

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Neiva, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41001-33-33-006-2015-00222-01
Demandante	:	GARCÍA SOLANO Y COMPAÑÍA S.A.S
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Asunto	:	CONTRACTUAL
Acta	:	18

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia dictada el 1o de agosto de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El señor Luis Carlos García Solano en calidad de representante legal de GARCÍA SOLANO Y COMPAÑÍA S.A.S – Caliche Impresiones, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo del 139 CPACA, presentó demanda

contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones¹:

"Que se declaren las siguientes nulidades:

- Declaratoria de nulidad absoluta; del acto administrativo de adjudicación y aceptación de la oferta contenida en el oficio No. 010-BASPC9-2013 denominado comunicación de aceptación de la oferta con fecha del 13 de febrero de 2013.

- Declaratoria de nulidad absoluta; de la justificación de adición de ítem por valor de (\$41.60), con fecha del 13 de febrero de 2013.

- Declaratoria de nulidad absoluta. Del contrato de prestación de servicios No. 150103040 25 BASPC9 2013, de fecha de suscripción del 17 de junio del 2013 y con fecha de inicio del 25 de febrero de 2013.

- Declaratoria de nulidad absoluta. Del otro si del contrato de prestación de servicios No. 150103040 25 BASPC9 2013, con el rubro presupuestal 2-0-4-7-0-16 de fecha de suscripción del 17 de junio del 2013 y con fecha de inicio del 25 de febrero de 2013.

- Declaratoria de nulidad absoluta. Del acta No. 201 con fecha del 28 de febrero de 2013, Cuyo asunto fue el acta de inicio del contrato No. 150103040.

- Declaratoria de nulidad absoluta. Del acta de evaluación de requisitos habilitantes proceso de selección contratación mínima cuantía No. 010 – BASPC9-2013. Expedida por el comité evaluador económico. Procedimiento por el cual se declaró no habilitada la propuesta de la sociedad a la cual represento CALICHE IMPRESORES. Dentro del proceso invitación pública 010 de 2013, cuyo objeto era: ADQUIRIR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESOS Y PUBLICACIONES PARA LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO. Adjudicado y ya liquidado, bajo el contrato No. 150103040 25 BASPC9 2013. Suscrito entre la entidad FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA EJÉRCITO NACIONAL "BATALLÓN DE A.S.P.C No. 9 CACICA GAITANA NIT. 800.131.039 – 0 y el contratista IMPRIMIMOS DE COLOMBIA representada por el señor VÍCTOR MANUEL GUZMÁN. Contrato el cual se encuentra ya liquidado.

SEGUNDO: Que LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZAS MILITARES (BATALLÓN DE ASPC NO. 9 CACICA GAITANA) reparen los PERJUICIOS MATERIALES (lucro cesante y daño emergente) ocasionados a mi poderdante quien es representante legal de la sociedad GARCIA SOLANO Y COMPAÑÍA SAS/ CALICHE IMPRESORES, los cuales ascienden a las siguientes sumas:

Por concepto de LUCRO CESANTE tenemos que: debido al irregular procedimiento de evaluación de la propuesta de la sociedad que representa mi poderdante, el Batallón otorgó el contrato al oferente que presentaba una oferta económica sustantivamente mayor; circunstancia que ocasionó que dejara de percibir un margen de utilidad sobre el contrato cuyo objeto era la adquisición de la prestación del servicio de impresos y publicaciones

¹ Folio 3 A 5

para la Novena Zona de Reclutamiento y que se estiman En DIEZ Y SEIS MILLONES DE PESOS (16.000.000), que es la cifra que resulta de restarle al presupuesto de la invitación pública, el costo de trabajo a invertir en el satisfactorio desenvolvimiento del objeto contractual, valga mencionar: materias primas, diseño y diagramación, actividades de corte, operarios de máquina, impresión, acabado, administración etc..

Por concepto de DAÑO EMERGENTE tenemos que mi poderdante sufragó in conjunto de gastos dentro del proceso contractual que se objeta, los cuales se relacionan a continuación:

- *Honorarios del abogado en el asesoramiento del proceso contractual: UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 1.179.000) equivalente a 2 SMLMV*
- *Copias de documentación requerida para presentar la propuesta: TRECIENTOS MIL PESOS (\$300.000).*
- *Concepto del contador respecto de la estimación al perjuicio en el Good Will: QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS (\$ 589.500).*

Para un total por daño emergente de DOS MILLONES SETENTA Y OCHO (\$2.078.000).

TERCERO: La suma de CIENTO SETENTA MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS (170.387.946) con respecto al Good Will de la sociedad que invocamos como un bien intangible evaluable económicamente y que resultó afectado con la imposibilidad de acceder al contrato con el batallón....

CUARTO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. Hechos²

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. El 1o de febrero de 2013 se publicó en la página web del batallón de ASPC9 la invitación pública No. 10 de 2013 cuyo objeto era "ADQUIRIR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESOS Y PUBLICACIONES PARA LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO".

1.2.2. Según los estudios previos de la etapa precontractual señalaron como justificación de selección la propuesta que exhibiera el menor precio.

1.2.3 El 4 de febrero de 2013 se instaló la audiencia de cierre del proceso "INVITACIÓN MÍNIMA CUANTÍA", en la que quedaron inscritos los siguientes

² Folio 5 y 6.

proponentes: García Solano y Compañía S.A.S-Caliche Impresores, Cecilia Dussan Quiñones – Logos Publicidad, Nelson Trujillo Zuleta, Víctor Manuel Guzmán – Imprimimos de Colombia y Editora Surcolombiana.

1.2.4 El 5 de febrero de 2013 se procedió a la evaluación y verificación de los requisitos habilitantes de la sociedad demandante arrojando los siguientes resultados:

- "- Documentación de orden económico: cumple.*
- Presupuesto y cantidades mínimas: cumple.*
- Calificación factor riesgo: habilitado.*
- Experiencia acreditada – evaluación técnica: no cumple."*

1.2.5 El 6 de febrero de 2013 la entidad actora se pronunció ante las anteriores observaciones, argumentando que la experiencia de la Secretaría de Tránsito y Transporte cumplía con los requisitos establecidos en la invitación pública.

1.2.6 La entidad demandada respondió las observaciones presentadas indicando que la certificación aportada *"esta mejorando la propuesta y que además la experiencia acreditada es un mero requisito de forma"*.

1.2.7 Mediante la Resolución No. 135 del 7 de febrero de 2013 se ordenó el saneamiento del proceso contractual, toda vez que no se publicó oportunamente en el portal de contratación la respuesta a las observaciones del informe de evaluación, lo que implicó ajustar el cronograma inicialmente establecido.

1.2.8 La entidad demandada modificó nuevamente el cronograma con el fin de evaluar la propuesta presentada por el oferente Víctor Manuel Guzmán, quien se encontraba en segundo orden de elegibilidad, quien presentó un certificado de experiencia, emitido por el ejército, con el mismo objeto que el expuesto en la invitación público.

1.2.9 El 13 de febrero de 2013 se comunicó la aceptación de la oferta en el proceso de invitación pública de mínima cuantía No. 010-BAASPC9-2013.

1.2.10 El 25 de febrero de 2013 se suscribió el contrato No. 150103040 25 BASPC9 2013 entre el Ejército Nacional-Batallón de ASPC No. 9 Cacica Gaitana y el contratista Imprimimos Colombia representada por el señor Víctor Manuel Guzmán.

1.3. Fundamentos de Derecho³

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 4, 93 y 94 de la Constitución Política y, 2, 23 a 30, 44, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993.

Indicó que en el trámite precontractual se generó una irregularidad que vicia la celebración del contrato, pues no era posible rechazar una propuesta cuando existan formalidades subsanables.

Sostuvo que "la única forma de adjudicar y celebrar el contrato y su otro si o contratos adicionales, era seleccionando objetivamente la propuesta más favorable para la entidad, pero dentro del marco de unas reglas claras determinadas por los documentos que otorgan puntaje, y que son subsanables, y los mecanismos de calificación que en últimas era lo que le permitía al demandante ser adjudicatario del contrato mencionado".

Afirmó que si la entidad demandada hubiera aceptado la aclaración hecha en las certificaciones aportadas, que no conllevaban a una mejora de la oferta, la sociedad actora sería la beneficiaria del contrato.

Manifestó que el Ejército Nacional celebró el contrato objeto de estudio con desviación de poder, toda vez que negó las objeciones presentadas por la sociedad actora y en consecuencia resolvió adjudicar el contrato al oferente que presentó una propuesta económica superior.

³ Folios 7 a 14.

Adujo que el proceso de selección fue indebidamente dirigido a la sociedad Imprimimos de Colombia para que resultara como adjudicataria del contrato, pues las certificaciones aportadas son fiel copia de lo requerido en el pliego de condiciones.

Señaló que la sociedad demandante debió ser la respectiva contratista, ya que fue quien cumplió con los requisitos mínimos establecidos y propuso la oferta económica más baja y favorable a los intereses de la demandada, *"pero que fue declarado inhábil porque a juicio de las fuerzas militares la certificación de experiencia acreditada no cumplía literalmente con el objeto contractual para el cual se abrió la invitación"*.

Expuso que la propuesta ofrecida por García Solano y Compañía SAS fue la más baja al reflejar un valor unitario total de \$3.116,92; *"cifra considerablemente inferior a la propuesta económica ofrecida por el proponente Víctor Manuel Guzmán/Imprimimos de Colombia ubicado en segundo lugar dentro del orden de elegibilidad quien exhibió un valor unitario total de \$5.157,36"*.

Manifestó que la sociedad demandante subsanó en término la certificación de experiencia suscrita por la Secretaría de Tránsito y Transporte, observación que la entidad demandada contestó de forma incongruente, pues indicó que la certificación constituía un mejoramiento de la oferta.

Argumentó que la entidad demandada desconoció el contenido del artículo 2.2.8 del decreto 734 de 2012, toda vez que no es procedente rechazar a un proponente por un yerro formal, como lo es el contenido de una certificación, el cual fue subsanado.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue radicada el 20 de abril de 2015, correspondiéndole por reparto al Juzgado Sexto Administrativo de Neiva (fl. 192), el cual la admitió

mediante auto de 14 de julio de 2015, ordenando notificar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (fl. 316).

La diligencia de notificación del auto admisorio de la demanda se surtió en debida forma el 27 de julio de 2015, a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la entidad demandada y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar a folios 320 a 322.

2.2.- Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, presentó contestación de la demanda el 8 de octubre de 2015⁴, pronunciándose sobre los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Adujo que en el presente caso se configuró la **excepción de falta de legitimación en la causa por activa**, toda vez que en virtud del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 el medio de controversias contractuales solo puede ser iniciado por alguna de la partes del contrato, y en el caso en concreto la parte actora no celebró ningún contrato con el Ejército Nacional.

Señaló que los actos previos a la celebración del contrato objeto de estudio puede ser demandados mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda operó el fenómeno de la caducidad.

Manifestó que es cierto que la entidad demandada efectuó la invitación pública No. 10 de 2013 relacionada con el contrato de mínima cuantía cuyo objeto era adquirir la prestación del servicio de impresos y publicaciones para la novena Zona de Reclutamiento, contrato que se celebró con el oferente Víctor Manuel Guzmán Tovar.

Afirmó que *"la aceptación de la oferta presentada por Imprimimos de Colombia, está soportada en las evaluaciones efectuadas a las diferentes propuestas por parte del comité evaluador, donde se concluye que este*

⁴ Folios 327 a 340.

oferente cumple con todo lo exigido, mientras no se habilita a Caliche Impresores, toda vez que la certificación allegada a la propuesta no cumple con lo especificado en la invitación pública, así mismo, en la respuesta dada a las observaciones del convocante por los evaluadores jurídico y técnico, donde se ratifica su descalificación y el rechazo de la propuesta”

Indicó que en los estudios previos se señaló que se escogería al oferente que exhibiera la propuesta de menor valor y que cumpliera con la totalidad de los requisitos exigidos en la invitación pública, dentro de los cuales se encontraba la certificación de experiencia, lo anterior de conformidad con el literal c) del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

Luego de citar jurisprudencia que consideró aplicable al caso en concreto, afirmó que *"la prueba documental indica claramente que la entidad tomó las decisiones a que hubo lugar en las etapas pertinentes del conocido proceso de contratación de mínima cuantía, conforme lo dispuesto por la ley para el efecto y lo actuado por cada uno de los proponentes, lo cual en ningún momento obedece a un fin, querer o motivo personal del funcionario o ajeno al fin de dicho trámite... así las cosas, no se configura la alegada desviación de poder, no pudiéndose en consecuencia afirmar que los actos administrativos demandados se encuentren viciados de nulidad”*.

2.3.- Audiencia inicial

A través de providencia de 14 de marzo de 2016 (fl. 564), el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva fijó como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 13 de junio de 2017 a las 8:30 a.m.

En el acta de la audiencia inicial (fl. 566) se dejó constancia que se declararon no prosperas las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por activa, indebida acumulación de pretensiones y caducidad, además no encontró excepciones de oficio por decretar, por lo tanto, se procedió a continuar con el trámite de la audiencia.

Acto seguido, el *A quo* fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación, delimitando el problema jurídico en “*establecer si efectivamente dentro de la invitación pública existía o no la causal de rechazo de la propuesta bajo condiciones de experiencia y si la conclusión a la que llegó la entidad de rechazar la propuesta, a pesar de existir una certificación de experiencia, fue adecuada y proporcional según las especificaciones solicitadas en la invitación pública*”.

Posteriormente, el Despacho dispuso tener como pruebas todos los documentos allegados con la demanda y su contestación, y que no resultaba necesario decretar pruebas de oficio.

Luego, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 179 y 181 del C.P.A.C.A., decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, concedió el término de 10 días a las partes para presentar sus alegatos finales.

2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia

2.4.1 La apoderada de la parte demandada mediante escrito del 21 de junio de 2017⁵ reprodujo la totalidad de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2.4.2 El apoderado de la parte actora a través del memorial del 27 de junio de 2017⁶ señaló que la sociedad fue excluida de la invitación pública con el “irrisorio” argumento de que las certificaciones de experiencia aportadas no guardan relación con el objeto contractual, cuando lo cierto es que se probó que la empresa prestó sus servicios de realización de papelería impresa para la Secretaría de Tránsito y Transporte.

Agregó que se vulneró el principio de transparencia, toda vez que el(a) oferta pública estaba dirigida a un oferente específico y reiteró los demás argumentos expuestos en el concepto de violación de la demanda.

⁵ Folios 517 a 572

⁶ Folios 573 a 577

2.4.3 El *Agente del Ministerio Público* no emitió concepto.

2.5.- Sentencia de primera instancia

El *Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Neiva*, a través de sentencia dictada el 1 de agosto de 2017⁷, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto contenido en la comunicación de la aceptación de la oferta dirigida a IMPRIMIMOS DE COLOMBIA, de fecha 13 de febrero de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del contrato de prestación de servicios No. 150103040 25 BASPC9 2013, de fecha 17 de junio de 2013.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO CONDENAR en costas.

QUINTO: En firme la sentencia, archívese el expediente, previa anotación en el software de gestión Justicia siglo XXI".

Como fundamento de su decisión, el *A quo* señaló que, en materia de los actos precontractuales, los mismos no pueden ser enjuiciados o atacados judicialmente en forma separada, sino que por el contrario son sujetos de estudio y evaluación frente al acto decisivo del proceso precontractual, por lo tanto, el acto de adjudicación es el sujeto de control judicial con el respectivo contrato.

Indicó que el proceso contractual adelantado por el Batallón de ASPC No. 9 "*CACICA GAITANA*" estuvo fundamentado en el capítulo V del Decreto 734 de 2012 que regula lo atinente a la modalidad de selección de mínima cuantía, en el cual se realizó una invitación pública para suscribir un contrato cuyo objeto era "*ADQUIRIR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESOS Y PUBLICACIONES PARA LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO*".

Expresó que la sociedad "*GARCÍA SOLANO Y COMPAÑÍA SAS*" para cumplir con el requisito de experiencia, allegó certificación suscrita por la Secretaría de Movilidad de Neiva en la que se hace constar que ejecutó el contrato

⁷ Folio 581 a 590.

de compraventa No. 392 de 8 de junio de 2012 de objeto *"Contrato de compraventa de papelería impresa, con destino a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal"*.

Señaló que la entidad demandada al rechazar la propuesta de la sociedad actora, por el requisito de experiencia, no especificó el ítem de experiencia que dejó de cumplirse de conformidad con el acápite *"4.2.3 EXPERIENCIA ESPECIFICA DEL PROPONENTE"* de los estudios previos.

Manifestó que los proponentes para acreditar la experiencia requerían contar con una experiencia mínima de un (1) año como comercializador del objeto del contrato, en el que consideró que no podría comprender los ítems exactos requeridos por la entidad en la invitación pública ni mucho menos la existencia de contrato con la novena zona de reclutamiento, sino que para ello bastaba la acreditación de la experiencia como comerciante y en la prestación del servicio de impresos y publicaciones

Por lo anterior, adujo que la sociedad *"GARCÍA SOLANO Y COMPAÑÍA SAS"* se encontraba en capacidad de efectuar actos de comerciante relacionadas con la papelería, conforme al certificado de experiencia aportado, y por ende se cumplió con la experiencia exigida, por lo que la evaluación surtida por parte de la entidad contratante, que rechazó la propuesta, carece de fundamentación válida.

Mencionó que a la demandante le asistía el derecho a que le fuera aceptada la oferta, pues cumplió con el requisito de experiencia y presentó la oferta de menor valor.

Respecto a la indemnización de perjuicios señaló que dicha pretensión se torna como un restablecimiento del derecho, por lo tanto sobre la misma operó la caducidad, tornando imposible su reconocimiento.

2.6.- Recursos de apelación

2.6.1 La entidad demandada a través del escrito de fecha 11 de agosto de 2017⁸ apeló la anterior decisión, solicitando revocarla y que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demandada, para lo cual argumentó que todas las actuaciones surtidas por la entidad en desarrollo del conocido trámite estuvieron ajustadas a derecho y concretamente a la normatividad sobre la materia vigente para la entidad.

Indicó que la aceptación de la oferta presentada por Imprimimos de Colombia, está soportada en las evaluaciones efectuadas a las diferentes propuestas por parte del comité evaluador, donde se concluye que este oferente cumple con todo lo exigido, mientras no se habilita a Caliche Impresores toda vez que la certificación allegada a la propuesta no cumple con lo especificado en la invitación pública.

Replicó la totalidad de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2.6.2 La parte actora por medio de memorial de fecha 16 de agosto de 2017⁹ impugnó la decisión de primera instancia relacionada con la negativa del reconocimiento de los perjuicios, al señalar que en virtud del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 la parte que inicie el medio de control de controversias contractuales, puede solicitar que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Manifestó que las pretensiones de la presente Litis es la nulidad del contrato y del acto de la aceptación de la oferta con su respectiva reparación de perjuicios, medio de control que puede interponerse dentro de los 2 años siguientes a la suscripción del acuerdo, por lo tanto, no ha operado el fenómeno de la caducidad de las pretensiones indemnizatorias.

Indicó que el *"medio de control de controversias contractuales fue interpuesto dentro del plazo estipulado, lo que hace pertinente no solo la nulidad del contrato de prestación de servicios y el acto de aceptación de la*

⁸ Folios 592 a 599.

⁹ Folios 600 a 6004.

oferta, sino la posibilidad de que se le reparen los perjuicios, toda vez que es claro que la entidad demandada le causó unos daños que deben ser indemnizados”.

2.7.- Trámite de segunda instancia

El recurso de apelación formulado por la parte actora fue concedido por el A quo en la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 celebrada el 12 de octubre de 2017¹⁰, y admitido por este Tribunal a través de providencia de 24 de noviembre de 2017¹¹, además, mediante auto de 23 de marzo de 2018¹², se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia

2.8.1. La *parte actora* mediante escrito del 5 de abril de 2018¹³ presentó alegatos de conclusión retirando los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en el concepto de violación de la demanda.

2.8.2. La *entidad demandada* presentó alegatos de forma extemporánea, pues el término concedido por el Despacho para el efecto venció el 30 de abril de 2018¹⁴ y las alegaciones finales se radicaron el 8 de marzo de 2019¹⁵.

2.8.3. El *Ministerio Público* no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

¹⁰ Folio 98.

¹¹ Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

¹² Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

¹³ Folio 14 a 22 cdno. Segunda Instancia

¹⁴ Folio 24 cdno. Segunda Instancia

¹⁵ Folio 27 a 32 cdno. Segunda Instancia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En cuanto a las facultades del juez de segunda instancia al desatar la apelación, el artículo 328 del Código General del Proceso, norma procedimental general aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”.

En ese contexto es claro que el *Ad quem*, cuando apelan ambas partes del proceso, puede revisar toda la actuación, incluyendo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir y no solo los motivos de la impugnación.

3.2.- Planteamiento del caso

En el caso objeto de estudio, la *parte actora* pretende la nulidad del contrato de prestación de servicios No. 150103040 25 BASPC9 2013 de fecha de suscripción del 17 de junio de 2013 y del acta de inicio del 25 de febrero de 2013 con su respectiva acta de adjudicación y los demás actos administrativos que rechazaron la propuesta presentada por la parte actora, en consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a la entidad demandada reconocer y pagar el lucro cesante, el daño emergente y los perjuicios ocasionados al Good Will.

El *Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva*, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de la adjudicación del contrato en estudio, al argumentar que la entidad demandante cumplió con el requisito de experiencia exigido en los

estudios previos, por lo cual le asistía el derecho de ser la respectiva contratista, pero negó el reconocimiento de la indemnización solicitada al considerar que había operado la caducidad en dicha pretensión.

La *parte actora* interpuso recurso de *apelación* contra la anterior decisión, manifestando que se deben acceder a las pretensiones indemnizatorias, toda vez que el medio de control de controversias contractuales caduca en 2 años, por lo tanto, al presentarse la demanda en dicho término las pretensiones tienen ánimo de prosperidad.

De otro lado la *parte demandada* recurrió la decisión al argumentar que el procedimiento contractual adelantado en la invitación pública No. 010 de 2013 se adelantó en debido cumplimiento de las normas que desarrollan la materia, además el oferente demandante no cumplió con el requisito de experiencia, en los términos descritos en el pliego de condiciones.

3.3.- Problema jurídico

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar, si se debe o no revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y si, en su lugar, resulta procedente acceder a las pretensiones indemnizatorias o por el contrario negar la totalidad de las suplicas.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes puntos: i) Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones ii) Reglas de subsanabilidad de las ofertas en los procesos de contratación iii) tratamiento judicial de los actos administrativos separables en materia contractual iv) contrato de mínima cuantía v) lo probado en el proceso y vi) caso concreto.

3.3.1.- Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones

En lo relativo a la naturaleza de los pliegos de condiciones y su carácter vinculante, el Consejo de Estado precisó que:

*“Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los **principios de transparencia, selección objetiva e igualdad**, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar¹⁶.*

Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo¹⁷.

De ésta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de forma tal que desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas este que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 803.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual¹⁸.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas¹⁹. – Resaltado por la Sala –

Además de lo precisado con anterioridad, las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisión de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista.

De otro lado, el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993 estableció el contenido de los pliegos de condiciones, fijando los siguientes criterios:

- i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección,
- ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007),
- iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato,

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. 30.161.

iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes,

v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública,

vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar.

Desde un marco negativo los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente:

i) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento,

ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad,

iii) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes,

iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada,

v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante,

vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes.

De modo que, bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante.

3.3.2. Reglas de subsanabilidad de las ofertas

Previamente a la expedición de la Constitución Política de 1991 la regulación de los procesos de selección se encontraba estructurada en una filosofía de excesivo formalismo y rigurosidad, circunstancia que dio lugar a que ante el incumplimiento o inobservancia de requisitos meramente formales, más no sustanciales, las entidades estatales rechazaran o eliminaran propuestas favorables para la satisfacción de sus intereses.

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 y la posterior expedición de la Ley 80 de 1993, el legislador quiso eliminar e incluso matizar el excesivo rigorismo que permeaba los procesos de selección del contratista, estableciendo principios y reglas que limitaran la facultad de las entidades contratantes para rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales²⁰.

En efecto, mediante el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 el legislador fue claro al señalar que el incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación o al proponente, innecesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no serían un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas, al respecto la norma en cita señaló:

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

Dicha regla se reprodujo posteriormente en el párrafo 1º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que *"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la*

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 27.986 (Original del texto citado).

propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización".

Por su parte, los numerales 7º y 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 consagran por una parte, el deber de la administración de establecer en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual van a realizar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para evaluar las propuestas y deberán resolver las aclaraciones y explicaciones presentadas por los oferentes, y de otro, la facultad de los proponentes de presentar observaciones frente a los informes de evaluación de las propuestas elaborados por el comité asesor de la entidad.

A su vez, al numeral 6º de la norma en comento establece que las diversas propuestas presentadas deben referirse y sujetarse a todos cada uno de los puntos previstos en el pliego de condiciones.

Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas²¹.

Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059 (Original del texto citado)

En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; **de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables**; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables.

Al respecto, la Jurisprudencia ha establecido tres clases de requisitos de la oferta de la siguiente manera:

*existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que "atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal"*²² ²³.

Luego, si lo que ocurre es que en un determinado proceso de selección, en los pliegos de condiciones se establece como uno de los requisitos de evaluación y calificación que se allegue una certificación fundamental para realizar el ejercicio comparativo de las propuestas por la importancia que reporta para el desarrollo del objeto a contratar, y uno de los proponentes no allega dicha certificación de forma oportuna y adecuada, es evidente que el incumplimiento de dicho requisito no es susceptible de ser subsanado, lo que conduciría indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta.

3.3.3. Tratamiento judicial de la demanda de los actos administrativos separables en materia contractual

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324 (Original del texto citado).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. 30.161.

La teoría de los actos separables indica que es posible individualizar o aislar los actos precontractuales de aquellos proferidos en la etapa contractual y post contractual de la administración, para efectos de su impugnación, de tal manera que existen diferentes medios de impugnación –controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho- para controlar la actividad contractual del Estado²⁴. A grandes rasgos, el fundamento de esta teoría se sustentó en que los actos proferidos antes de la celebración del contrato no poseen un contenido bilateral, sino que son expedidos de manera unilateral por parte de la entidad contratante²⁵.

Así, las decisiones de la administración proferidas antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad contractual podían ser demandadas mediante acciones distintas a la de controversias contractuales, pues el objetivo del legislador había sido de dotar a estos actos de independencia por considerarlos separables del contrato.

Al respecto la Ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 87 que los actos administrativos producto de la actividad contractual solo podían ser impugnados mediante la acción de controversias contractuales, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Esta norma fue interpretada en un primer momento²⁶ en el sentido de indicar que la actividad contractual comprendía todas las actuaciones administrativas que tenían que ver con el contrato, es decir, la etapa precontractual, contractual y post contractual, de ahí que debieran ser impugnadas mediante la acción de controversias contractuales, pues no existía una razón que justificara su control judicial por medio de otra acción, salvo 3 excepciones legales que la propia normatividad había consagrado para que fueran tramitadas por las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dichas excepciones fueron los actos de calificación y clasificación del

24 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1048 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

25 Ibídem.

26 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

proponente, el acto de adjudicación y el que declara desierto el proceso contractual.

Posteriormente la Jurisprudencia del Tribunal de Cierre de la Jurisdicción, señaló que además de las tres excepciones precisadas con anterioridad, también podían demandarse por medio de la acción de simple nulidad como lo era el acto de apertura de la licitación, dado que existían casos en los que este podía desconocer principios de transparencia y se convertía en un obstáculo para la selección objetiva de contratistas.²⁷

Luego, en una tercera etapa interpretativa de esta normatividad²⁸, se precisó que el concepto de “actividad contractual” debía entenderse de forma restrictiva y solamente comprendía los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por lo que los actos precontractuales debían ser impugnados mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que los actos contractuales y post contractuales eran enjuiciables mediante la acción relativa a las controversias contractuales.

Ahora, con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-, se introdujeron algunos cambios en lo que respecta a la forma de impugnar por vía judicial los actos administrativos proferidos durante la etapa precontractual, ya que si bien se mantuvo la posibilidad de demandar estos actos a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no se preservó el aparte que señalaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía pedirse la nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, ni se mantuvo el término de 30 días previsto con la normativa anterior para efectos del ejercicio oportuno de la acción.

27 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

28 Ibidem

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad -artículo 137 de la Ley 1437 de 2011- y nulidad y restablecimiento del derecho -artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y post contractual corresponderían de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales, cuya legitimación se encuentra asignada a cualquiera de las partes del contrato.

Al haberse eliminado la previsión que limitaba el ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho luego de celebrado el contrato, fuerza concluir que lo deseado por el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue mantener para la etapa precontractual las reglas de estos medios de control.

Por lo tanto, como la norma en cita estableció que a los actos precontractuales se le aplicaría las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los mismos están sometidos a la caducidad.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que el Juez Administrativo, en virtud de la acumulación de pretensiones, evalúe la legalidad del contrato en virtud de los actos previos se suscitaron, pues en ellos se puede contener la ilegalidad que finalizó con la suscripción del mismo.

3.3.4. Contrato Estatal de mínima cuantía

El contrato sin formalidades plenas tiene fundamento en los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen la función administrativa y la actividad contractual del Estado, permitiendo escoger al contratista de manera rápida y eficaz, mediante un procedimiento sucinto, con un mínimo de exigencias formales y teniendo en consideración únicamente los precios del mercado, todo lo cual tiene por objeto satisfacer la prestación de servicios, la ejecución de trabajos y obras y la adquisición de bienes hasta por las cuantías previstas en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de

1993, pues la finalidad de esta modalidad de contratación es ser una de las herramientas necesarias para que las entidades estatales suplan las necesidades más recurrentes que se generan día tras día.

Hoy día, los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina **contratos de mínima cuantía** y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y por el capítulo V del Decreto 734 de 2012; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas.

Las normas en cita indicaron:

ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

5) Contratación mínima cuantía. <Numeral subrogado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la

oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

3.3.5. Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁹, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio de los recursos, lo siguiente:

- Estudios Previos de la oferta pública del contrato de mínima cuantía No. 150103040 de 2013 (fls. 43 a 47), en los que se señaló:

"OBJETO: ADQUIRIR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESOS Y PUBLICACIONES PARA LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO.

1 DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD A SATISFACER:

Mediante EL PLAN DE ASIGNACIÓN DE PARTIDAS FIJAS DE LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO fue asignado con destino a: impresiones de volante para el ingreso como soldado regular, soldados campesinos volantes anticorrupción, impresión de boletas de citación, hojas de frenos legales, impresión de las tarjetas de la novena zona, actas de compromiso y la debida encuadernación, impresión de los formatos para el proceso de incorporación formatos para boletas de citación, formatos para tarjetas de reservistas, formatos para expedientes RM3, carpeta celuguia, encuadernación de libros, estas necesidades se requieren para el excelente funcionamiento en la fase administrativa de incorporación, a satisfacer en los diferentes distritos de la Novena Zona de reclutamiento situado mediante giro 2-0-4-7-4 y 2-0-4-7-3 recursos 16 SSF SERVICIOS IMPRESOS Y PUBLICIDAD para adquirir el servicio de EDICIÓN DE LIBROS ESCRITOS TRABAJOS LITOGRAFICOS, PUBLICIDAD Y PROPAGANDA Destinados a la NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO. En sus respectivas ciudades de origen de acuerdo al plan de contratación para la presente vigencia."

²⁹ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

- Invitación Pública y Pliego de condiciones de la oferta pública de febrero de 2013 suscrita por el Ejército Nacional Batallón de ASPC No. 9 "Cacica Gaitana" (fls. 25 a 42), que, indicó:

"1.1 OBJETO: El Batallón ASPC9 requiere contratar el "ADQUIRIR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESOS Y PUBLICACIONES PARA LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO"

1.6 CAUSALES DE RECHAZO DE PROPUESTAS

- EL Batallón de ASPC9, rechazará cualquier o todas las propuestas antes de la adjudicación del contrato en los siguientes casos:

- No haya correspondencia entre el objeto social del oferente y el objeto de la presente contratación.*
- Se compruebe confabulación entre los proponentes.*
- El proponente haya tratado de inferir, influenciar informarse indebidamente en el análisis de las propuestas.*
- Existan varias propuestas hechas por el mismo proponente, bajo el mismo nombre o con nombres diferentes.*
- Las propuestas estén incompletas en cuanto a que no cumplen lo especificado o dejen de incluir alguno de los documentos que de acuerdo con la invitación pública se requiera adjuntar a la propuesta, y dicha deficiencia impida la evaluación objetiva de la propuesta.*
- No se allegue la información solicitada con el fin de aclarar la propuesta, hacerlo en forma incompleta o extemporánea sobre documentos que sean objeto de participación y verificación. En dicho evento los oferentes no podrán complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.*
- Cuando un proponente o alguno de los integrantes del consorcio o unión temporal tenga intereses patrimoniales en otra persona jurídica que presente propuesta, es decir, cuando se trate de propuestas que correspondan a sociedades que tengan socios comunes, excepto cuando se trate de sociedades anónimas.*
- Cuando la propuesta sea presentada por el conyugue o compañero permanente o quienes se encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente presente propuesta para esta contratación.*
- Cuando la propuesta supere el valor del presupuesto oficial, o cuando el valor total de la propuesta se considere artificialmente bajo.*
- Cuando se presenten dentro de la propuestas, documentos que contengan datos inexactos, tachaduras, borrones o enmendaduras que den lugar a diferentes interpretaciones o que induzcan a error, siempre y cuando tales documentos aludan a factores de selección o sean necesarios para la comparación de las ofertas.*

(...)

2.4 MODIFICACIÓN DE OFERTAS

Cuando el oferente quiera adicionar documentos a su oferta, una vez la haya entregado, podrá hacerlo antes del cierre del proceso, en sobres separados marcados de igual forma y con la misma leyenda que los sobres de presentación de la oferta, adicionalmente la leyenda "ANEXO A LA OFERTA PRINCIPAL". Los sobres deben ser entregados antes de la fecha y hora límite y cierre y se dejará constancia expresa de esta circunstancia se tomará la fecha y hora de esta última modificación como registro de la propuesta.

(...)

2.6 EVALUACIÓN DE OFERTAS

Las Ofertas serán evaluadas acuerdo con lo establecido en parágrafo del Art. 3.5.3 del Decreto 734 de 2012 referido a la oferta que presente el menor precio. No aplica el sorteo al azar para definir el orden de elegibilidad.

Para la presentación de la oferta económica se diligenciara el Anexo No. 5 solamente, donde se relacionaran las cantidades, valores unitarios y la sumatoria de los valores totales, sin que este supere el valor del presupuesto oficial, so pena de ser RECHAZADA la PROPUESTA.

(...)

4.2.3 EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE

Condiciones de experiencia específica del proponente:

En cumplimiento del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, las condiciones de experiencia del proponente serán habilitantes para participar en el proceso y no son objeto de calificación.

Los proponentes deberán acreditar según corresponda las siguientes condiciones de tipo técnico así:

Se consideran como "Experiencia Específica o Acreditada", aquellos contratos cuya actividad comercial sea igual al objeto del presente proceso Celebrado con entidades públicas plenamente certificadas, actuando en calidad de contratista. No se acepta subcontratos, cuyo valor exceda dos veces el presupuesto del contrato a celebrar.

a). El oferente debe contar con una experiencia mínima de un (1) año como comercializador del objeto de la presente contratación.

b). EL oferente deberá presentar mínimo uno (1) certificaciones en el último año, donde certifique la experiencia. La certificación como mínimo debe ser el valor del presupuesto dicha certificación o contrato y acta deberá contener las siguientes características:

NOMBRE DEL CONTRATANTE

NOMBRE DEL CONTRATISTA

OBJETO

VALOR FINAL CONTRATADO

FECHA DE INICIO Y LIQUIDACIÓN

Si el proponente no cumple con la experiencia específica mínima solicitada será evaluado como NO CUMPLE TÉCNICAMENTE, lo que generará el rechazo de la misma."

-Acta de cierre del proceso de Invitación de mínima cuantía No. 010-BASPC9-2013 y apertura de los sobres que contienen las propuestas económicas (fls. 48 a 50), en la que se dejó constancia de lo siguiente:

"Proponentes que se han inscrito en la planilla respectiva antes de la hora del cierre de la Invitación Pública:

PROPONENTE 1: GARCÍA SOLANO Y COMPAÑÍA SAS-CALICHE IMPRESORES

PROPONENTE 2: CECILIA DUSSAN QUIÑONES LOGOS PUBLICIDAD

PROPONENTE 3: NELSON TRUJILLO ZULETA / NELSON TRUJILLO ZULETA

PROPONENTE 4: VÍCTOR MANUEL GUZMAN / IMPRIMIMOS DE COLOMBIA

PROPONENTE 5: EDITORA SURCOLOMBIANA S.A

(...)

Se procede a hacer apertura de los sobres que contiene la propuesta económica, siendo el resultado de dicho procedimiento el siguiente:

PROPONENTE 1: 01 SOBRE QUE CONTIENE PROPUESTA ECONÓMICA 01 FOLIO POR UN VALOR TRES MIL CIENTO DIECISIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS MCTE (\$3.116.92) Y REQUISITOS HABILITANTES 14 FOLIOS.

PROPONENTE 2: 01 SOBRE PROPUESTA ECONÓMICA 01 FOLIO, CATORCE MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$14.315.56) Y REQUISITOS HABILITANTES 41 FOLIOS. SE DEJA CONSTANCIA DE QUE LA PROPUESTA NO VENIA TOTALIZADA SE LE PIDE AL OFERENTE QUE LA SUME.

PROPONENTE 3: 01 SOBRE QUE CONTIENE PROPUESTA ECONÓMICA 01 FOLIO POR UN VALOR TRES MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON TRES CENTAVOS MCTE (\$13.096.3) Y REQUISITOS HABILITANTES 18 FOLIOS.

PROPONENTE 4: 01 SOBRE QUE CONTIENE PROPUESTA ECONÓMICA 01 FOLIO POR UN VALOR CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS MCTE (\$5.157.36) Y REQUISITOS HABILITANTES 12 FOLIOS.

PROPONENTE 5: 01 SOBRE QUE CONTIENE PROPUESTA ECONÓMICA 01 FOLIO POR UN VALOR CATORCE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$14.853) Y REQUISITOS HABILITANTES 31 FOLIOS.

Se da traslado de la propuesta al evaluador económico quien con sustento en las condiciones fijadas en la convocatoria pública certifica que ninguna de las propuestas debe ser rechazada por no superar el presupuesto oficial.

Se da traslado a los proponentes para que manifiesten observaciones a las propuestas, (no siendo registrada ninguna observación por parte de los mismos)."

-Evaluación de requisitos habilitantes proceso selección contratación mínima cuantía No. 010-BASPC9- 2013 del 5 de enero de 2013 (fls. 51 a 54), quien respecto al proponente Solano y Compañía SAS/ CALICHE IMPRESORES indicó:

*El oferente SOLANO Y COMPAÑÍA SAS/CALICHE IMPRESORES **no se habilita** para continuar con el presente proceso, toda vez que a folio 14 de la propuesta presentada certificación que tiene como objeto LA*

COMPRAVENTA DE PAPELERÍA IMPRESA CON DESTINO A LA SECRETARÍA DE TRANSITO Y TRASPORTE MUNICIPAL, que no cumple con lo especificado en la invitación pública; por lo tanto se configura como causal de rechazo la contenida en el numeral 1.6 de la invitación pública que establece lo siguiente: "Las estén incompletas en cuanto a que no cumplen con lo especificado o dejen de incluir alguno de los documentos que de acuerdo con la invitación pública se requiera adjuntar a la propuesta, y dicha deficiencia impida la evaluación objetiva de la propuesta"

-Observaciones al informe de evaluación radicada por "CALICHE IMPRESORES" el día 6 de febrero de 2013, en la que allegó el contrato No. 392 de 2012 suscrito con la Secretaría de Tránsito y Transporte de Neiva con el fin de demostrar que el objeto contractual guarda similitud con el de la presente invitación pública y certificación aclaratoria (fls. 55 y 56).

- Con las anteriores observaciones se allegó la certificación emitida el 6 de febrero de 2013 por la Secretaría de Movilidad de Neiva, en la que se señaló que el señor Luis Calos García Solano como representante legal de García Solano y Compañía SAS – CALICHE IMPRESORES ejecutó el contrato de compraventa No. 392 del 8 de junio de 2012 con la Secretaría de Tránsito Transporte del Municipio por un valor de \$50.000.000 desde el 15 agosto al 7 de noviembre de 2012, cuyo objeto fue la compraventa de papelería impresa (fl. 132).

-Respuesta a la anterior observación, en la que se indicó que no es procedente aplicar reglas de subsanabilidad a la propuesta, por lo tanto, se mantiene la decisión de rechazo (fl. 57).

-Resolución No. 135 de 2013 proferida por el Batallón ASPC No. 9 "CACICA GAITANA", mediante la cual se ordenó el saneamiento del proceso contractual y en consecuencia se ordenó notificar debidamente las respuestas emitidas a las observaciones realizadas al informe de evaluación (fls. 62 y 63).

-Evaluación de requisitos habilitantes proceso selección contratación mínima cuantía No. 010-BASPC9- 2013 del 11 de febrero de 2013 (fls. 65 a 68), quien respecto al proponente Imprimimos de Colombia indicó:

"El oferente VÍCTOR MANUEL GUZMÁN TOVAR/ IMPRIMIMOS COLOMBIA se habilita para continuar con el presente proceso, toda vez que a folio 12 de la propuesta presentada certificación que tiene como objeto LA ADQUISICIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE IMPRESOS Y PUBLICACIÓN PARA LOS DISTRITOS DE LA NOVENA ZONA DE RECLUTAMIENTO. Que cumple con lo especificado en la Invitación Pública"

- La anterior evaluación se realizó sobre la certificación expedida el 4 de febrero de 2013 por la Novena Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional, en la que se señaló que el señor Víctor Manuel Guzmán Tovar suscribió con la entidad el contrato de prestación de servicios No. 150103040 022 BASPC9 2012 por valor de \$37.620.000, que tuvo como fecha de inicio el 6 de marzo de 2012 y de finalización el 31 de diciembre de 2012, cuyo objeto era la prestación de servicios de impresos y publicaciones para los distritos de la Novena Zona de reclutamiento y Distrito 42 (fl. 113).

-Comunicación de aceptación de la oferta de Invitación pública de mínima cuantía No. 010-BASPC9-2013 con destino al oferente Imprimimos de Colombia (fls.69 a 71).

-Contrato de prestación de servicios No. 150103040 25 BASPC9 2013 suscrito entre la entidad demandada y la sociedad Imprimimos de Colombia, por un valor de \$39.124.800 (fls. 74 a 78).

3.3.6. Caso concreto

En el caso objeto de estudio, de acuerdo con los hechos probados a los cuales se hizo alusión, se encuentra acreditado que el 1 de febrero de 2013 el Batallón de ASPC No. 9 "Cacica Gaitana" ordenó la apertura a la contratación de mínima cuantía No 150103040 de 2013 con el objeto de contratar la adquisición de servicios de impresos y publicaciones para la Novena Zona de Reclutamiento (fls. 25 a 42).

A dicha licitación presentaron su propuesta *GARCÍA SOLANO Y COMPAÑÍA SAS-CALICHE IMPRESORES* (demandante), *CECILIA DUSSAN QUIÑONES LOGOS PUBLICIDAD*, *NELSON TRUJILLO ZULETA*, *VÍCTOR MANUEL GUZMÁN / IMPRIMIMOS DE COLOMBIA*, ahora adjudicataria y *EDITORIA SURCOLOMBIANA S.A.*

Por su parte el numeral 4.2.3. del pliego de condiciones, relativo a la verificación de la experiencia específica del proponente, precisó que el proponente deberá acreditar como mínimo un año de experiencia relacionada con el objeto contractual, además deberá aportar una certificación de la experiencia expedida con anterioridad a un año, de no cumplir tal requisito la propuesta será rechazada de conformidad con el numeral 1.6 de la invitación pública (fls. 25 a 42).

Junto con la propuesta, el actor allegó certificación expedida por la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Neiva, en la que tuvo como objeto la compraventa de papelería, lo anterior se acreditó con la evaluación técnica realizada por la entidad demandada (fl. 54), en la cual se indicó que tal certificación no cumplió con lo especificado en la invitación pública.

Tal certificación no fue allegada por la parte actora con la demanda, ni tampoco se anexó con los documentos remitidos en la contestación de la demanda, sin embargo, de la evaluación realizada por parte de la entidad demandada se concluye que la certificación tuvo como objeto la compraventa de papelería.

Ahora bien, como la entidad demandada no habilitó a la sociedad García Solano y Compañía para continuar con el proceso de selección, la misma, mediante escrito del 6 de febrero de 2013 presentó observaciones a la evaluación, en el cual indicó que el objeto contractual que celebró con la Secretaría de Transito del municipio guarda total relación con el expuesto en la invitación pública, por lo que a manera de aclaración allegó el contrato al que se hizo alusión y una certificación aclaratoria.

Es de precisar en este punto que conforme al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia señalada por esta Corporación, se admite que el incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en el pliego de condiciones sea susceptible de ser subsanado en el curso del proceso de selección, también es cierto que, frente a los requisitos sustanciales, es decir

aquellos que se estiman necesarios para comparar las ofertas, no son susceptibles de ser subsanados.

En el *subjudice* la Sala considera que el defecto señalado por el comité de evaluación de la entidad podía ser subsanado, toda vez que la entidad actora allegó en tiempo la certificación de experiencia como requisito habilitante, la cual describió el objeto contractual que había suscrito con la Secretaría de Tránsito y Transporte de Neiva, además el yerro anotado por la entidad demandada solo obedeció a una interpretación de tal certificación.

La Sala precisa que, según el Tribunal de cierre de esta Jurisdicción, el defecto que no es objeto de subsanación es cuando el proponente no allega la certificación de forma oportuna y adecuada, lo que conduciría indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta³⁰; situación que no se presenta en el caso bajo estudio, ya que el actor anexó certificación con la propuesta económica en término, en la cual se describió el objeto contractual, y es sobre este último punto que la entidad demandada en un proceso de interpretación consideró que no cumplía con el descrito en la invitación pública.

En ese orden de ideas, como el "error" anotado por el Ejército Nacional es de interpretación respecto al contenido de la certificación aportada por la sociedad aquí demandante dentro del proceso precontractual, no era procedente rechazar de plano la propuesta presentada por la sociedad García Solano y Compañía SAS representada legalmente por el señor Luis Carlos García Solano, pues se reitera que la certificación se radicó en tiempo y con la descripción del objeto contractual a más que se trataba de un presupuesto habilitante.

Por lo anterior, no se comparten los argumentos expuestos por la entidad demandada en la respuesta de las observaciones, visible en folio 57, toda vez que era procedente aplicar reglas de subsanabilidad a la propuesta, por lo

³⁰ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá D.C, primero (1) de julio de dos mil quince (2015). Radicación: 25000-23-26-000-2009-01055-01 (41.707) Actor: DISICO S.A. y OTRA Demandado: Nación – Contraloría General de la República y Daxa S.A. (Antes Damovo Colombia S.A.)- Proceso: Acción contractual

que, así las cosas, la entidad demandada con las observaciones a la evaluación remitió nuevamente certificación suscrita por la Secretaría de Movilidad de Neiva (fl. 132) en la que se expuso:

OBJETO: Contrato de compraventa de papelería impresa con destino a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.

Nota: la papelería impresa comprendió la elaboración de:

ITEM	CANT	CARACTERÍSTICAS
1	Unidad	Talonarios de 25 juegos del formato COMPARENDERAS, original y 3 copias, numeradas a una tinta, impresa por ambos lados, tamaño media carta
2	Unidad	Juegos, del formato INFORME POLICIAL DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO, en papel químico, Original y 3 copias, tamaño 56x25 cms numerados y a una tinta
3	Unidad	Talonarios de 50 juegos de RECONOCIMIENTO Y DICTAMEN MEDICO LEGAL, en papel bond de 60 gramos, tamaño carta Original y 2 Copias, a una tinta
4	Unidad	Tarjetas de operación impresas en formas continuas papel químico a tres partes
(...)		

Conforme a las certificaciones anexas por la parte actora en el proceso de selección se observa que el objeto contractual que celebró la empresa demandante con la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio guarda estrecha relación con el expuesto en la invitación pública realizada en febrero de 2013 por la entidad demandada, tal como lo precisó el *A quo*.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Batallón No. 9 ASPC Cacica Gaitana inició el proceso contractual No. 010 BASPC9 -2013 con el fin de contratar los servicios de impresos y publicaciones para la Novena Zona de Reclutamiento,

para realizar diversos formatos y encuadernaciones; actividades que fueron desarrolladas por la sociedad García Solano y Compañía SAS – Caliche Impresiones a favor de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Neiva, ya que dicha entidad contrató a la parte demandante para la compraventa de servicios de impresión de diferente papelería.

En consecuencia, no le era procedente al Ejército Nacional rechazar la propuesta presentada por la entidad actora, en el entendido que no había lugar a equívocos sobre las certificaciones allegadas por la demandante, pues se reitera que las mismas hacían alusión a la prestación del servicio de impresos de diferentes documentos que fueran requeridos por la entidad contratante.

Es así, que el proponente García Solano y Compañía S.A.S., al acreditar el requisito de experiencia mínima como requisito habilitante le asistía el derecho a ser evaluado dentro del proceso de contratación y, por lo tanto, el eventual contratista del Ejército Nacional para prestar el servicio de impresos y publicidad de la Novena Zona de Reclutamiento, toda vez que fue el proponente que presentó la propuesta económica más baja con relación a los otros participantes del proceso contractual.

Conforme lo expuesto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad demandada en el recurso de apelación, en cuanto señaló que el procedimiento contractual que culminó con la suscripción del contrato No. 150103040 25 BASPC9 2013 de fecha 25 de febrero de 2013 se desarrolló bajo el cumplimiento de la normatividad respectiva, toda vez que rechazó de plano al proponente demandante, sin darle trámite a la subsanación respecto de una certificación sobre su experiencia que lo habilitaba dentro del trámite precontractual.

La parte actora también manifestó que el contrato objeto de estudio adolece de nulidad por desviación de poder, toda vez que consideró que el proceso de selección estaba dirigido al proponente Imprimimos de Colombia, pues la certificación de experiencia tenía el mismo contenido del objeto contractual.

Sobre el particular, se tiene que si bien la certificación allegada por el señor *VÍCTOR MANUEL GUZMÁN TOVAR* describió que tenía experiencia en la prestación de servicios de impresos y publicaciones, tal como se expuso en el contrato objeto de estudio, esto obedeció a que tal proponente ya había celebrado un contrato de las mismas características con la entidad demanda en el año 2012, por lo tanto, si el Ejército Nacional para la vigencia 2013 vio la necesidad de contratar nuevamente los servicios de impresos, era lógico que mantuviera el mismo objeto contractual que había fijado en el pasado.

Por lo expuesto, no observa la Sala que el proceso de contratación No. 010-BASPC9- 2013 estuviera dirigido al proponente Víctor Manuel Guzmán Tovar, en razón a que la entidad demandada para la contratación de servicios de impresos utiliza el mismo objeto contractual en cada vigencia.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la adjudicación y del contrato No. 150103040 25 BASPC9 2013 de fecha 25 de febrero de 2013, al observar que el demandante cumplió con las exigencias del pliego de condiciones y presentó la oferta más beneficiosa a la entidad demandada.

Por otro lado, la parte actora señaló que se deben reconocer sus pretensiones indemnizatorias, al respecto, precisa la Sala que, al declararse la nulidad de un contrato o de un acto precontractual, el actor tiene derecho al resarcimiento de los daños antijurídicos en la modalidad de perjuicio material denominado "*pérdida de oportunidad*", que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato³¹.

Igualmente, según lo ha precisado la jurisprudencia, el oferente que no pudo participar en un proceso contractual por el rechazo infundado de la propuesta o por la exclusión indebida cuando le asistía derecho a permanecer en el proceso, tiene derecho a percibir el valor de las utilidades dejadas de percibir³².

³¹ Consejo de Estado Sección Tercera sentencia del 20 de noviembre de 2008, CP Ruth Stella Correa Palacio Expediente 17031

³² Ibidem

Asimismo, acerca de la “pérdida de oportunidad”, la jurisprudencia la hace consistir en el hecho de que si una oferta que cumplía la totalidad de requisitos y, por consiguiente, debía ser admitida, no lo fue sin razón válida para ello, impidiéndosele continuar con el respectivo proceso de selección, privándosele de la posibilidad de ser contratista, debe resarcirse con una indemnización porcentual de lo que dejó de recibir el eventual contratista en utilidad de haberse celebrado el contrato.

Sobre el quantum del daño por indemnizar, también ha dado cuenta la jurisprudencia que es del 100% de la utilidad esperada, de acuerdo con lo señalado en la oferta, dado que no es posible al juez deducir que el perjudicado como mejor proponente no habría obtenido la totalidad de la misma si hubiere podido ejecutar el contrato³³.

Sin embargo, también precisó el Tribunal de Cierre que dicha pretensión está sometida a la caducidad establecida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En un primer momento, la jurisprudencia de la Corporación pareció admitir pacíficamente la posibilidad de acumulación para las demandas que pretendieron la **nulidad del acto de adjudicación** y la nulidad absoluta del contrato, evento en el cual la acción contractual resultaba la procedente y su caducidad de dos años. Con todo analizaba la oportunidad de cada acción. En efecto, en línea con la jurisprudencia citada en la parte del estudio de la acción procedente, la Sección Tercera, en un asunto donde se presentó una demanda, pero en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar de forma acumulada la nulidad absoluta de un contrato y la de un acto de adjudicación, consideró procedente la acción contractual, razón por la cual adecuó la demanda a ese mecanismo procesal. En efecto, en esa oportunidad se dijo³⁴:

³³

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de agosto de 2003, exp. 12.857, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

"4) En ese contexto legal y jurisprudencial, si bien la acción que dijo ejercer el actor es la de nulidad y restablecimiento del derecho, actuación que además realizó oportunamente (7 de diciembre de 1994) , es decir, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que culminó la audiencia pública de adjudicación del contrato objeto del concurso de méritos en cuestión (9 de agosto de 1994), es claro que bien podía haber demandado tan solo la nulidad del acto de adjudicación y el consecuencial restablecimiento del derecho, o también haber acumulado, bajo una controversia de orden contractual, la petición de nulidad del contrato por razones de ilegalidad del acto de adjudicación que, fue precisamente lo que ocurrió, para cuya actuación el término de caducidad de la acción no era obstáculo, dado que según la norma vigente para la época, éste era de dos (2) años contados a partir de la fecha de ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho en que se fundamente la acción"

En otro asunto en el que se demandó en vigencia del Decreto 2304 de 1989 de forma acumulada la nulidad absoluta del contrato y del acto administrativo de adjudicación y su consecuente restablecimiento³⁵, se confirmó la declaratoria de caducidad de estas últimas pretensiones, en tanto fueron presentadas por fuera de **los cuatro meses siguientes a la notificación de la adjudicación**; sin embargo, en esa oportunidad, se dijo que bien podía conocerse sobre la nulidad absoluta del contrato con base en los cuestionamientos de otros actos previos (*verbigracia* los términos de referencia), por cuanto la acción contractual admitía su estudio como fundamento de la anulación, pero no así para la declaratoria de nulidad y restablecimiento, para lo cual debía demandarse en tiempo. En efecto, en esa oportunidad se dijo³⁶:

"...la ilegalidad de los actos previos solamente puede invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato; pero antes de entrar a regir esta modificación, la ley expresamente establecía la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de adjudicación en los términos del CCA, es decir con aplicación del plazo de caducidad de 4 meses contemplado en su artículo 136, de tal manera que quien se sintiera lesionado en un derecho suyo por ese acto administrativo de adjudicación, debía demandarlo en ejercicio de tal acción y dentro de este término, para obtener el restablecimiento de su derecho.

³⁵ En efecto, la demanda en ese asunto se presentó el 29 de abril de 1994, al tiempo que la resolución de adjudicación se produjo el 8 de septiembre de 1993 y el contrato cuestionado fue suscrito el 20 de septiembre siguiente.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Admitir lo contrario implicaría, así mismo, aceptar que la norma sobre caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que legalmente procedía contra el acto de adjudicación, podía ser desconocida o ignorada por el interesado y que éste podía escoger entre las varias acciones a su disposición para lograr la defensa de sus derechos –de nulidad y restablecimiento del derecho, con 4 meses de caducidad, o acción contractual con 2 años de caducidad-, lo cual resulta absolutamente ajeno y extraño a la naturaleza de esta clase de disposiciones procesales, de obligatorio cumplimiento.

Por otra parte, observa la Sala que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, lo que consagra como causal de nulidad del contrato estatal es que se haya declarado la nulidad de los actos administrativos que le sirvieron de fundamento, es decir que la norma presupone la existencia de tal declaratoria, fruto obviamente de otro proceso judicial previo en el cual hubiese sido demandado el respectivo acto, en ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso; es por ello precisamente que, a su vez, el artículo 45 ibídem establece que el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato cuando se configure esta causal de nulidad absoluta, es decir cuando surja una sentencia anulatoria de un acto previo que le sirvió de fundamento al negocio jurídico; de modo que una interpretación exegética, conduciría a rechazar la posibilidad de que la validez de tales actos precontractuales se pudiese analizar conjuntamente en el proceso en el cual se estuviere estudiando la validez del contrato al que dieron lugar; no obstante, una interpretación armónica de esta norma con la contenida en otras disposiciones, como lo es el actual artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que dispone, como ya se vio, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del mismo, permite admitir la procedencia de aducir, como causal de nulidad del contrato, la ilegalidad de los actos precontractuales que le sirvieron de fundamento, pero sin que resulte procedente en tal caso, ni la declaratoria de nulidad de los mismos ni la condena a perjuicio alguno derivado para el demandante de esa ilegalidad, salvo que en la misma demanda se hubiere efectuado la impugnación del acto de manera oportuna, teniendo en cuenta los términos de caducidad para ello.

(...)

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

Así mismo, se manifestó frente al tema, en el pronunciamiento de 20 de febrero de 2014:

*"...41. El acto de adjudicación que el demandante reputa ilegal y originario del daño por el cual reclama la indemnización de perjuicios, fue expedido el 12 de julio de 1999 y aunque no consta su notificación, comunicación o publicación, sí se probó que el contrato adjudicado fue suscrito al día siguiente. En virtud de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, **los proponentes inconformes con tal decisión administrativa, ya no podían ejercer en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, pues ya se había celebrado el contrato, razón por la cual si querían cuestionar la validez del acto administrativo, debían acudir a la acción contractual, para pedir la nulidad del contrato, alegando para ello la ilegalidad del acto precontractual y si además aspiraban a obtener el restablecimiento del derecho o la indemnización de los perjuicios ocasionados con tal acto ilegal, por considerar que a pesar de haber presentado la mejor oferta fueron injusta e ilegalmente privados de la adjudicación, tal demanda ha debido presentarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecución del acto administrativo.*

(...)

*45. De conformidad con lo anterior, resultaba procedente el análisis de validez del contrato demandado con fundamento en la legalidad o ilegalidad del acto de adjudicación, aunque se reitera que, **dado que la demanda no se presentó dentro de los 30 días siguientes a la expedición del acto de adjudicación –que lo fue el 12 de julio de 1999, siendo celebrado el contrato al día siguiente-, aún en el evento en el que se hubiera concluido que la decisión estuvo viciada –lo cual no ocurrió-, no hubiera habido lugar a restablecimiento alguno a favor del demandante...**"³⁷ – Resaltado por la Sala -*

La posición de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es aplicable a la posibilidad de analizar la nulidad absoluta del contrato estatal con base en los reparos de los actos previos, aunque si bien lo hizo no para anularlos ni para restablecer el derecho, en tanto estaban caducadas tales pretensiones, sino para revisar la legalidad del contrato atacado.

Lo anterior, por cuanto esa conclusión se extrajo de la interpretación del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, la cual fue incorporada en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, norma aplicable al asunto de la providencia en estudio³⁸, en tanto se insiste, durante la aplicación de esta norma el acto de adjudicación no era un asunto contractual, sino separable del contrato y, por consiguiente, su acción era por excelencia la de nulidad y restablecimiento

³⁷ Ibídem

³⁸ Huelga recordar que la demanda en el asunto analizado se presentó el 29 de abril de 1994, al tiempo que la resolución de adjudicación fue del 8 de septiembre de 1993 y el contrato cuestionado suscrito el 20 de septiembre siguiente.

del derecho, no así la contractual, reservada para asuntos estrictamente contractuales.

Ahora, en otro asunto similar al aquí en estudio, en el que se acumularon las pretensiones de nulidad absoluta del contrato con la de nulidad y restablecimiento del acto de adjudicación, la Subsección C, de la Sección Tercera hizo unos razonamientos similares a los aquí expuestos, sobre tener por caducadas las pretensiones de restablecimiento, pero no así las de nulidad del contrato y de la adjudicación, se dijo³⁹:

En consecuencia, es posible acumular la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación, con la pretensión anulatoria del contrato, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, siempre que el restablecimiento se solicite dentro de los 4 meses. Pretender la acumulación cuando el restablecimiento caducó conduce a que eventualmente se declare la nulidad del acto de adjudicación, pero sin que proceda restablecer el derecho, tomándose como una nulidad simple acumulada con la pretensión de nulidad absoluta del contrato.

De conformidad con la sentencias citadas se consideró admisible la acumulación de pretensiones frente a la acción contractual y la de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación, evento en el cual la acción sería la contractual y su caducidad de dos años; sin embargo, respecto del restablecimiento del derecho se dijo que sí estaba sujeto a los 4 meses de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento.

Ahora, podría pensarse que esa interpretación obligaba a demandar el acto de adjudicación, aun cuando fuera de forma acumulada con la nulidad absoluta del contrato, en el término de cuatro meses, lo cual desconocería el término de dos años para demandar el contrato; sin embargo, no puede pasarse por alto que la causa de la acción es una sola, los vicios de la resolución de adjudicación, conocidos desde su notificación, de suerte que se muestra inviable considerar al hecho de la suscripción del contrato como una causa diferente o nueva que justifique la ampliación del término de caducidad de la acción.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de junio de 2015, exp. 31.211, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E).

En todo caso la acumulación era una alternativa de la parte actora y no una obligación, razón por la cual tampoco podría considerarse desproporcionado exigir que cada una de las acciones acumuladas se presentaran en tiempo; lo contrario sería promocionar el desconocimiento de la norma de derecho público que imponía demandar en nulidad y restablecimiento dentro de los cuatro meses, para reabrir una oportunidad más amplia a través del instituto de la acumulación, lo cual resulta injustificable.

En resumen, según el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 y la extensa jurisprudencia anteriormente citada, se tiene que la nulidad del acto de adjudicación se debe demandar dentro de los 4 meses, si se persigue con eso el restablecimiento del derecho, como lo es el pago de la utilidad dejada de percibir.

Sobre el particular, en reciente decisión el Consejo de Estado señaló que:

*"Así las cosas, cuando el legislador estableció que la contradicción de los actos previos al contrato se someterían a los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, no lo hizo simplemente con el fin de cambiar el denominación del medio de control procedente, sino con la intención de establecer una diferenciación real en cuanto a la vía judicial procedente para su impugnación, de ahí que sea poco razonable que a pesar de ello se sigan aplicando disposiciones propias del medio de control de controversias contractuales, lo cual, además, va en contra de las remisiones procesales incondicionadas, las cuales suponen la aplicación de todas las normas complementarias salvo disposición en contrario."*⁴⁰

Por lo anterior, al ser sometido el acto previo al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también se debe estudiar su caducidad atendiendo dicha base normativa.

En el caso en concreto, la comunicación de la aceptación de la oferta se produjo el 13 de febrero de 2013 (fls. 69-71 y 428-429) y la solicitud de conciliación prejudicial se efectuó el 29 de enero de 2015 (fls. 97 a 98), es

40 Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00766-01(49856)

decir, tiempo después del vencimiento de los 4 meses contados a partir del día siguiente al acto precontractual de aceptación de la oferta, por lo tanto, no tuvo la entidad de suspender los términos de caducidad.

En ese orden de ideas, la Sala comparte las razones expuestas por el A quo en cuanto no reconoció los valores solicitados a título de indemnización, toda vez que dicha pretensión está sometida al término de caducidad establecida para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el entendido que el acto de adjudicación o de aceptación de la oferta, no es propiamente dicho una controversia que se derive del contrato mismo.

3.3.7. Conclusión.

El problema jurídico planteado se resolverá en el sentido de confirmar la sentencia apelada que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues, se probó que la parte actora cumplió con las exigencias del pliego de condiciones y presentó la oferta económica más baja, lo que la haría beneficiaria de la adjudicación del contrato; además, sus pretensiones indemnizatorias no tienen vocación de prosperidad, dado que las mismas se presentaron fuera del término de caducidad establecido en la Ley y en la Jurisprudencia.

IV. COSTAS

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas⁴¹ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto⁴², preceptiva

⁴¹ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

⁴² "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365⁴³ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

(...)” (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ***"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"***.

Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, la Sala encuentra que no obran elementos de prueba que

⁴³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5 de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por la entidad demandante que hagan procedente a la imposición de costas en contra de la parte demandada.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el demandante haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas por tal concepto en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

V. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 1 de agosto de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por el señor Luis Carlos García Solano como representante legal de García Solano y Compañía SAS – Caliche Impresores contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

A stylized handwritten signature in black ink, featuring a large, bold 'B' and 'M'.

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing as a series of loops and strokes.

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'G' and 'M'.

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado