ligado a la existencia de proponentes hábiles que permitieran calificar a uno como ´EL MEJOR ENTRE TODOS LOS DEMAS´, lo que implicaría, que no existiendo sino uno hábil, no podía continuar la licitación y hasta ahí llegaba ésta, porque a pesar de obtener uno de ellos el 35% como único licitante hábil, al no existir otra u otras propuestas económicas que permitan una comparación entre ellas, según el Tribunal, ´uno solo no puede ser calificado como el mejor´. En consecuencia, bajo la óptica de esa consideración, ese único licitante hábil no tiene derecho a la adjudicación del contrato, lo que es abiertamente opuesto a lo establecido al respecto en el estatuto de contratación pública, que permite la adjudicación así se presente un solo licitante en una convocatoria abierta y plural, siempre que cumpla con los requisitos exigidos y sea en consecuencia licitante hábil.*

*… De lo anterior queda claro, que descalificado como proponente inhábil la Unión Temporal Empresarios del Caribe, y en aplicación del ordinal III del numeral 21 del Pliego de Condiciones de la licitación, en concordancia con los numerales 11 y 12 ibídem, y habiendo llenado todos los requisitos de la licitación, a mis poderdantes les corresponde en el factor económico como único licitante hábil, una ponderación o calificación del 35%, quedando su calificación total en 73.666%, siendo los únicos y reales ganadores de la licitación, y al no otorgárseles el contrato de concesión de Apuestas Permanentes, le fue arbitrariamente desconocido ese derecho, causándoles graves perjuicios económicos, en relación con los cuales la entidad concedente demandada a La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico ´LOTANCO´, resarza los perjuicios que les causó, y pague a favor de mis poderdantes las sumas de dinero que ordene el Honorable Consejo de Estado, conforme a lo solicitado en la demanda”[[17]](#footnote-17).*

Igualmente solicitó que se condene en costas a la parte vencida, porque, según su criterio, no puede desconocerse la excelente labor procesal realizada por el apoderado de la parte demandante.

Finalmente pidió que se realizara pronunciamiento expreso en relación con la responsabilidad conexa que corresponda a los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso licitatorio, en la evaluación de las propuestas, en su adjudicación y asesoramiento, lo anterior en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 78 del Código Contencioso Administrativo, 50 y ss de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Constitución Nacional.

En relación con este tema insistió en que las modificaciones realizadas al pliego de condiciones se hicieron con el fin de favorecer a uno de los licitantes en detrimento de quien por llenar todos los requisitos se había sometido a las condiciones iniciales del pliego[[18]](#footnote-18).

**6. El trámite de la segunda instancia.**

Los recursos así presentados, fueron admitidos por auto del 1 de octubre de 2009[[19]](#footnote-19) y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 21 de septiembre de 2007[[20]](#footnote-20) se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal del que hizo uso la parte demandante para insistir en los argumentos expuestos en el recurso de apelación[[21]](#footnote-21).

Por su parte la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto:

**II.- CONSIDERACIONES**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: 1) competencia del Consejo de Estado; 2) análisis de la apelación de LOTANCO, demandada en el proceso; 2.1.) la acción instaurada y su ejercicio oportuno; 2.2.**)** el análisis de la nulidad de la Resolución No. 498 de 2000, mediante la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Empresarios del Caribe; 3**)** análisis de la apelación de la parte demandante; 3.1) el restablecimiento del derecho; 3.2) condena en costas y3.3)responsabilidad de los funcionarios.

**1. Competencia del Consejo de Estado.**

La Sala tiene competencia para conocer en segunda instancia del presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984[[22]](#footnote-22) -, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia[[23]](#footnote-23).

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 1 de abril de 2009, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en “veinticinco mil millones de pesos m/l *($25.000’.000.000)”* por concepto de daños materiales en la modalidad de lucro cesante, mientras que el monto exigido al momento de su presentación[[24]](#footnote-24) para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviese vocación de doble instancia era de veintiséis millones trescientos noventa mil pesos ($26.390.000)[[25]](#footnote-25).

**2. Análisis de la apelación de LOTANCO, parte demandada en el proceso.**

**2.1. La acción instaurada y su ejercicio oportuno.**

Resulta necesario dejar sentado que uno de los motivos de inconformidad de Lotanco frente a la sentencia de primera instancia, corresponde a la improcedencia de la acción ejercitada por la parte demandante, en la que solicitó la nulidad del acto de adjudicación y, por consiguiente, del contrato suscrito como consecuencia de la misma, por lo que se procederá a realizar un recuento jurisprudencial sobre el tema, para, luego, con las pruebas obrantes en el proceso concluir si se encuentra bien formulada la demanda.

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998[[26]](#footnote-26) y hasta el 2 de julio de 2011[[27]](#footnote-27), consagró la caducidad de las acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así:

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

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

La Corte Constitucional, mediante sentencia C–1048 de 2001 declaró la exequibilidad de la disposición legal mencionada y se pronunció acerca de la caducidad de las acciones contra los actos previos a la celebración del contrato estatal en los siguientes términos:

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

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

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

El Consejo de Estado, a través de la Sección Tercera, mediante providencia del 13 de diciembre de 2001, al referirse a la caducidad de la acción para demandar la nulidad del acto administrativo por medio del cual se adjudicó un contrato, señaló:

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

*(…) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado"*  (Destaca la Sala)[[28]](#footnote-28).

En providencia más reciente, esta Subsección, después de hacer un recuento acerca de la línea jurisprudencial trazada en relación con las acciones que pueden impetrarse en contra de los actos previos a la celebración del contrato, se ocupó del contenido y alcance de las acciones procedentes para demandar la nulidad del acto de adjudicación y, en desarrollo de ese estudio, distinguió tres hipótesis espacio temporales, las cuales, dada su claridad y pertinencia en relación con el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, se transcriben a continuación:

*“****2.2. Hipótesis espacio temporales de la acción procedente contra los actos previos.***

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

*“Naturalmente resultaría absurdo y carente de toda lógica suponer que el legislador hubiere consagrado, sin más, dos (2) términos de caducidad completamente distintos para un mismo y único propósito, de tal manera que el interesado pudiere utilizarlos indistintamente a su conveniencia, a tal punto que si por razón de su desidia, de su negligencia o de su descuido no hubiere demandado el acto administrativo previo dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según fuere el caso, ello no tendría consecuencia práctica alguna puesto que igual contaría entonces con una nueva y amplísima oportunidad de dos (2) años –nuevo plazo que superaría en duración al primero en más del 1.700%[[29]](#footnote-29) –, para igual promover la demanda contra el mismo acto previo sólo que ahora debería complementar sus pretensiones con las de declaratoria de nulidad del contrato estatal ya celebrado, pretensión que no sería más que una consecuencia de la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo previo que le sirvió de fundamento al contrato en cuestión[[30]](#footnote-30).*

*“Tampoco podría admitirse sin cuestionamiento lógico al respecto, que al consagrar los dos (2) aludidos términos de caducidad, el legislador hubiere querido dejar en manos de la entidad estatal contratante y de su respectivo contratista u oferente adjudicatario, la posibilidad de privar al proponente ilegalmente vencido de toda opción válida y efectiva para acudir ante la jurisdicción competente en procura de obtener el restablecimiento de los derechos que le hubieren sido conculcados con la expedición del ilegal acto administrativo previo de adjudicación, por el hecho único de que las partes del contrato estatal procedan a celebrarlo en el mismo día de la adjudicación o en un término inmediatamente siguiente a ese momento, cuestión que trae como efecto la extinción de la opción de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que únicamente abre la posibilidad de acudir al ejercicio de la correspondiente acción contractual o, igualmente, que a voluntad de las partes del contrato se reduzca sensiblemente el brevísimo término de caducidad de 30 días según que el perfeccionamiento del vínculo tuviere lugar, por ejemplo, a tan sólo 1, 3 o 5 días después de la adjudicación.*

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

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

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

*“Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito[[31]](#footnote-31).*

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

*- La* ***tercera hipótesis*** *corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario* ***proceden a******celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes*** *a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso****, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción******de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos****[[32]](#footnote-32), pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato,* ***con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación****, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.*

*“Ahora bien,* ***si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente****[[33]](#footnote-33)”[[34]](#footnote-34).* (Destaca la Sala).

Ahora bien, la Sala, con base en las pruebas que obran en el proceso, procederá a determinar en cuál de las hipótesis enunciadas en la jurisprudencia que viene de citarse se ubica el presente asunto y, en consecuencia, a determinar si la acción ejercitada en este caso fue la correcta y, además, si se impetró de manera oportuna para reclamar tanto la nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la nulidad del contrato y la consecuente reparación de perjuicios.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993[[35]](#footnote-35), vigente para la época en que se adelantó la licitación pública No. 001 de 2000, la adjudicación del contrato debía realizarse mediante resolución motivada, la cual debía notificarse personalmente al proponente favorecido en los términos establecidos para los actos administrativos y, en caso de no haberse realizado en audiencia pública, **se debía comunicar a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes**.

En el presente caso se tiene que la determinación de adjudicar el contrato a la sociedad Unión Temporal Empresarios del Caribe, se adoptó a través de la Resolución No. 00498 del 29 de noviembre de 2000[[36]](#footnote-36). A pesar de lo anterior no reposa en el expediente prueba alguna que permita determinar la fecha en que fue notificado personalmente este acto administrativo a la adjudicataria, ni tampoco la comunicación del mismo a la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, ahora demandante.

Visto lo anterior, resulta necesario advertir que si bien no obra constancia de las notificaciones de la resolución de adjudicación, se tiene que, junto con la demanda la parte actora aportó copia del acto de adjudicación – Resolución No. 498 de 29 de noviembre de 2000 – con sello de autenticación de la Notaría Tercera del círculo de Barranquilla, en donde aparece como fecha de la diligencia el 1 de diciembre de 2000, lo que permite inferir que para esa época ya conocía el contenido de la resolución enunciada y que, por lo mismo, se habría surtido su notificación por conducta concluyente, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la expedición.

Teniendo claro que el acto de adjudicación al proponente vencido le fue notificado, por conducta concluyente el 1 de diciembre de 2000, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción – 30 días[[37]](#footnote-37) - deberá iniciar a contabilizarse desde el día hábil siguiente a la comunicación del acto de adjudicación, es decir, desde el 4 de diciembre del año 2000[[38]](#footnote-38), la parte demandante tenía hasta el 18 de enero de 2001 para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, a pesar de ello fue radicada el 19 de enero de 2001.

Se logró también establecer que antes de que se cumpliera el término de los 30 días para incoar la acción de nulidad y restablecimiento en contra del acto administrativo de adjudicación – lo que sucedió el 18 de enero de 2001 - y a la fecha de presentación de la demanda – 19 de enero de 2001 – entre La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico y la Unión Temporal Empresarios del Caribe, ya se había celebrado el contrato adjudicado mediante la Resolución 498 de 29 de noviembre de 2000, circunstancia que resulta evidente de la copia del contrato aportado junto con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas y de conformidad con los lineamientos de la jurisprudencia vigente, resultaría necesario concluir que la acción que debía ejercer la parte demandante no era la de nulidad y restablecimiento del derecho, sino la contractual, pues para el momento en que presentó la demanda – 19 de enero de 2001 - ya conocía la existencia del contrato, tanto así que copia del mismo fue aportada al momento de su presentación.

Tal como se dejó consignado con antelación el contrato fue celebrado antes de que expirara el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, por lo que la ley le otorga la oportunidad al interesado para que presente la acción contractual, tal como lo hizo la parte demandante en este proceso; si bien el 19 de enero de 2001 fue radicada una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante mediante documento presentado el 28 de agosto de 2002, antes de que se cumplieran los dos años para ejercer la acción contractual -4 de diciembre de 2002-, corrigió y adicionó la demanda para dejar claro que la acción que ejercería era la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo anteriormente expuesto se concluye que la parte demandante al hacer uso de la acción contractual actuó de manera correcta y, además, que lo hizo dentro del término de caducidad establecido, para pedir la nulidad del acto de adjudicación y del contrato, pero no para solicitar la reparación de los perjuicios que, según dijo, le fueron ocasionados, pues el libelo fue impetrado cuando ya se había celebrado el contrato estatal y un día después de haber vencido el término de los 30 días que preceptúa el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, y tal como se viene de explicar en los casos en que se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los 30 días enunciados, las únicas pretensiones que pueden abrirse paso serán las encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente nulidad absoluta del contrato, pero el Juez de lo Contencioso Administrativo no podrá considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente.

**2.2. El análisis de la nulidad de la Resolución No. 498 de 2000 mediante la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Empresarios del Caribe.**

El segundo motivo de inconformidad de la empresa demandada gira en torno a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 498 de 2000, declaratoria que el Tribunal sustentó en el hecho del incumplimiento de la exigencia contenida en los numerales 8.1.4., 8.1.5., 8.4.3. y 17 del pliego de condiciones, consistente en el deber de aportar el poder o la autorización cuando la oferta no fuere radicada directamente por el oferente, situación que se consolidó con una de las integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, adjudicataria de la licitación pública No. 001 de 2000.

Insiste la apelante en que dicho motivo de inconformidad fue suficientemente abordado y decidido en los considerandos de la resolución de adjudicación, documento en el que se dejó claro que entre la señora Enilce López y el señor Jorge Chaljub existía un contrato de preposición, el que, según su criterio, habilitaba a este último para comprometer a su mandante. Aseguró que no era necesario que cada uno de los integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe realizara la presentación personal de la propuesta, en atención a que la unión temporal se encontraba constituida y por lo mismo era suficiente que el representante legal presentara los documentos de la oferta.

La Sala observa que el pliego de condiciones[[39]](#footnote-39) en el numeral 8.1. fijó una serie de requisitos generales que debían ser cumplidos por cada uno de los proponentes. En efecto, en el numeral 8.1.4. dispuso que todos los proponentes debían “*cumplir con las condiciones estipuladas en este documento*”; luego, en el numeral 8.1.5. dejó consignado que las propuestas debían ser presentadas “*directamente o por intermedio de mandatario o persona legalmente autorizada para el efecto de acuerdo con la ley Colombiana*”.

Más adelante, en el numeral 8.4. dispuso que si el oferente es un consorcio o una unión temporal, además de los requisitos generales fijados, debía cumplir con unos requisitos específicos, así:

*“8.4.1. Indicar si su participación es a título de consorcio o de unión temporal y suministrar los documentos de la constitución del consorcio o unión temporal.*

*…*

*8.4.3.* ***Cada una de las personas o firmas que integran el consorcio o Unión Temporal debe cumplir los requisitos legales y acompañar los documentos requeridos en el presente pliego como si fueran a participar en forma independiente****…” (se resalta).*

Por su parte el numeral 8.3. consignó que si era persona natural[[40]](#footnote-40), debía cumplir con los siguientes requisitos:

“8.3.1. Estar matriculado a la fecha de apertura, en el registro mercantil.

8.3.2. Tener inscritos en el registro mercantil los establecimientos de comercio de los que es propietario o poseedor.

8.3.3. Dos referencias comerciales y dos bancarias.

8.3.4. Certificado de la Gobernación del Atlántico, dependencia correspondiente, de no haber sido condenado por defraudación a las rentas del Departamento del Atlántico”.

Por su parte el numeral 15 ordenaba que cuando la propuesta fuera presentada por interpuesta persona debía presentar una carta en la que se indicara que se encontraba facultado para tal fin.

Igualmente se dispuso que la licitación tendría dos etapas la primera denominada clasificatoria, en la que se evaluaría el cumplimiento de los requisitos para participar y, aquellas propuestas que cumplieran con las exigencias mínimas establecidas en el pliego serían admitidas por el Comité evaluador, en la segunda etapa se relacionarían en orden descendente las propuestas económicas correspondientes a los proponentes admitidos.

De lo hasta aquí expuesto se tiene entonces que resultaba necesario para todos y cada uno de los integrantes de la unión temporal, si no se presentaban directamente a la licitación otorgar el poder o el documento con el cual facultaban para su representación.

Resulta necesario recordar que la representación (del latín representatio[[41]](#footnote-41)) se puede definir como la **facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otra.** De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebra con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes.

La representación puede ser legal, voluntaria o judicial, en el presente caso cobra especial importancia la representación voluntaria o convencional que es aquella que surge de la autonomía privada de las partes, esto es, de un negocio jurídico celebrado entre el representado y el representante, en el que el primero autoriza al segundo para actuar en su nombre y representación, facultándolo para el ejercicio de los derechos de uso, goce o disposición en su caso, sobre los bienes (corporales o incorporales), o derechos cuyo ejercicio versa el acto de la representación (como en la modalidad de mandato con representación, prevista en el artículo 1262 del C. de Co.), en este caso, los actos jurídicos pueden ser realizados por medio de representante, salvo que la ley disponga lo contrario, como ocurre para las persona naturales en materia testamentaria o en el ejercicio de derechos políticos.

Los artículos 832 y ss del Código de Comercio, definen la representación voluntaria como la que se confiere a una persona mediante acto de apoderamiento en el que faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos, que propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro de los límites de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste y además advierte que esta regla no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar[[42]](#footnote-42).

Ahora bien, de lo consignado con antelación viene a ser claro que el pliego de condiciones dispuso que si el proponente era una Unión Temporal, cada uno de sus integrantes debía cumplir los requisitos legales, en caso de representación el poder y acompañar los documentos requeridos en el cuerpo de la licitación pública, como si fueran a participar en forma independiente.

Así las cosas, resulta comprensible que para que el señor Jorge Chaljub comprometiera la responsabilidad de la señora Enilce López debía anexar el poder anunciado en el documento denominado “*compromiso de unión temporal*”, de lo contrario se debe concluir, como lo hizo el Tribunal, que el señor Chaljub no se encontraba legitimado para representar a la señora López en la constitución del compromiso de unión temporal y como dicho acto fue ejercido sin facultad para representarla no produce efectos para ésta, situación que repercute directamente en la capacidad de la integrante de la unión temporal, lo que termina afectando el acuerdo de constitución de esta última.

Así las cosas la propuesta presentada por Empresarios del Caribe debió ser descalificada en la primera etapa denominada clasificatoria, en el entendido de que existía un vicio en la capacidad de una de las proponentes que integraban esta Unión Temporal.

Ahora bien, insiste ndla apelante que entre los particulares Enilce López y Jorge Chaljub existía un contrato de preposición[[43]](#footnote-43), lo que resultaba suficiente para demostrar la representación que se echa de menos.

En relación con este tema la Sala comparte la posición asumida por el Tribunal en el entendido de para que este tipo de mandato sea oponible a terceros debe hallarse inscrito en el registro mercantil tal y como lo dispone el artículo 1333 del Código de Comercio, que, a la letra, dice:

“La preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; no obstante, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios de prueba. La revocación deberá también inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros”.

Del mismo parecer es el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar cuando explica:

“…reviste especial importancia el registro. La forma de establecer la órbita de acción del factor y sus facultades y limitaciones en el contrato; **pero tales restricciones o limitaciones, solamente se podrán oponer a los terceros si se han llevado al registro mercantil**”[[44]](#footnote-44) (se resalta).

Así las cosas, como no se encuentra probado en el plenario que dicho contrato se hubiera inscrito en el registro mercantil, resulta inoponible a terceros, como lo dispone la norma antes transcrita. Además, tampoco reposa en el expediente prueba de que el poder o el registro del contrato de preposición hubieran sido aportado por los proponentes en el momento de la radicación de la propuesta o entregado a la ahora demandada antes de la suscripción del contrato AP-015-2000, por lo que resulta necesario concluir que como la propuesta no contenía las exigencias mínimas exigidas en el pliego, debía ser inadmitida.

Por fuerza de las razones que se deja vista, se habrá de confirmar la sentencia impugnada en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 498 de 29 de noviembre de 2000 y del contrato de concesión No. AP-015 del 1 de diciembre de 2000.

**5.- Análisis de la Apelación de la parte demandante**

**5.1.- El restablecimiento del derecho.**

La parte demandante solicita el reconocimiento del perjuicio que le fue causado por no haberle sido adjudicada la licitación No. 001 de 2000, restablecimiento al que tiene derecho, según su criterio, al haber sido declarada la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato, lo anterior en el entendido de que rechazada la propuesta de quien resultó elegido como adjudicatario, pasa a ser el único proponente válido.

Para resolver este motivo de inconformidad resulta necesario volver sobre lo expuesto en la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre el tema. Es así como el presente asunto puede ser enmarcado en la tercera hipótesis expuesta, pues el demandante ejercitó la acción contractual durante el término que la norma le ha concedido a los usuarios de la administración de justicia para tal fin – 2 años -, pero la demanda fue radicada ante el Tribunal cuando ya había sido suscrito el contrato y habían fenecido los 30 días de que habla el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Se tiene entonces que la Resolución de adjudicación No. 498 es del 29 de noviembre de 2000, el contrato fue suscrito el 1 de diciembre de esa anualidad tal como lo certifica el Jefe de la Unidad de Apuestas Permanentes de LOTANCO[[45]](#footnote-45) y la demanda fue presentada el 19 de enero de 2001, un día después de que había fenecido el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación.

Rememorando se tiene que en aquellos eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, tal como sucedió en el presente asunto, la acción a ejercer será la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho y, que si el libelo es presentado dentro de los 30 días el accionante puede solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, pero que si la demanda fue presentada por fuera de los mencionados 30 días, las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serían aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente nulidad absoluta del contrato, pero en ningún caso el juez podrá considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente.

Claro lo anterior solo resta concluir que como la parte actora presentó la demanda cuando ya había sido suscrito el contrato y por fuera de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, solamente se encontraba facultado para solicitar la nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente nulidad absoluta del contrato, pero en ningún caso, las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato de concesión.

Por lo expuesto habrá de negarse la solicitud realizada por la parte demandante en el escrito de impugnación.

**5.2. Condena en costas.**

El segundo motivo de impugnación de la parte demandante, se refiere a la condena en costas, que según el criterio de la impugnante, debe ser impuesta porque la parte demandada fue parcialmente vencida al haber sido declarada la nulidad del acto de adjudicación del contrato y porque ejerció una excelente labor procesal.

En primer lugar resulta procedente dejar claro que el presente asunto se rige hasta su terminación con el Decreto 01 de 1984, así lo dispuso el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, al afirmar que *“ ….Los procedimientos y las actuaciones administrativos, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen anterior*”.

Claro lo anterior, se tiene que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispuso que: “*En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil*”.

Significa lo anterior que no basta que la parte sea vencida, sino que se requiere valorar la conducta asumida por ella en el proceso y como en el presente asunto no se vislumbra temeridad, ni mala fe de la parte demandante ni de las demandadas, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en la norma antes citada.

**5.3. Responsabilidad de los funcionarios.**

Advierte la impugnante que el Tribunal no se pronunció sobre la “*responsabilidad conexa que corresponda a los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso licitatorio, en la evaluación de las propuestas, en su adjudicación y asesoramiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 del Código Contencioso Administrativo, 50 y ss de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Constitución Nacional y/o demás normas que le sean aplicables*”.

La anterior solicitud la hace bajo el convencimiento de que existen suficientes elementos en los hechos de la demanda y en las pruebas que reposan en el expediente relativos a las irregulares actuaciones ejercidas por los indicados funcionarios públicos dentro del proceso licitatorio, que demuestran que las adendas hechas al pliego de condiciones durante las últimas horas antes del cierre de la licitación fueron realizadas únicamente con la finalidad de favorecer a un licitante que posteriormente se convirtió en adjudicatario.

La Sala considera que no resulta procedente acceder a la solicitud elevada por la apelante, porque si bien se observa que la Licitación No. 001 de 2000 tuvo dos adendas y dos prórrogas, las mismas no evidencian que de por si constituyan irregularidad, pues las primeras fueron producto de las intervenciones y solicitudes de aclaración realizadas por los proponentes y las prórrogas fueron debidamente sustentadas de conformidad con la ley.

Así las cosas no se evidencia una actuar desajustado a los principios que rigen la contratación administrativa, de lo contrario se podría afirmar que la declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación conlleva automáticamente a irregularidades contractuales.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de abril de 2009, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia **DEVUELVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 408 a 433 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-1)
2. La demanda fue presentada el 19 de enero de 2001 en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, folio 119 a 162 del cuaderno No. 1 y luego mediante escrito de 28 de agosto de 2002 fue corregida y adicionada para en esa oportunidad manifestar que la acción ejercida era la contractual, visible a folios 4 a 58 del cuaderno No. 11. [↑](#footnote-ref-2)
3. Según el texto de la demanda los tres últimos modificados por la adenda No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Este último según el texto de la demanda modificado por la adenda No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 119 a 162 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 164 a 166 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Reverso folio 166 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Reverso folio 166 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 205 y 206 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 246 a 248 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 255 y 256 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 259 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 174 a 183 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 260 y 261 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 408 a 433 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 436 a 444 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 447 a 465 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 447 a 465 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 475 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 384 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 478 a 480 del cuaderno No. 14. [↑](#footnote-ref-21)
22. A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, sin embargo, por expresa disposición de la norma, éste no es aplicable al proceso de la referencia. “*ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

    ***Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.***

    ***Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior***” (Se destaca). [↑](#footnote-ref-22)
23. De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A. *“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:*

    *“(…)*

    *“5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.*  [↑](#footnote-ref-23)
24. 19 de enero de 2001, visible al reverso folio 162 del cuaderno No. 1). [↑](#footnote-ref-24)
25. Decreto 597 de 1988. [↑](#footnote-ref-25)
26. Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso

    *“En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Fecha en la cual empezó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, el cual no aplica a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso, de acuerdo con su artículo 308. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777. [↑](#footnote-ref-28)
29. Comparando 30 días hábiles con 520 días hábiles, correspondientes a 52 semanas de 5 días hábiles por cada uno de los 2 años. [↑](#footnote-ref-29)
30. *“Según la Corte Constitucional, la nueva versión del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo situó nuestro sistema en medio camino, entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, aquella de la inseparabilidad de los mismos, además que combina las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de la eficacia y celeridad consagrados en el artículo 209, que se hallan en la segunda doctrina de la carta Política*.” Sentencia C 1048 de 2001, comentada por: Galindo Vácha Juan Carlos, Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volúmen I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Discentibus auxilia 1, Bogotá 2003, pg 430. [↑](#footnote-ref-30)
31. Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la *reducción al absurdo*, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de un disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del *efecto útil de la norma*. [↑](#footnote-ref-31)
32. De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia. [↑](#footnote-ref-32)
33. Esta conclusión se apoya también con un argumento *a contrario sensu*, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y *en sentido contrario* una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de noviembre 13 de 2013, expediente 25646, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-34)
35. El texto vigente para la fecha en que se adoptó la decisión de adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes, es decir, 29 de noviembre de 2000, era el siguiente: “*11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes*”. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 22 a 30 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Artículo 121 Código de Procedimiento Civil. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. [↑](#footnote-ref-37)
38. Día hábil siguiente al de la notificación. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 43 a 63 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Como es el caso que ocupa la atención de la Sala, pues el tema se refiere específicamente a la señora Enilce López. [↑](#footnote-ref-40)
41. Según las definiciones que de la palabra trae el Diccionario de la Lengua Española representación es la acción y efecto de representar, hacer presente algo con figuras o palabras, referir, sustituir a alguien, ejecutar una obra en público. [↑](#footnote-ref-41)
42. Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente No. 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-42)
43. El contrato de preposición se encuentra definido en el artículo 1332 del Código de Comercio en los siguientes términos: “La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, el mandatario se le llamará factor”. [↑](#footnote-ref-43)
44. Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles. Contratos típicos*, tomo II, ed. Dike. Pg. 381. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folio 59 del cuaderno No. 13. [↑](#footnote-ref-45)