CONTRATO ESTATAL – Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – Normatividad

Y se precisa más adelante que, en vigencia de la Ley 446 de 1998:

La acción en comento se circunscribe, en nuestro medio, a aquellos eventos en los cuales una entidad de derecho público impugna judicialmente un acto administrativo que ella misma expidió, pretendiendo que se declare su nulidad y el restablecimiento -automático o no- del derecho conculcado con el acto, caso en el cual, desde luego, no se aplica el requisito de procedibilidad relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa y existe un término especial de caducidad [dos años], que se empieza a contar no desde la publicación o notificación del acto **sino a partir del día siguiente al de su expedición.**

Por el contrario, si una entidad de derecho público demanda un acto que ha sido expedido por otra, pretendiendo su nulidad y el consecuente restablecimiento de su derecho, se está en presencia de una típica acción ordinaria de nulidad y restablecimiento a la que se deberá aplicar tanto el término de caducidad de 4 meses, como los demás requisitos de procedibilidad a que haya lugar.

Ha de precisarse que además de los eventos expuestos, siempre podrá la entidad pública impugnar un acto administrativo, propio o de otra entidad, en ejercicio de la acción de nulidad, acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la cual por regla general, puede interponerse -con esa única pretensión-, en cualquier momento a partir de la expedición del acto teniendo en consideración que para determinar cuál es la acción procedente para el caso concreto, habrá de acudirse a la teoría de los móviles y finalidades.

En suma, la normatividad aplicable al presente asunto imponía el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, incluso, cuando fuera la entidad pública quien demandara su propio acto administrativo o el de otra entidad pública.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05034-01(23439)A

Actor: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Demandado: IMPOINTER LTDA Y OTROS

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad IMPOINTER Ltda., en su calidad de demandada, en contra de la sentencia del 13 de junio de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual resolvió (fl. 94, c. ppal 2):

PRIMERO.- Declárese la nulidad de la resolución No. 0062 de 29 de abril de 1997, proferida por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA", por la cual se adjudicó la licitación pública 005-DG-96.

SEGUNDO.- Declárese la nulidad absoluta de los contratos 0041 de 12 de mayo de 1997 suscrito entre el SENA y el señor CARLOS ALFONSO GARCÍA MAHECHA, 00039 de 30 de abril de 1997 suscrito entre el SENA y la sociedad LASERTEK LTDA. y 0038 de 30 de abril de 1997 celebrado entre el SENA y la sociedad IMPOINTER LTDA.

TERCERO.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Absténesese de condenar en costas.

SÍNTESIS DEL CASO

El Servicio Nacional de Aprendizaje deprecia la nulidad de su propio acto de adjudicación contenido en la resolución 00062 del 29 de abril de 1997, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública 005-DG-96 para la adquisición, por el sistema de precios unitarios y entrega local y/o importación, de laboratorios de aviónica, capacitación y asistencia técnica.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 18 de septiembre de 1997 (fl. 26 rev., c. ppal), el Servicio Nacional de Aprendizaje, en adelante SENA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de su propio acto administrativo contenido en la resolución 00062 del 29 de abril de 1997 (fls. 10 a 26, c. ppal) . Al admitirse la demanda se vinculó como litisconsortes necesarios por pasiva a las sociedades IMPOINTER Ltda. y LASERTEK Ltda. y al señor Carlos García Mahecha, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio “CAMG”¹.

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 11 a 14, c. ppal):

1.1.1. El 19 de diciembre de 1996, mediante resolución 290, el SENA ordenó la apertura de la licitación pública 005-DG/96 para la adquisición, por el sistema de precios unitarios y entrega local y/o importación, de laboratorios de aviónica, capacitación y asistencia técnica².

1.1.2. Surtido el procedimiento legal correspondiente a la aclaración de los pliegos de condiciones, evaluación, traslado del informe evaluativo, respuestas a las observaciones, informe definitivo, mediante resolución

¹ La demanda fue admitida el 16 de octubre de 1997 (fls. 29 a 31, c. ppal).

² Se requirieron cuatro *ítems* así: (i) Laboratorio de materiales compuestos; (ii) maqueta para prueba de sistema hidráulico en aeronaves; (iii) turbina de avión en corte y (iv) software para entrenamiento en mantenimiento de aviones.

00062 del 29 de abril de 1997, el señor Alberto Lora Pedroza, en calidad de Director del SENA, a pesar de que para ese entonces estaba desvinculado de la entidad por retiro del servicio desde el día anterior, adjudicó el proceso de selección en comento así: *ítem 1*, laboratorio de materiales por valor de \$59.160.000 al señor Carlos García Mahecha, como propietario del establecimiento de comercio CAMG; *ítems 2 y 4*, maqueta para prueba por \$57.420.000 y software valorado en \$110.606.000, respectivamente, a la sociedad IMPOINTER Ltda. e *ítem 3*, turbinas de avión \$100.920.000, capacitación en turbina de avión \$10.000.000 para la sociedad Lasertek.

1.1.3. El pliego de condiciones, modificado a través de adenda 1, estableció que el factor técnico de evaluación requería de 220 puntos, en caso contrario se imponía la descalificación del proponente. Ninguno de los adjudicatarios cumplió con esa exigencia.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 10, c. ppal):

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la resolución número 00062 de veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997), por medio de la cual se efectuó la adjudicación dentro de la licitación 005 DG/96, expedida por el Dr. Alberto Lora Pedroza, quien se acreditó como Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

SEGUNDO: Que se declare desierta la licitación 005 DG/96, por razones de legalidad, para que las cosas queden en el estado que antes tenían.

TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad absoluta de los contratos que se suscribieron como resultado

de la resolución 00062 de 29 de abril de 1997, expedida por el Dr. Alberto Lora Pedroza, esto es: contrato 00038 de 30 de abril de 1997, suscrito con la sociedad Impointer Ltda.; contrato 00039 de 30 de abril de 1997, suscrito con la sociedad Lasertek Ltda. y contrato 00041 de 12 de mayo de 1997, suscrito con Carlos A. García Mahecha.

CUARTO: Subsidiariamente, y de no aceptarse la pretensión consignada en el numeral anterior, se ordene al Director General del SENA, de por terminados y ordene la liquidación en el estado en que se encuentren los contratos producto de la resolución impugnada, esto es: contrato 00038 de 30 de abril de 1997, suscrito con la sociedad Impointer Ltda.; contrato 00039 de 30 de abril de 1997, suscrito con la sociedad Lasertek Ltda. y contrato 00041 de 12 de mayo de 1997, suscrito con Carlos A. García Mahecha.

1.3. Concepto de la violación

El SENA fundamentó la solicitud de nulidad del acto administrativo en cuestión (fls. 14 a 23, c. ppal), así:

(i) *Falta de competencia.* Fundado en que al funcionario que adjudicó el proceso de selección *sub judice* a través de la resolución 00062 del 29 de abril de 1997, se le aceptó la renuncia mediante Decreto presidencial 1131 del 23 del mismo mes, publicado el 28 siguiente en el Diario Oficial 43.030. En consecuencia, desde esta última fecha el funcionario fue retirado de la entidad y, por ende, carecía de competencia para adoptar la decisión cuestionada.

(ii) *Falsa motivación.* Habida cuenta de que se adjudicó a unas propuestas que carecían de las exigencias técnicas -sin indicar cuáles- y que, a juicio de la actora, imponían la declaración de desierta del proceso. Igualmente, puso de presente que el comité de compras, que hacía las veces de comité

evaluador, además de conformarse irregularmente, presentó un informe que pasó por alto las falencias técnicas de las propuestas.

(iii) *Violación al debido proceso.* En tanto se obvió la participación en el comité de compras de un director de área designado por el Director General y de dos funcionarios expertos en el área respectiva designados por el Director Administrativo, tal como lo exige el artículo 34 del Decreto 1120 de 1996. Por consiguiente, el informe evaluativo de esa instancia no podía vincular válidamente al Director del SENA.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A pesar de que las sociedades IMPOINTER Ltda. (fl. 51, c. ppal)³ y LASERTEK Ltda. (fl. 33, c. ppal)⁴ y al señor Carlos García Mahecha (fl. 36, c. ppal)⁵, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio “CAMG”, se notificaron personalmente del auto admisorio, ninguno contestó la demanda (fl. 54, c. ppal).

3. LOS ALEGATOS

³ Para el efecto se comisionó al Juez Primero Civil Municipal de Pereira (fl. 41, c. ppal, quien citó al representante legal de la sociedad en comento, llevándose a cabo la notificación personal el 3 de mayo de 2000 (fl. 51, c. ppal).

⁴ El 11 de junio de 1998 se llevó a cabo la notificación personal al subgerente y suplente del representante legal de la sociedad en cita, calidad acreditada con el certificado de existencia y representación respectivo (fls. 33 a 35, c. ppal).

⁵ El 23 de junio de 1998 se notificó personalmente al señor García Mahecha (fl. 36, c. ppal).

En esta oportunidad, la sociedad IMPOINTER Ltda. (fls. 71 a 78, c. ppal), además de señalar que para la fecha de la expedición del acto acusado el señor Alberto Lora Pedroza fungía como Director del SENA, en tanto la dejación del cargo sólo ocurrió el 30 de abril de 1997, adujo que la actora se vale de su propia culpa para fundar la acción de lesividad, actuación a todas luces proscrita por el ordenamiento jurídico. Igualmente, sostuvo que la redacción de la exigencia técnica que otorgaba 220 puntos es confusa, toda vez que la decisión de adjudicación daba a entender que la interpretación de la misma es que se trataba de un criterio puntuable más no habilitante. Con todo, se trata de una exigencia innecesaria para la comparación de las propuestas y, por ende, difícilmente sustentaba el rechazo de las mismas. Además, la demandada solicitó a la entidad, en oportunidad, que se modificara dicha calificación y, como consecuencia de ello, se adjudicó; cumpliendo estrictamente el contrato derivado de esa actuación.

Por último, afirmó que las actuaciones internas de la actora no se podían trasladar al proponente para desconocer su derecho de adjudicación.

El SENA (fls. 60 a 62, c. ppal) reiteró los argumentos de su demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 13 de junio de 2002 (fls. 85 a 95, c. ppal 2), el *a quo*, para declarar la nulidad de la resolución 00062 del 29 de abril y de los contratos 00038, 00039 del 30 del mismo mes y 00041 del 12 de mayo de 1997, sostuvo:

a.- Si bien conforme al artículo 1 del Decreto-Ley No. 3074 del 17 de diciembre de 1968, que modificó el artículo 25 del Decreto-Ley No. 2400 de 1968, que regula la administración del personal civil al servicio de la Rama Ejecutiva del Poder Público, vigente para el año de 1997, la renuncia de un cargo regularmente aceptada, tiene como efecto producir la cesación definitiva de funciones, no es menos cierto que el empleado no puede hacer dejación de sus funciones y, por ende, del cargo, hasta tanto no asuma el cargo quien haya sido designado para reemplazarlo, so pena de incurrir en abandono del mismo, tal como lo prescribe el artículo 126, numeral 4 del Decreto-Ley 1950 de 1973, igualmente vigente para el año de 1997, norma a cuyo tenor se incurre en abandono del cargo, cuando el empleado "... 4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo". De otra parte, conforme al artículo 4 del Decreto primeramente citado, para ejercer un empleo en la Rama Ejecutiva del Poder Público, se requiere, entre otros requisitos, tomar posesión del cargo para el cual la persona haya sido designada.

La renuncia del cargo de Director General del SENA le fue aceptada al señor Alberto Lora Pedroza con fecha 23 de abril de 1997 y en la misma fecha fue designado en dicho cargo el señor Rafael Ramírez Zorro, quien tomó posesión de éste con fecha 30 de abril de 1997, de donde se colige que hasta la última de las fechas mencionadas la primera de las personas citadas continuó en ejercicio regular de las funciones de Director General del SENA (...).

b. Se aduce como causal de nulidad del acto de adjudicación de la licitación 005-DG/96 la violación del debido proceso, en cuanto el Comité Asesor de la Dirección General en la citada Licitación, para este evento Comité de Compras, no estuvo conformado por la totalidad de las personas que debían integrarlo.

Al proceso no se allegó medio de prueba alguno encaminado a acreditar la conformación del Comité que actuó como organismo asesor de la Dirección General de la Entidad en la licitación en mención, que permita establecer, una vez efectuada la confrontación con la norma que prescribe la conformación del mismo, la incurrencia en la irregularidad alegada como causal de nulidad (...).

c.- (...) Conforme a lo preceptuado en el pliego de condiciones y en las normas anteriormente citadas del Estatuto de Contratación Estatal, en la licitación pública 005-DG/96, una de las reglas para la selección objetiva y, como tal, de imperativo cumplimiento era la obtención o la asignación a la oferta de 220 puntos en el componente características técnicas de los equipos, so pena de ser obligatoria la descalificación de

la oferta. Es decir que, en el evento sub lite, por especial o particular norma contenida en la ley de la licitación –pliego de condiciones- no era suficiente o no bastaba obtener un puntaje total satisfactorio con relación al puntaje total de calificación, 1000 puntos, sino que era indispensable que en uno de los componentes del factor técnico, características técnicas de los equipos, se obtuviera un puntaje de 220, so pena de no poder ser la oferta que obtuviera un puntaje inferior en tal componente beneficiada con la adjudicación del respectivo ítem. Insiste la Sala en que la regla o preceptiva en mención contenida en el pliego de condiciones de la licitación es expresa y clara de manera que no admite interpretación alguna, como lo pretende el señor apoderado de la sociedad Impointer Ltda. en su alegato de conclusión (...).

Cabe anotar que no comparte la Sala la argumentación expuesta por el señor apoderado de la sociedad Impointer Ltda., en su alegato de conclusión, relativa a la improcedencia de acceder a declarar la nulidad del acto de adjudicación, cuando tal solicitud la deprecia la misma entidad que adjudicó la licitación, con fundamento en que no puede la administración endilgar sus propios errores a los administrados, en este evento a quienes concurrieron al proceso de selección y resultaron favorecidos con la decisión con la que éste culminó, pues aceptar tal posición implicaría negar la posibilidad a la administración de desencadenar, por la vía jurisdiccional, el control, de legalidad sobre sus propios actos y negar la posibilidad de ejercer la acción de lesividad consagrada en el nuestro Estatuto Contencioso Administrativo, artículo 136, numeral 7 y, en últimas predicar la carencia de contenido y aplicación de la norma en cita. Cabe agregar que no se trata de trasladar los errores y la responsabilidad de la administración y de sus funcionarios a las personas que resultan afectadas o favorecidas por una decisión de la administración, sino de incoar las acciones encaminadas a que se ejerza el control de legalidad sobre los actos administrativos, con independencia de la responsabilidad que quepa a los funcionarios que incurrieron en la irregularidad que afecta la decisión en cuestión (...).

IV. (...) En el evento sub iudice la celebración de los contratos 00041 de 12 de mayo de 1997, 0039 de 30 de abril de 1997 y 00038 de 30 de abril de 1997, entre el SENA y el señor Carlos Alfonso García Mahecha, la sociedad Lasertek Ltda. y la sociedad Impointer Ltda., respectivamente, encuentra su fundamento en la adjudicación que a la persona y sociedades en mención se efectuó por el SENA, según resolución 00062 de 29 de abril de 1997 y, debiendo accederse a la declaratoria de nulidad de dicho acto administrativo, se configura la causal de nulidad absoluta de los contratos en mención, razón para

que proceda acceder a la tercera de las pretensiones formuladas en el libelo de la demanda.

V. Se solicita en la pretensión segunda de la demanda se declare desierta la licitación No. 005 DG/96, pedimento al que no procede acceder, con fundamento en que la decisión que pone fin al proceso licitatorio es de carácter administrativo, sin que sea dable al juez reemplazar a la administración para tomar las decisiones que solamente a ésta competen, pues de lo contrario se propiciaría y se configuraría una injerencia indebida de las autoridades jurisdiccionales en el ejercicio de las funciones exclusivas de la órbita de la administración pública (...) (fls. 91 a 94, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la sociedad IMPOINTER Ltda. interpone recurso de apelación (fls. 105 a 108, c. ppal 2). Reitera que (i) la redacción de la exigencia técnica que otorgaba 220 puntos es confusa, con mayor razón si se tiene en cuenta que en parte alguna del pliego se exigió puntaje mínimo para la habilitación de las propuestas; (ii) en todo caso, la falta de claridad es un defecto atribuible a la actora y, por ende, sus consecuencias, so pena de premiar esa negligencia; (iii) sostiene que solicitó a la entidad, en oportunidad, que se modificara la calificación de ese factor, sin respuesta de la entidad diferente a la adjudicación que se cuestiona y, por último, afirma (iv) que cumplió estrictamente el contrato adjudicado.

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la apelante reiteró los argumentos de sus intervenciones (fls. 115 a 122, c. ppal 2).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

La presente controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en tanto está comprometida una entidad pública y estatal⁶, el SENA⁷; asimismo, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁸.

⁶ Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: *“Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos (...)”*.

⁷ El artículo 1 de la Ley 119 de 1994 prescribe: *“NATURALEZA. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”*.

⁸ El numeral 9 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de nulidad y restablecimiento de los actos administrativos proferidos por entidades del orden nacional, cuya cuantía, para 1997, año de la presentación de la demanda (fl. 26 rev., c. ppal), superaran la suma de \$3.080.000. Ahora, aunque en el presente asunto no hay pretensiones económicas, la demanda ataca unos actos administrativos que tienen tal contenido. Efectivamente, la adjudicación de uno de los ítems ascendía a \$168.026.000 (fl. 3, c. 2, copia auténtica acto de adjudicación). En ese orden, es claro que el asunto en estudio corresponde al conocimiento de esta Corporación. En la misma vía ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2012, exp. 23.649, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

De otro lado, previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993⁹ prescribía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo constituía la vía procesal conducente para buscar la nulidad de los actos administrativos de adjudicación, que corresponde a la utilizada en el presente asunto. En esa línea, el último artículo en cita, aplicable al asunto¹⁰, prescribía:

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo (Se destaca).

De lo anterior se tiene que las entidades públicas podían ejercer la acción de nulidad y restablecimiento en casos como el que aquí se estudia. En ese orden, esta Corporación ha precisado¹¹:

En el texto original del Decreto-Ley 01 de 1.984 se preveía expresamente que las entidades administrativas podían comparecer al proceso contencioso, no sólo en calidad de demandadas, como generalmente ocurre, sino también en calidad de demandantes¹². En efecto, se establecía que en algunos de estos eventos la competencia,

⁹ “El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

¹⁰ Corresponde al texto del artículo 136 del Decreto 01 de 1.984, subrogado por el artículo 23 del Decreto 2.304 de 1.989.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 10.227, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre la demanda del acto administrativo de adjudicación por la administración ver de la misma Sección; sentencia del 26 de abril del mismo año, exp. 15.163, M.P. María Helena Giraldo.

¹² Cita original: Decreto 01 de 1.984 art. 149.

por razón del territorio, se determinaba por el domicilio del demandado¹³; que la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sería de dos años “si el demandante es una entidad pública”¹⁴ y que las entidades públicas deberían estar representadas por abogado, tanto “en los procesos que promuevan” como en los que se adelanten contra ellas.¹⁵

*La ley 446 de 1.998 reguló el tema en forma más directa e introdujo una clara diferencia entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por un entidad pública contra acto administrativo expedido por otra entidad y la misma acción contra acto administrativo propio, al disponer expresamente que “Cuando una persona de derecho público demande **su propio acto** la caducidad será de dos años, contados a partir del día siguiente al de su expedición”¹⁶ (destaca la Sala).*

Y se precisa más adelante que, en vigencia de la Ley 446 de 1998:

*(...) la acción en comento se circunscribe, en nuestro medio, a aquellos eventos en los cuales una entidad de derecho público impugna judicialmente un acto administrativo que ella misma expidió, pretendiendo que se declare su nulidad y el restablecimiento - automático o no- del derecho conculcado con el acto, caso en el cual, desde luego, no se aplica el requisito de procedibilidad relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa¹⁷ y existe un término especial de caducidad (dos años), que se empieza a contar no desde la publicación o notificación del acto **sino a partir del día siguiente al de su expedición.***

Por el contrario, si una entidad de derecho público demanda un acto que ha sido expedido por otra, pretendiendo su nulidad y el consecuente restablecimiento de su derecho, se está en presencia de una típica acción ordinaria de nulidad y restablecimiento a la que se

¹³ Cita original: Decreto 01 de 1.984 art. 134.

¹⁴ Cita original: Decreto 01 de 1.984 art. 136.

¹⁵ Cita original: Decreto 01 de 1984 art. 151. La redacción de esta norma se varió, manteniendo su espíritu con la reforma introducida mediante el decreto 2.304 de 1.989.

¹⁶ Cita original: Ley 446 de 1.998, art. 44-7.

¹⁷ Cita original: C.C.A. arts. 135, 62 y 63.

deberá aplicar tanto el término de caducidad de 4 meses,¹⁸ como los demás requisitos de procedibilidad a que haya lugar.

Ha de precisarse que además de los eventos expuestos, siempre podrá la entidad pública¹⁹ impugnar un acto administrativo, propio o de otra entidad, en ejercicio de la acción de nulidad, acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la cual por regla general, puede interponerse -con esa única pretensión-, en cualquier momento a partir de la expedición del acto,²⁰ teniendo en consideración que para determinar cuál es la acción procedente para el caso concreto, habrá de acudir a la teoría de los móviles y finalidades.

En suma, la normatividad aplicable al presente asunto imponía el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, incluso, cuando fuera la entidad pública quien demandara su propio acto administrativo o el de otra entidad pública.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que el SENA fue quien profirió el acto administrativo demandado y su contraparte son las firmas adjudicatarias (fls. 1 a 3, c. 2, en copia auténtica).

1.3. La caducidad

El acto administrativo en cuestión debía demandarse dentro de los dos años siguientes a su expedición, en tanto fue el momento en que la actora

¹⁸ Cita original: C.C.A. art. 136-2.

¹⁹ Cita original: Acerca de la posibilidad de que personas jurídicas ejerciten la acción de nulidad, puede consultarse entre otras, la Sentencia de la Sección Cuarta de febrero 19 de 1.999, expediente 9.229, C.P. Daniel Manrique Guzmán.

²⁰ Cita original: C.C.A. art. 136-1.

conoció de la causa que origina su acción. En ese orden, como el acto administrativo cuestionado se produjo el 29 de abril de 1997 (fls. 1 a 3, c. 2)²¹ y la demanda se presentó el 18 de septiembre del mismo año (fl. 26 rev., c. ppal), fuerza concluir que lo fue en tiempo.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

La apelación pone de presente la legalidad de la adjudicación demandada, en tanto el requisito que se echa de menos por el *a quo* tenía (i) una redacción ambigua, imputable a la entidad pública como responsable de su elaboración; (ii) el pliego no estableció un puntaje mínimo como causal de eliminación; (iii) la entidad adjudicó sin poner en evidencia ese defecto, por el contrario, pese a la observación del demandante, ratificó su valoración y adjudicó los correspondientes *ítems*, decisión que resultó ser la mejor como da cuenta el cumplimiento estricto de lo contratado.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN

3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección

De entrada precisa advertir que para el 20 de diciembre de 1996 (fls. 59 y 60, c. 2, copia simple resolución 290 aportada por la demandada), cuando se abrió la licitación pública en estudio, el SENA, en esta materia, se encontraba

²¹ La resolución 00062 del 29 de abril de 1997 fue allegada en copia auténtica. En consecuencia, se valorará sin otra consideración.

sometido a las previsiones de la Ley 80 de 1993²². En consecuencia, se impone estudiar lo acontecido a la luz del estatuto contractual referido.

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Con todo, vale advertir que los documentos que a continuación se relacionan fueron allegados en mayoría en copia simple, a pesar de lo cual se valorarán, en tanto provienen de la misma entidad que los produjo y quien debe contar en sus archivos con los originales, sin que su contraparte los hubiera tachado²³.

De las pruebas aportadas al proceso se tiene:

²² Efectivamente, en su artículo 81 se dispuso que, salvo algunas disposiciones, la vigencia de la referida ley sería a partir del 1 de enero de 1994.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de octubre de 2011, exp. 20.450. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En dicha oportunidad sostuvo: *“Pero, además, se añade en esta oportunidad, que con fundamento en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil es posible, sin contrariar lo dispuesto en los artículos 244 y 268 ibídem, conferir valor probatorio a las copias simples, cuando la parte contra la cual se aducen conserva el original de las que se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no estén conformes, sin necesidad de que practique la inspección judicial de que trata la norma. (...) // Sin embargo, resultaría superfluo que la misma parte que tiene bajo su guarda los documentos originales, de los cuales la parte contraria afirma haber obtenido las copias que aporta, solicite una inspección judicial para que se practique el cotejo, cuando esa misma parte puede practicar la confrontación sin intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que tratan los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...) // -Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autenticen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso”*.

3.2.1. Abierta la licitación pública 005-DG/96 el 20 de diciembre de 1996, mediante resolución 290 (fls. 59 y 60, c. 2), para la adquisición, por el sistema de precios unitarios y entrega local y/o importación, de laboratorios de aviónica, capacitación y asistencia técnica (se requirieron cuatro ítems)²⁴, su pliego de condiciones en la parte pertinente estableció (fls. 45, 48, 49, 55 y 74, c. 2, copia simple allegada por la actora):

1.5.2. Requisitos técnicos de los equipos

*El proponente debe presentar la propuesta técnica de los bienes **en el mismo orden de la ficha técnica, indicando marca, modelo, referencia y debe adjuntar catálogos y/o manuales originales en Español y/o Inglés** con la traducción correspondiente, y si lo consideran pertinente pueden incluir planos detallados y manuales técnicos de operación de mantenimiento preventivo y correctivo en original, que permitan verificar las características técnicas, capacidades y funciones reales ofrecidas. Si algunas funciones ofrecidas no están incluidas en el precio, debe especificarse su carácter de opcionales así como su precio (...).*

2.3.1. Información administrativa y financiera y orden de presentación de los documentos (...).

10. Información técnica

11. Catálogos originales. La no presentación de los catálogos originales da lugar a descalificación en el ítem correspondiente.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y COMPARACIÓN DE PROPUESTAS Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

3.1 ESTUDIO DE LAS PROPUESTAS

El SENA examinará las propuestas para determinar si los proponentes están habilitados para formularlas de acuerdo con los requisitos de

²⁴ (i) Laboratorio de materiales compuestos; (ii) maqueta para prueba de sistema hidráulico en aeronaves; (iii) turbina de avión en corte y (iv) software para entrenamiento en mantenimiento de aviones.

participación exigidos, si están completas, si se ha suministrado la garantía requerida, si los documentos han sido debidamente presentados, si hay errores de cálculo, y en general si se ajustan a los documentos de licitación. Si el SENA determina que una propuesta no se ajusta a los requisitos de licitación la rechazará. Con las propuestas que cumplan los requisitos se procederá a su evaluación, calificación y comparación (...).

3.5. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS

FACTORES DE EVALUACIÓN		
1	PRECIO para equipos (...)	150
2	PRECIO para capacitación y asistencia técnica (...)	100
3	CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS (...)	25
4	FORMA DE PAGO PARA EQUIPOS POR IMPOTACIÓN (...)	55
5	FORMA DE PAGO PARA CAPACITACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA (...)	20
6	PLAZO DE ENTREGA O DE EMBARQUE (...)	50
7	CAPACIDAD FINANCIERA (...)	100
8	FACTORES TÉCNICOS	300
	CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS EQUIPOS	
	Cumplimiento total de las características de acuerdo a la ficha técnica..... (el no cumplimiento descalifica)	220
	Características técnicas adicionales.....	40
	Textos, manuales, catálogos, planos y otros.....	40
9	CAPACITACIÓN TÉCNICA PARA INSTRUCTORES (...)	150
10	SOPORTE TÉCNICO en los productos ofrecidos (...)	50
	TOTAL	1000

3.2.2. Las fichas técnicas²⁵, en lo que concierne a los ítems que le fueron adjudicados al apelante, prescribieron (fls. 76 y 78, c. 2, copia simple allegada por la actora)²⁶:

FICHA TÉCNICA DE ESPECIFICACIONES
--

²⁵ Estas fichas fueron aclaradas a través de adenda uno del 29 de enero de 1997 (fl. 99, c. 2, copia simple allegada por la actora).

²⁶ Valga referir que de acuerdo con la resolución de adjudicación el 6 de febrero de 1997 se presentaron al proceso de selección las siguientes personas: (i) IMPOINTER Ltda.; (ii) TECNECOL Ltda.; (iii) LASERTEK Ltda. y (iv) Carlos A. García Mahecha GAMG (fl. 1, c. 2).

NOMBRE DEL ELEMENTO: Maqueta para prueba de sistema hidráulico en aeronaves		
CÓDIGO	HOJA No: 1	DE: 1
APLICACIONES: Entrenamiento de técnicos en sistemas hidráulicos		
ESPECIFICACIONES:		
Cantidad: 1 Unidad		
<ul style="list-style-type: none"> -Prototipo con todos sus componente de simulación real -Montado sobre bancos de trabajo -Aplicado al sistema hidráulico de un tren de aterrizaje y sistema de frenos -Incluye todos los sistemas de operación en cuna aeronave 		
ACCESORIOS:		
Tester hidráulico para prueba de trenes y sistemas		
CALIDAD: USADA O NUEVA		
En perfecto estado de funcionamiento		
SERVICIO		
Entrenamiento en el manejo del equipo		
Garantía de 1 año		
Suministro de repuestos hasta por 5 años		

FICHA TÉCNICA DE ESPECIFICACIONES		
NOMBRE DEL ELEMENTO: Software para entrenamiento en mantenimiento de aviones		
CÓDIGO	HOJA No: 1	DE: 1
APLICACIONES: Formación en mantenimiento de aviones basados en computadores		
ESPECIFICACIONES:		
Cantidad: 1 Unidad		
<ul style="list-style-type: none"> -Software para uso en red (25 estaciones) incluyendo licencia y que trate temas relacionados con: Generales de aviación, sistemas de instrumentación y control del avión. -Manuales de uso del software -Manuales de mantenimiento del software -Guía rápida del usuario en español -Formación para la utilización eficiente del software -Textos del curso con que se realizará la formación 		
SERVICIOS:		

Instalación y puesta en marcha y atención a los requerimientos presentados.
 Garantía 1 año.
 Adicional software para entrenamiento en mantenimiento Boeing 757 y Boeing 767.

3.2.3. A la sociedad IMPOINTER Ltda. se le evaluaron las características técnicas de los anteriores equipos así: (i) 198 puntos para la maqueta de pruebas del sistema hidráulico en aeronaves (fl. 90, c. 2, copia simple cuadro resumen evaluativo, factores técnicos), sin ninguna observación, y (ii) 147 puntos en relación con el software para entrenamiento en mantenimiento de aviones (fl. 110, c. 2, copia simple cuadro resumen evaluativo, factores técnicos). Precisa señalar que respecto de este ítem la apelante no ofreció textos, manuales, catálogos, planos y otros (fls. 113 y 116, c. 2, copia simple observaciones).

3.2.4. El 29 de abril de 1997, mediante resolución 00062, el SENA adjudicó el proceso de selección en estudio, en los siguientes términos:

6. Que el SENA mediante carta No. 6037 de abril 4 de 1997, comunicó a las firmas proponentes que los informes de evaluación estaban a su disposición en la Secretaría General entre el 4 y el 10 de abril de 1997.

7. Que en desarrollo de lo previsto en el considerando anterior, el SENA recibió de la firma Impointer Ltda. observaciones y consideraciones a las evaluaciones.

8. Que estudiadas y respondidas las observaciones dentro de los términos legales, se estableció que éstas no afectan el desarrollo del proceso licitatorio y por ende la adjudicación.

9. Que de acuerdo con la evaluación efectuada a las propuestas hábiles, los puntajes en conjunto son los siguientes:

	PROPONENTE	ITEM 1	ITEM 2	ITEM 3	ITEM 4
1.	IMPOINTER Ltda.	847	845	794 y alternativa 415	732

2.	TECNECOL Ltda.	631	0	0	0
3.	LASERTEK Ltda.	0	0	765	479
4.	Carlos García Mahecha	849	807	893	0

(...)

8. (sic) Que mediante acta del 23 de abril de 1997, previo análisis del informe de evaluación y calificación, el Comité Asesor de Compras recomendó adjudicaciones por ítems observando lo establecido en el pliego de condiciones (fls. 1 a 3, c. 2, copia auténtica).

Con base en lo expuesto, se adjudicó así: *ítem* 1, laboratorio de materiales por valor de \$59.160.000 al señor Carlos García Mahecha, como propietario del establecimiento de comercio CAMG; *ítems* 2 y 4, maqueta para prueba por \$57.420.000 y software valorado en \$110.606.000, respectivamente, a la sociedad IMPOINTER Ltda. e *ítem* 3, turbinas de avión \$100.920.000, capacitación en turbina de avión \$10.000.000 para la sociedad Lasertek (fl. 3, c. 2, artículo 1 de la resolución en cita).

3.2.5. En consecuencia, se suscribieron los contratos 00038, 00039 del 30 de abril y 00041 del 12 de mayo de 1997, con IMPOINTER Ltda., LASERTEK Ltda. y Carlos Alfonso García Mahecha (fls. 150 a 153, c. 2, copia simple aportada por la actora).

3.3. EL ALCANCE DE LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS EQUIPOS

De entrada precisa advertir que la Sala se abstendrá de abordar los cargos que fueron resueltos por el *a quo* y que no fueron objeto de la alzada.

En ese orden, la cuestión gira en torno a establecer si el incumplimiento del requisito de las características técnicas de los equipos daba lugar a la

eliminación de las propuestas, como lo entendió el *a quo*. La exigencia en comento imponía el cumplimiento de la totalidad de las características contenidas en la ficha técnica para hacerse acreedor a 220 puntos, so pena de descalificación. La redacción es la siguiente:

*Cumplimiento total de las características de acuerdo a la ficha técnica
(El no cumplimiento descalifica).*

El punto central del requisito se concreta en el cumplimiento total de las características exigidas en la ficha técnica y su relación inescindible con el puntaje y la descalificación de las propuestas. Efectivamente, desde el punto de vista práctico es ilógico entender que el incumplimiento de las exigencias de la ficha técnica se quedara solamente en la reducción de puntos, cuando a su turno se exigía su satisfacción total, esto es, constituía causal de eliminación de la propuesta.

Descartada esa posibilidad, se impone indagar la forma en que se ponderó el puntaje del susodicho requisito, cuando, como quedó visto, resultaba improcedente asignar un puntaje inferior al mínimo exigido; sin embargo, el pliego no la explica y si bien el apelante aduce que la objetó y que la entidad se mantuvo, la única prueba que da cuenta de ello es la resolución de adjudicación (fl. 1, c. 2), pero sin explicar el ejercicio en detalle; tampoco los cuadros evaluativos dan cuenta de lo propio.

De lo que se sigue que la exigencia se agotaba como se indicó en el pliego, es decir, sólo su satisfacción total daba lugar a la calificación mínima (220 puntos) y los cumplimientos parciales de la ficha técnica generaban el rechazo de la propuesta, en tanto se trataban de las exigencias mínimas, como lo pone de presente el estudio de los demás requerimientos técnicos.

En efecto, las exigencias técnicas adicionales podían o no ofrecerse con impacto únicamente sobre el puntaje final; ahora, (ii) los documentos, como los manuales, en algunos *ítems* constituían exigencias de las fichas técnicas (fl. 74, c. 2), como es el caso del software para entrenamiento en mantenimiento de aviones (fl. 78, c. 2) y, por ende, causal de eliminación; exigencia que tampoco fue satisfecha por la apelante (fls. 112 y 116, c. 2).

En ese entendido, es razonable interpretarlas como lo hizo el *a quo*, pues lo contrario hace inviable el ejercicio evaluativo y a su vez ineficaz de pleno derecho la regla que así lo dispusiera²⁷, toda vez que sin esas exigencias técnicas mínimas difícilmente los ofrecimientos serían de la misma índole y, por ende, comparables²⁸, dejando vía libre a que fueran ilimitados²⁹. Frente

²⁷ El numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los pliegos de condiciones: // a) *Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.* // b) *Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.* // c) *Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.* // d) *No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.* // e) *Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.* f) *Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.* // *Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.*

²⁸ Así lo impone la Ley 80 de 1993: “Artículo 24. Del principio de Transparencia. (...) 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: (...) b) *Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso”.*

²⁹ El numeral 5, literal e) del artículo 24 de la Ley 80 disponía: “Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”.

a la importancia de la elaboración de los pliegos y de las propuestas, esta Corporación ha señalado³⁰:

Con ocasión del asunto que estudia la Sala, de manera muy especial se hace referencia al contenido de las letras b, c y e del mencionado numeral 5 del artículo 24, en tanto consagran que las reglas consignadas en los pliegos de condiciones deben permitir la confección de ofrecimientos de la misma índole, que aseguren una escogencia objetiva; así mismo, que las condiciones de costo y calidad de los bienes y servicios requeridos por la Administración se deben definir con precisión, e igualmente prohíbe que la selección dependa de la exclusiva voluntad de la entidad.

Estas prescripciones excluyen, de suyo, cualquier discrecionalidad de la Administración en la aplicación de los puntajes, o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la Ley 80.

Pues bien, en los pliegos de condiciones que gobernaban los procedimientos administrativos de selección, correspondientes a las licitaciones públicas 012 y 013 de 1995, puede observarse que las mencionadas prescripciones legales no fueron tenidas en cuenta, en primer lugar porque no permitieron ni se preocuparon porque los ofrecimientos fueran de la misma índole, pues como se verá más adelante, todas las ofertas eran diferentes y simplemente se reducían al final a una unidad de medida cual era la cantidad de alimento que contenían, sin que siquiera se determinara la forma en que tal unidad se debía expresar –gramos o centímetros cúbicos- para que luego se pudiera hacer la comparación de una manera objetiva.

De lo expuesto se desprende que los ofrecimientos de la misma índole son base fundamental para la comparación de los ofrecimientos y que éstos guardan estrecha relación con las exigencias del pliego. Si éstas son subjetivas, oscuras, injustas e incompletas impiden el ejercicio evaluativo. En el *sub lite*, difícilmente esos adjetivos podrían predicarse de la regla en

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 2009, exp. 17.760. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

estudio, toda vez que con claridad se exigió el cumplimiento total de la ficha técnica para que las propuestas fueran calificadas con 220 puntos o, en caso contrario, eliminadas, estipulación que honra la exigencia en mención.

De otra parte, a diferencia de lo expuesto por el censor, en el sentido de que el pliego no estableció puntajes mínimos, debe señalarse que la exigencia en estudio sólo se puntuaba cuando se cumpliera totalmente con la ficha técnica, so pena de rechazo. Tampoco puede pensarse que la adjudicación y el cumplimiento del contrato permitan superar la omisión de la entidad de interpretar rectamente las exigencias del pliego, toda vez que ese entendimiento *per se* impediría el cuestionamiento de las decisiones de la administración.

En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia, no sin antes advertir, la pertinencia de lo resuelto frente a las pretensiones consecuenciales, en tanto que presentes todas las partes del contrato y probada plenamente la nulidad absoluta del contrato, como lo está, se imponía su declaratoria, sin perjuicio de la facultad que tienen las entidades estatales de proceder en los términos del inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993³¹; vale precisar que no hay lugar a las restituciones mutuas, toda vez que no se probó en esa vía.

³¹ “Artículo 45°.- De la Nulidad Absoluta. (...) En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de junio de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado