

República de Colombia



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
– SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ESCRITURALIDAD**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., Quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	250002326000201000411-00
Sentencia No.	SC3-10-21-2501
Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandante	GESTION DE EMPRESAS SOCIEDAD LIMITADA
Demandado	ECOPETROL
Litisconsorte Necesario	CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S. - CAM
Asunto	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema:	EN REGIMEN DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LA INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN ASUME COMO CAUSAL DE INEPTA DEMANDA A RESOLVER EN LA SENTENCIA.

Cumplido por la Magistrada Sustanciadora el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo – C.C.A, para la primera instancia en procedimiento ordinario, encuentra para que la Sala provea.

I. ANTECEDENTES

1.1 – DEMANDA Y ARGUMENTOS DE LA ACTIVA

1.1.1- La empresa GESTION DE EMPRESAS LTDA, promueve por vía de controversias contractuales, demanda contra AL EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL, con las siguientes **pretensiones:**

Declarar la Nulidad del contrato No 5203896, suscrito entre la sociedad de economía mixta ECOPETROL S.A. y la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., cuyo objeto es la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para la empresa durante los años 2008, 2009, 2010, y 2011, por incurrir en un desvío de poder que dio lugar a una adjudicación irregular.

Como consecuencia de lo anterior, declarar contractualmente responsable a ECOPETROL S.A. y condenarla al pago de los efectos patrimoniales desfavorables que se originaron a la sociedad GESTION DE EMPRESAS LTDA, que se concretan en la existencia de un daño patrimonial derivado de los costos de confección de la propuesta, y la utilidad dejada de percibir que se calcula en CUATRO MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$4.200.000.000)

1.1.2.- Enuncia en fundamento de sus reclamaciones, en síntesis, los siguientes hechos:

- La EMPRESA DE PETROLEOS DE COLOMBIA ECOPETROL, inicio proceso de selección No 514418, con el propósito de contratar la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios vigencias 2008 a 2011, según alcance descrito en los términos de referencia.

- El 30 de octubre de 2008, se produjo adenda No 001, el 10 de noviembre siguiente, se designaron los integrantes del comité evaluador, y el 17 de los mismos mes y año, se produjo la adenda No 002, ampliando el término de evaluación de ofertas.

- Una vez presentado el informe de evaluación, GESTION DE EMPRESAS LTDA, presentó sus correspondientes observaciones, detallando sobre las irregularidades y omisiones en que incurrió el comité evaluador y que condujeron a recomendar un sorteo, bajo la equivocada conclusión de que existía un empate en puntos entre las propuestas recibidas, y el 28 de noviembre de 2008, AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., presenta replicas a las observaciones formuladas por GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA.

- El 11 de diciembre de 2008 el comité evaluador designado por ECOPETROL, señaló: "(...) una vez valorada la información vinculada con las observaciones, réplicas de las proponentes propuestas a nuevas solicitudes de aclaración y una visita en la fuente para corroborar certificación de experiencia de uno de los proponentes, el Comité Evaluador se ratifica en la recomendación expresada en nuestra comunicación del pasado noviembre 19 del año en curso"

- Advierte la activa que, la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA., no aportó el documento de constitución del consorcio AREVA – CAM, ni constancia del representante legal de éste, y tampoco acreditó sobre la participación de CAM LTDA. Sin embargo, y a pesar de la ausencia de la

información, el comité evaluador omitió cumplir las normas de la convocatoria, y le reconoció a la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA., un porcentaje del 42% sobre el valor total del contrato, cuando según lo dispuesto en las reglas del juego del proceso, debió reconocer tan solo un 20% de participación.

- Para corroborar el entorno irregular que concurrió en la evaluación y calificación de la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA., así como la insuficiencia de la información y documentación que sustentaron la decisión adoptada, por la simple y llana razón de su inexistencia, basta recordar que GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA., presentó derechos de petición a Emgesa S.A. y a Codensa S.A., para que se remitieran copias de los contratos celebrados con la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA, así como copias de las actas de su liquidación y resumen de la facturación. En respuesta, estas entidades que, forman parte del mismo grupo empresarial de CAM LTDA., como consta en los certificados de existencia y representación legal aportados en el acápite de pruebas, negaron la información, alegando una presunta reserva legal sobre la misma.

- Como resultado de la recomendación del comité evaluador, en la que se registra un empate a todas luces inexistente, se procedió a la realización del sorteo como mecanismo para decidir al proponente favorecido con la adjudicación.

- En desarrollo de dicha audiencia, y ante la confirmación de la decisión de empate, CAM LTDA., resultó favorecida irregularmente, pues a pesar de haber escogido la balota que le otorgaba el derecho a la adjudicación, su puntaje, en realidad, no alcanzaba al máximo establecido para haber empatado con la propuesta presentada por GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA.

1.1.3- En la descrita secuencia fáctica, argumenta la demandante como **cargo único**:

El desvío del poder en el que incurrió ECOPETROL S.A, se concretó y materializó al habilitar propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS -CAM LTDA., obviando que el Contrato No 4700066561 celebrado con CODENSA S.A. E.S.P. no cumplía con el requisito mínimo de experiencia, y la información allegada con la propuesta no permitía establecer el monto del valor del contrato que correspondía a gestión de compras y contratación como lo exigían las reglas del proceso de selección.

Asimismo, porque habilitó irregularmente la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA, asumiendo equivocadamente como cumplido el requisito de existencia de autorización al representante legal, por parte de la Junta Directiva, para la presentación de la propuesta y posterior celebración del contrato.

Derivando de los enunciados errores en la evaluación y ponderación de la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS – CAM LTDA., irregular e indebida privación del derecho que le asistía a GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA, para ser el adjudicatario del contrato, por tener la única propuesta calificada con mil (1.000) puntos.

1.1.4- En alegatos de conclusión, GESTIÓN DE EMPRESAS SOCIEDAD LTDA., reitera en la prosperidad de sus pretensiones y destaca que ECOPETROL S.A, de conformidad con los hechos procesalmente probados, inaplicó las reglas del pliego de condiciones en los siguientes aspectos:

- Determinación de la experiencia mínima requerida y de la experiencia adicional, considerando solo el monto ejecutado de los contratos aportados, correspondientes a la gestión de compras y contratación.
- De no existir certificación sobre la composición de los consorcios o uniones temporales que hubiesen fungido como contratistas en los proyectos aportados para acreditar la experiencia, sólo se podía considerar como experiencia un 20% del valor.
- La evaluación se debía soportar en las certificaciones y contratos aportados por los proponentes, y no validar afirmaciones no soportadas, caso de la realizada por un funcionario de Codensa.
- Los requisitos de capacidad para la celebración de contratos, exigían que el representante legal de la firma adjudicataria, contará con autorización suficiente para comprometer a la sociedad para un contrato durante el año 2008, y este requisito nunca fue subsanado.
- La observancia de los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva.

Enfatiza la activa que, ECOPETROL S.A. vulneró la ley y el pliego de condiciones al definir el proceso por un sorteo, cuando realmente no había empate, y, por el contrario, era GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA, el proponente que ocupaba el primer lugar en el orden de elegibilidad, y precisa respecto a la no existencia de empate, que no correspondía con los documentos de la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA.

Finiquita en esta secuencia que, las descritas irregularidades y omisiones, conducen a la nulidad del contrato celebrado con la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA al haber desconocido el derecho de GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA., a la adjudicación; contrastado que encuentra demostrado que GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA., sí cumplió con todos y cada uno de los requisitos de admisibilidad de la propuesta y para la obtención de mil (1000) puntos, de acuerdo con los criterios de calificación dispuestos en las reglas del proceso de contratación, y la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS CAM LTDA, inadmisibles (por la incapacidad del representante legal y por la no acreditación de la experiencia) O no poder obtener mil (1000) puntos, por no acreditar debidamente la experiencia adicional.

1.2- ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN

1.2.1- EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL S.A., en oportunidad de descorrer el libelo introductorio, propone como excepciones previas: i) Inexistencia del derecho a reclamar el restablecimiento deprecado por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación – asignación – del contratista, e **ii) inepta demanda,** y como **excepciones de fondo:** i) ausencia de fundamentos para deprecar la nulidad.

En alegatos de conclusión, la pasiva reitera la configuración del fenómeno de caducidad y advierte que el contrato que nos ocupa se suscribió el 17 de diciembre de 2008, y tomando esta fecha como referencia de la del acto de asignación del contrato, se tiene que el plazo para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho, iniciaba el 18 de diciembre de 2008 y finiquitaba el 23 de febrero del 2009, esto es, treinta (30) días hábiles después, descontando la vacancia judicial, y contrastadas las anotaciones del proceso se tiene que, la demanda se radicó el 24 de junio de 2010, por fuera del tiempo de caducidad determinado en la normativa aplicable, y admitida el 22 de febrero de 2011.

Destaca en esta secuencia la pasiva, que desde la contestación de la demanda, indicó que la radicación del libelo introductorio, se efectuó, dieciocho (18) meses y siete (7) días después de suscrito el contrato, término que supera ampliamente, el de los treinta (30) días determinados para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos precontractuales, por lo que el demandante tendrá única y exclusivamente la posibilidad de perseguir la nulidad absoluta del contrato, mas no las pretensiones de contenido económico, por ser extemporáneas.

1.2.2- COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S. - CAM LTDA, al **descorrer la demanda**, se opone a su prosperidad y propone como excepciones de fondo: (i) que la propuesta presentada por CAM LTDA cumplió con los requisitos generales y requisitos mínimos exigidos; (ii) que la asignación del puntaje técnico y económico de su propuesta, se llevó a cabo de conformidad con los criterios y parámetros que regían el proceso de selección y con base en los documentos aportados; (iii) que el Representante Legal de CAM COLOMBIA se encontraba debidamente facultado para suscribir el respectivo contrato; y (iv) El empate que se presentó entre la propuesta de CAM COLOMBIA y la propuesta de GESTIÓN DE EMPRESAS se dirimió de conformidad con las reglas previstas para tal efecto por ECOPETROL.

En oportunidad de alegar de conclusión, destaca que en marco de las observaciones y replicas al informe de evaluación, no fue correcta la tesis de GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA, en el sentido que existía incoherencia entre lo manifestado en la certificación 493 emitida por CODENSA y lo señalado en las notas de los estados financieros de la propuesta, por estimar equivocadamente la accionante que, no se relacionaban actividades vinculadas con la gestión de compras y contratación; irregularidad inexistente, contrastado que la certificación constataba el aprovisionamiento integral de materiales y equipos, suministro y contratación de obras y servicios por cuantía de \$12.498.473.172, como uno de los alcances del servicio prestado dentro de la Oferta Mercantil No. 4700066561, servicios que por su definición y cuantía cumplían las condiciones exigidas para acreditar experiencia, y además, no existía incoherencia con lo señalado en las notas a los estados financieros, por cuanto éstas obedecían al criterio que desde su interpretación tuvo la auditoría al momento de emitir las notas y no podían tomarse en cuenta para reducir del objeto contractual del verdadero alcance del servicio que certificó CODENSA.

Aduce que igual acontece con respecto a la certificación 492 emitida por CODENSA, respecto de la que ECOPETROL S.A, solicitó a CAM LTDA, aclarar si las

actividades correspondieron únicamente a gestión de compras y gestión de suministros y no comprendían el valor del suministro; y de la que se precisó, con la copia de la Oferta Mercantil No. 4700068853, que las actividades desarrolladas se referían al servicio de abastecimiento.

Finiquita en esta secuencia que, los contratos 4700066561 y 328 celebrados con Codensa y Emgesa, acreditaron válidamente la experiencia mínima requerida, advertido que las actividades tachadas por la accionante, como la administración y custodia de materiales, control de calidad, suministro de stock de materiales, recepción de materiales retirados del sistema de distribución y reintegrados por los contratistas, etc., hacían parte de las actividades incluidas por ECOPETROL S.A, dentro del objeto de la gestión de compras y contratación en el glosario del Adenda No. 1 y el numeral 5.1.1.1. de las CEC dentro del proceso de selección 514418, referidas no solo a las actividades de gestión de compras y contratación, sino también a las actividades de gerencia o gestión de proyectos y el servicio de abastecimiento, y de otra, también evidencia, del contrato 4700068853 celebrado con Codensa que, acreditó válidamente la experiencia adicional requerida, pues actividades tachadas por el demandante como diseño, gestión ambiental, suministros, construcción, montaje, pruebas y puesta en servicio de una subestación, también hacían parte de las actividades incluidas por ECOPETROL como gestión de compras y contratación en el glosario del Adenda No. 1 y el numeral 5.1.1.1., de las CEC dentro del proceso de selección 514418.

Agrega esta demandada, que la gestión de compras y abastecimiento definido por ECOPETROL S.A, en el proceso de selección 514418, incluía no solo la función o etapa de adquisición de bienes y servicios, sino también la función o etapa de apoyo a las operaciones, es decir, el conjunto de acciones o tareas tendientes a la adquisición de los bienes y servicios y su ubicación, disposición, custodia, conservación, reclamaciones, devoluciones y control de stocks.

Para concluir que, el valor de los contratos acreditó con suficiencia la cuantía exigida en torno al requisito de experiencia mínima y experiencia adicional, por el cual el Comité de Evaluación otorgó a CAM COLOMBIA, cien (100) puntos, en un escenario de igualdad de condiciones con los demás oferentes, siendo en consecuencia errónea la interpretación dada por la parte demandante a los documentos y las reglas, condiciones y requisitos que rigieron el proceso de selección.

II- ACTUACION PROCESAL

2.1 El 23 de junio de 2010, obrando a través de apoderado judicial en ejercicio de la acción contractual, GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA, instauro demanda ante esta Corporación en contra de la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS – ECOPETROL S.A, con el fin de que se declarará la nulidad del contrato No. 5203896, alegando como causal, desviación de poder por haber sido adjudicado de manera irregular.

2.2 Con proveído del 18 de febrero de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “B”, **admitió la demanda** (fl. 67, c.1). Y con auto del 19 de abril de 2012, **se citó como litisconsorte necesario** por pasiva, a la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM - LTDA. (fl. 134 y 135 c1)

2.3 Decisión esta última, contra la que promovió, la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM - LTDA, recurso de apelación, resuelto por el Consejo de Estado, con auto del 16 de septiembre de 2013, **confirmando la citación del litisconsorte necesario por pasiva.**

2.5 Notificadas en debida forma de la demanda, ECOPETROL S.A. y el litisconsorte necesario - COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., contestaron la demanda dentro del término legal (fl. 192 al 396, c.1)

2.6 Con auto del 15 de mayo de 2015, se abrió el proceso a pruebas, agregó la documental arrimada con la demanda y contestación a la misma, y decretó documental, testimonial, interrogatorio de parte y pericia, solicitadas por los extremos procesales (fl. 398 al 405 c 1).

2.7 Mediante proveído del 20 de abril de 2021, se corrió traslado para alegar de conclusión, derecho ejercido por las partes conforme reseño antes, sin pronunciamiento por parte del Ministerio Público.

III- CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1- ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

3.1.1- Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para juzgar el acto precontractual y contractual de ECOPETROL S.A., contrastada la

naturaleza de acto administrativo del primero y de contrato estatal del segundo.

3.1.1.1 En el presente asunto, subyace, como soporte de la controversia de fondo, una problemática respecto de la competencia que tiene esta Jurisdicción, para juzgar una controversia originada en un contrato cuyas nulidades alegadas devienen de los actos previos o pre- contractuales proferidos por ECOPETROL S.A, teniendo en cuenta que trata de empresa que se rige en materia de contratación por normas del derecho privado.

Lo anterior, en consideración a que la activa acudió a esta Jurisdicción, en ejercicio de la acción de controversia contractual, solicitando que se declare la nulidad del contrato No 5203896, suscrito entre la sociedad de economía mixta ECOPETROL S.A. y la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., cuyo objeto fue la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para la empresa, durante los años 2008, 2009, 2010, y 2011, por haber incurrido la contratante, en tesis de la demandante, en desviación de poder que dio lugar a una adjudicación irregular.

La EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS – ECOPETROL S.A., goza de un régimen contractual especial de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1118 de 2006¹, norma vigente a la fecha de adjudicación de la licitación y suscripción del contrato objeto de litigio y por tal razón no se encuentran sometidos al régimen consagrado en la Ley 80 de 1993, panorama que obliga a precisar si la descrita circunstancia incide o no en la competencia de esta Jurisdicción para conocer de las controversias que se susciten en relación con los actos precontractuales o contractuales que de ellas emanen.

El artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 dispone lo siguiente:

“(…) Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.”²

¹ **ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A.** Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

² Este inciso fue luego modificado por el artículo 1 de la ley 647 de 2001, el cual dispone que: “El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.”

La Corte Constitucional, en sentencia C-722 de 2006, declaró exequible el régimen contractual especial de Ecopetrol S.A, y precisó:

“En efecto, los actos jurídicos de ECOPETROL S.A. se rigen por las reglas del derecho privado, pero la decisión de las controversias y litigios en que resulte involucrada los define la jurisdicción contencioso-administrativo de conformidad con el criterio orgánico que para el efecto estableció el legislador.

En relación con el régimen de contratación de ECOPETROL S.A., cabe recordar que, además de lo previsto en la Ley 1118 de 2006 sobre su sometimiento a las reglas del derecho privado, existen disposiciones que regulan de manera especial y particular el régimen de contratación de las entidades estatales y en particular de los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales.

Sobre el particular conviene resaltar, tal como lo han advertido varios de los intervinientes, que la sujeción de la actividad de contratación propia de la exploración y explotación de hidrocarburos a las normas del derecho privado, no es una novedad introducida en el ordenamiento a través de la disposición acusada (artículo 6º de la Ley 1118 de 2006), sino que, por el contrario, aparece expresamente consagrada como régimen especial en el Estatuto General de la Contratación Pública^[39], en el cual se dispone que tales actividades “continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable” y faculta a las entidades estatales dedicadas a dichas actividades para determinar en sus reglamentos internos “el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse”. En la misma disposición se precisa que “los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”.

En efecto, en materia de contratación, la Ley 80 de 1993, art. 2º, para los efectos de dicha ley, cataloga como entidades estatales a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%). Además, el artículo 76 idem., dispone que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deban sujetarse. Además dispone que Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley. En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los tribunales Administrativos.

Esta última disposición fue objeto de análisis de constitucionalidad por parte de esta Corporación que, en la providencia mediante la cual declaró su exequibilidad, dijo:

“No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por violación a la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del inciso final del artículo 150 de la Carta, no acarrea el deber para el legislador de adoptar un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.

Tampoco se encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley.

Al respecto conviene reiterar que la facultad que la norma acusada le otorga a dichas entidades estatales para incluir en sus estatutos internos las cláusulas excepcionales que pactarán en los contratos, no las habilita para exigir en sus estatutos la incorporación de cláusulas excepcionales en aquellos contratos en los que su inclusión ha sido prohibida por el legislador, pero sí en aquellos en los que guardó silencio”^[40].

Además, en materia de contratación deberá sujetarse a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, que establece que las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga

participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

De lo anteriormente expuesto se deduce que no resulta contrario a la Constitución que el legislador establezca que los procesos de contratación que se dan en determinadas áreas específicas, tales como las de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, se adelanten por las reglas del derecho privado, sin que, de otra parte, ello signifique que no hayan de tenerse en cuenta en dichos procesos tanto el deber de selección objetiva como los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993.

*En consecuencia, no se encuentra en las aseveraciones del demandante razón alguna que resulte atendible y que comprometa la constitucionalidad de la disposición acusada, razón por la cual habrá de declararse exequible el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006 por no vulnerar los artículos 209 y 210 de la Constitución”.*³

3.1.1.2 Establecido en secuencia de las anteriores premisas jurisprudenciales que, el régimen aplicable al caso concreto es el de derecho privado, integradas las disposiciones del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 y los principios selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993, se hace necesario revisar la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias derivadas, tanto de los contratos celebrados por ECOPETROL S.A, como de los actos precontractuales expedidos, precisamente en consideración a su carácter de sociedad de economía mixta con capital del Estado superior para entonces al cincuenta por ciento (50%)

El artículo 132-5 del C.C.A. - modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998- establece que: **“Los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos: “5. (...) referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes...”** (Negrillas fuera de texto); norma que consagra un criterio de competencia, en materia contractual, que atribuye a esta Jurisdicción la facultad para conocer de las controversias relativas a contratos, en general, con la única condición de que sean celebrados por entidades estatales, calidad que indudablemente ostenta ECOPETROL S.A.⁴

Premisa a la que agrega que, con la expedición de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, por la que se modificó el artículo 82 del C.C.A., se amplió la competencia

³ SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Elementos configurativos, SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Legislador puede establecer regímenes jurídicos comunes o diferentes, PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación, SENTENCIA CONDICIONADA-No aplicación, Referencia: expediente D-6697, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 7 (parcial), de la Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol y se dictan otras disposiciones”, Demandante: David Suárez Tamayo, Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil siete (2007)

⁴ Referencia: expediente D-6697, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 7 (parcial), de la Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol y se dictan otras disposiciones”, Demandante: David Suárez Tamayo, Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil siete (2007). en efecto, ECOPETROL S.A., contará en su composición accionaria con la participación de particulares, conservando el Estado mínimo el ochenta por ciento (80%) de las acciones en circulación, y desarrollará actividades de naturaleza industrial y comercial, o de gestión económica en competencia con sociedades exclusivamente privadas, para lo cual, consideró necesario el legislador darle flexibilidad y eficacia a dicha gestión disponiendo que se rija por las reglas del derecho privado, sin que por tal circunstancia pueda considerarse que pierda su naturaleza de entidad pública.

de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas; y esta claridad aportada por el artículo 82 del C.C.A., es útil para irradiar el criterio de competencia expuesto. Es así contrastado que dispuso en su artículo 1º,

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

La norma transcrita tuvo como propósito, entre otros, aclarar el régimen jurisdiccional de las entidades estatales. El cambio más significativo tiene que ver con la eliminación de la referencia que hacía el texto anterior del mismo artículo 82, a las “*controversias y litigios administrativos*”, por la expresión “*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, variación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate -contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo, que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, pasó a un criterio subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad.

3.1.1.3 Bajo el mismo hilo conductor y advertido que, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública, pero es claro que no define la competencia jurisdiccional; es de precisar que la lógica que se utiliza en este razonamiento, es similar a la aplicada para analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho privado, conjugado además que, de ambos se predica que son contratos estatales, aunque los rijan dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes.

Lineamiento en contexto del que resulta pertinente establecer que, el acto de adjudicación de una licitación, expedido por un ente estatal, es la expresión de su voluntad, en ejercicio de funciones públicas, lo cual determina su naturaleza de acto administrativo, que no depende del régimen jurídico que le impone la ley en el actuar de la Administración Pública -régimen que puede ser de derecho público o de derecho privado-, sino que deviene de la naturaleza jurídica de la entidad de la cual emana y de la función que cumple al expedirlo.

Si se consulta el concepto de acto administrativo que ha sido definido por la doctrina, a saber, *“toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos del Estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos”*⁵, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, se confirma que las decisiones adoptadas por entes estatales, en ejercicio de funciones públicas, y generadoras de efectos jurídicos indudablemente constituyen actos administrativos.

Como consecuencia del anterior planteamiento, es procedente demandar ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, la nulidad del contrato que aquí se cuestiona, pero además a través de la acción de nulidad y restableciendo del derecho la legalidad del acto de adjudicación.

3.1.1.4 En secuencia de la decantada premisa de competencia por el factor jurisdiccional, se tiene de la competencia funcional de esta Corporación para conocer del presente asunto, que se rige por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A., vigente para la época en que se promovió la demanda, y destaca que el debate gravita en torno a la nulidad absoluta del contrato No 5203896, suscrito entre la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS - CAM LTDA y la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS - ECOPETROL S.A, por cuanto se tiene en ámbito de la señalada competencia funcional, los siguientes fundamentos normativos:

En contexto de los factores funcional y territorial, el numeral 3) del artículo 132 y numeral 2) literal a) del artículo 134D del Código Contencioso Administrativo - CCA, conjugado que la pretensión superó los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a ejecutarse según pliego de condiciones en la ciudad de Bogotá. Por cuanto en orden de los precitados factores de competencia y contrastada la distribución por

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando; Tratado de Derecho Administrativo – T. II., Universidad Externado de Colombia. 4ª ed., 2003, Pg. 131.

especialidad establecida en el artículo 18 del Decreto-ley 2288 de 1989, el conocimiento del asunto que nos ocupa radica en primera instancia en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3.1.2- De la oportunidad de la demanda – no prospera la excepción de caducidad, contrastado que la demanda se promovió por vía de la acción de controversias contractuales, sin demandar el acto de adjudicación.

Es así que si bien y conforme advierte ECOPETROL S.A, el contrato del que se pretende declaratoria de nulidad, se suscribió el 17 de diciembre de 2008, y en secuencia de ello, evidencia de la realidad fáctico procesal, que en la misma fecha se emitió el acto de adjudicación, que encuentra contenido en el Acta de la Audiencia de Adjudicación, y que la demanda se radicó el 24 de junio de 2010, transcurridos dieciocho (18) meses y siete (7) días, respecto de aquella, no es menos cierto, que ésta se promovió dentro de los (2) años siguientes al perfeccionamiento del negocio jurídico contractual, previsto en el literal e) del numeral 10) del artículo 136 del C.C.A, para promover la nulidad absoluta del contrato, y que no se formuló pretensión de nulidad del acto de adjudicación, que posibilite aplicar el término de treinta (30) días, establecido para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales, ni la premisa jurisprudencial conforme a la cual, de haberse celebrado el contrato y no promoverse la acción de controversia contractual dentro del precitado plazo de treinta (30) días, siguientes a la notificación del acto de adjudicación, el demandante tendrá única y exclusivamente la posibilidad de perseguir la nulidad absoluta del contrato, mas no las pretensiones de contenido económico, por ser extemporáneas

3.1.3 De la legitimación en la causa por activa y por pasiva, y debida integración del contradictorio - encuentran cumplidos

Premisa que sustenta de una parte y en lo que corresponde a la activa, en que funge como accionante, la sociedad GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA., de quien encuentra probado que intervino en la licitación pública No. 514418.

En tanto que como pasiva concurre la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL S.A, entidad que actuó dentro de la precitada licitación como convocante adjudicando y suscribiendo el contrato del cual se pretende su nulidad.

Habiéndose vinculado además y como litisconsorcio necesario por pasiva, a la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS –CAM LTDA., entidad adjudicataria del contrato del que se pretende declaratoria de nulidad

3.2- CUESTIÓN PREVIA- INEPTA DEMANDA

3.2.1- Con fines a asumir la decisión sobre la alegada excepción de **indebida escogencia de la acción**, asume relevancia conforme se reseñó en el acápite de pretensiones, que la demandante GESTION DE EMPRESAS LTDA, presentó demanda contenciosa administrativa en ejercicio de acción contractual formulando como única pretensión,

*“**Declarar la Nulidad del contrato No 5203896**, suscrito entre la sociedad de economía mixta ECOPETROL S.A. y la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., cuyo objeto es la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para la empresa durante los años 2008, 2009, 2010, y 2011, por incurrir en un desvío de poder que dio lugar a una adjudicación irregular.*

Como consecuencia de lo anterior, declarar contractualmente responsable a ECOPETROL S.A. y condenarla al pago de los efectos patrimoniales desfavorables que se originaron a la sociedad GESTION DE EMPRESAS LTDA, que se concretan en la existencia de un daño patrimonial derivado de los costos de confección de la propuesta, y la utilidad dejada de percibir que se calcula en CUATRO MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$4.200.000.000)”

Se reitera igualmente que, **el cargo de nulidad absoluta del contrato, sustenta en desvío de poder, originado en el acto de adjudicación**, que en tesis de la activa se concretó al habilitar la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., obviando que con el contrato No 4700066561 celebrado con CODENSA S.A. E.S.P. no se cumplía con el requisito mínimo de experiencia, y que la información allegada con su propuesta no permitía establecer el monto del valor del contrato que correspondía a gestión de compras y contratación como lo exigían las reglas del proceso de selección. Asimismo, porque se habilitó erróneamente su propuesta, teniendo por aclarado adecuadamente la existencia de la exigida autorización al representante legal por parte de la Junta Directiva para la presentación de la propuesta y posterior celebración del contrato.

Secuencia en la que concluye el demandante que, al haber incurrido en estos errores de evaluación y ponderación de la propuesta de la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA., se negó irregular e indebidamente el derecho que le correspondía a GESTIÓN DE EMPRESAS LTDA., para obtener la adjudicación del contrato, por ser tener la única propuesta con mil (1000) puntos.

En este orden de ideas y contrastado que no se formuló pretensión de nulidad del acto de adjudicación, se tiene como **problema jurídico**:

¿Se configura la excepción de inepta demanda, contrastado que la pretensión de nulidad absoluta del contrato, se fundamenta en la ilegalidad del acto de adjudicación por desviación de poder, y no se demandó ni pretendió su declaratoria de nulidad, o es jurídicamente admisible?

3.2.2- En labor de desatar el interrogante planteado **es tesis de la Sala**, que de manera directa e indirecta, la demandante fundamenta la pretensión declarativa de nulidad absoluta del contrato en la ilegalidad de los actos previos a su celebración, sin pretender su nulidad a través de la acción correspondiente, a saber, nulidad y restablecimiento del derecho. Así las cosas, perfeccionado como fue el contrato en diciembre de 2008, y presentada, como se presentó la demanda el 23 de junio de 2010, esto es, después de celebrado aquel, forzoso es concluir que el demandante pretendió la nulidad absoluta del contrato en ejercicio de la acción de controversias contractuales, y que debió, por tanto, demandar, y no demandó, la decisión de adjudicación del mismo, decisión contenida en acta de audiencia de adjudicación, en tal secuencia, la activa no integró adecuadamente la proposición jurídico procesal, y en tal secuencia, se configura la excepción de inepta demanda propuesta por la pasiva – EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS – ECOPELROL S.A.

Advertido que en esquema del régimen procesal vigente en esta jurisdicción para cuando se promovió la demanda, a saber, **el Código Contencioso Administrativo y como norma supletoria el Código Procesal Civil - proceso escritural-**, el Juez Administrativo no encontraba habilitado para adecuar el trámite de la demanda a la acción idónea, **habrá de declararse la prosperidad de la excepción indebida escogencia de la acción propuesta por la pasiva.**

En fundamento y previo análisis del caso en concreto, reiterado que el esquema procesal que rige el proceso que nos ocupa en el previsto en el Código Contencioso Administrativo – CCA, se tienen como **premisas normativas**:

3.2.2.1.- Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Así emerge del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –

C.C.A, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998⁶, como quiera que dispone:

“(...) De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.” (Subrayado fuera de texto)

Preceptiva en marco de la que se tiene además, que unos son los actos administrativos producidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual previa a su existencia, y otros los producidos durante la ejecución o liquidación con ocasión también de la actividad contractual. Distinción en orden de que en principio y en tanto no se haya celebrado el negocio jurídico contractual, es distinta la vía procesal para el control de su legalidad.

Para los actos producidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual previa a la existencia del contrato, **las acciones procedentes en los eventos de suscitarse algún litigio serán las de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho**, de otra parte, los producidos durante la ejecución o liquidación con ocasión de la actividad contractual, su impugnación se surte a través de la acción contractual.

Asimismo y conforme indicó antes, con la señalada modificación introducida al **artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - C.C.A**, por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, una vez celebrado el contrato **“la ilegalidad de los actos**

⁶ Normativa que entró en vigencia el 8 de julio de 1998 puesto que de acuerdo con su artículo 163 ella entraría a regir a partir de su publicación y ésta se hizo en el Diario Oficial No. 43.335 de aquella fecha

previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”⁷.

Sobre dicho aspecto, el Consejo de Estado ha señalado:

*“En efecto, la Sección Tercera precisó que si una vez celebrado el contrato se pretende obtener alguna reparación argumentando que **el acto de adjudicación es ilegal** y que esta actuación es la que ha causado el daño, **se torna ineludible pedir no sólo la nulidad absoluta del contrato sino también la nulidad de ese acto administrativo porque de no impugnarse, se mantendrían incólumes su presunción de legalidad y las consecuencias que de ésta situación se derivan.** (...)*

Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del C.C.A, pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del derecho del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras. (...)

La Corte Constitucional por su parte al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, aunque no se pronunció en ese momento sobre si en este caso se debía pedir también, ineludiblemente, la nulidad de esos actos administrativos: (...)

*Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual **pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.** (...)*

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado.”⁸ (Las subrayas no corresponden al texto).

Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, rad. 21.669, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005

*cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.*⁹.

3.2.2.2.- El acto administrativo de adjudicación del contrato estatal, es un acto definitivo y de contenido particular, en cuanto contiene dentro de un proceso licitatorio, la manifestación unilateral de la entidad pública, de su escogencia de una de las ofertas presentadas, y se obliga a suscribir con su proponente el contrato proyectado¹⁰. De forma que contiene la escogencia definitiva y consecuente descarte de las demás propuestas y oferentes. En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo.

Mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley, en particular y con vigencia para la fecha de los hechos que nos ocupan, en el **artículo 41 de la Ley 80 de 1993**, estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones.

En este orden de ideas, el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el proponente adjudicatario. Entre otros, la obligación y el derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada, siempre que ésta no les contradiga.

Su naturaleza de acto administrativo definitivo y de contenido particular se deduce de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y aúna, la calidad de las entidades que lo expiden y de la naturaleza de la función

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C quince (15) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00551-01(19880) Actor: INDUSTRIAS MCLAREN LTDA

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, 15 de agosto de 2017, Rad. 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346).

pública en virtud de la cual se produce. En efecto, al acto de adjudicación del contrato estatal, refieren, entre otras normas, los **artículos 24 numeral 7º; 25 numeral 8º; 30 numerales 9º, 10º, 12º y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007**. Finiquitando en marco de los mismos, del Acto de Adjudicación conforme sigue:

- (i) Es un acto administrativo y en secuencia de ello, debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos.
- (ii) Es un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el **artículo 77 de la Ley 80 de 1993**, advertido que conforme al mismo, no proceden los recursos de reposición, apelación y/o queja.
- (iii) Es un acto administrativo de contenido particular, y en razón de ello, debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes, y en principio, solo puede ser demandado por quien demuestre tener un interés directo y personal en el mismo¹².

A este respecto indica el Consejo de Estado:

“(...) el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico. (...) serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad (...) ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación (...).”

Respecto del carácter obligatorio y la irrevocabilidad del acto de adjudicación del contrato estatal, prescribe expresamente **el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993**, que consigna textualmente:

“(…) El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”.
(Suspensivos y subrayado fuera de texto).

3.2.2.3.- La nulidad absoluta del contrato es la sanción que prevé la ley para los negocios jurídicos que contravienen el orden público, las normas de imperativa observancia, entre otros, y dirigen a la protección de los intereses generales. Paradigma en razón del cual y conforme prescribe el **artículo 45 de la Ley 80 de 1993**, las nulidades absolutas no pueden sanearse por ratificación de las partes. Concordantemente y tratándose de contrato estatal, el **artículo 44 Ibídem**, establece que es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando:

“(…)

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”. (Suspensivos y negrilla fuera de texto)

En régimen del derecho común, el **artículo 1741 del Código Civil**, establece que el contrato es absolutamente nulo, por *objeto o causa ilícita*¹¹, por la omisión de alguno de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos¹² o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y por haberse celebrado con personas absolutamente incapaces.

3.2.2.3.1.- Los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal, son sustancialmente los de eliminarle del mundo jurídico, de extinguir todas las obligaciones derivadas del mismo y retrotraer la situación al estado inicial, como si

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”, y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

(…) Pero el orden público comprende además los principios insitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción.

(…) Así que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.”

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “el valor”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio.

Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (para el valor), así por ejemplo, pertenecen a éstas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc.

La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden “para el valor”, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza.”

este nunca hubiera existido. Al respecto el **artículo 48 de la Ley 80 de 1993**, dispone:

“(...) La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

3.2.2.3.2.- La declaratoria judicial de la nulidad absoluta del contrato estatal, procede de oficio o a solicitud de parte. De oficio encuentra condicionada a que encuentre plenamente probada dentro del proceso y concurren al mismo, todas las partes que celebraron el contrato nulo. En éste sentido prescribía el antes citado **artículo 87 del C.C.A**, y retoma el artículo 141 del vigente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA.

3.2.2.4. Antecedentes normativos y evolución de la naturaleza jurídica de ECOPETROL como entidad del Estado.

Mediante la Ley 165 de 1948, se autorizó al Gobierno para *promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación de la Nación y del capital privado nacional y extranjero (art. 1º); con personería jurídica, y regida por las disposiciones de la misma ley y de los estatutos constitutivos que reglamentarán su funcionamiento, para que tome a su cargo las explotaciones petrolíferas de la Concesión de Mares; en caso de no obtenerse la cooperación de capital extranjero, la misma ley dispone que podrá constituirse solo con aportes de la Nación y de capital privado colombiano; y que si no fuere posible obtener la creación de una empresa de economía mixta, se faculta al Gobierno para organizarla como empresa netamente oficial.*

Posteriormente, mediante el Decreto 030 de 1951, se dispuso que la empresa tendrá a su cargo *la explotación, administración y manejo de los campos de petróleo, oleoductos, refinerías, estaciones de abastos y en general de todos los bienes muebles e inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes o contratos vigentes (art. 2º); y también se le autoriza para dedicarse a la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución y exportación del petróleo y sus derivados.*

Mediante el Decreto 1056 de 1953, se expide el Código de petróleos, mediante el cual se declara de utilidad pública la industria del petróleo (art. 4º), se establece que la explotación de este recurso sólo podrá realizarse previa suscripción de los respectivos contratos de concesión con el Gobierno (art. 2º), para lo cual cualquier persona natural o jurídica de comprobada capacidad financiera podrá presentar su respectiva propuesta, cuyo trámite y aprobación estará sujeto a lo establecido en el mismo Código (art. 21).

El Decreto 2311 de 1959, dispuso que la entidad continuará *funcionando como empresa oficial con personería jurídica propia y con autonomía administrativa y patrimonial*, pero que en su organización interna y en sus relaciones con terceros *actuará como una sociedad de carácter comercial, sin perjuicio de los intereses económicos del estado* (art. 1º). Indica que el objeto de la empresa será administrar, explotar y manejar los campos petrolíferos que forman parte de su patrimonio, constituir, organizar o participar con particulares en empresas dedicadas al transporte y refinación de hidrocarburos y *"ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas"* (art.2º). Dispone también que la Empresa Colombiana de Petróleos estará sujeta a los mismos beneficios y exenciones que las sociedades privadas que explotan la actividad petrolífera.

La Ley 20 de 1969, declara todas las minas como de propiedad de la Nación (art.1º), y establece en su artículo 12 que el Gobierno puede declarar cualquier área petrolífera como zona de reserva y *"aportarla sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero"*.

El Decreto 062 de 1970, expedido con base en el Decreto 3130 de 1968, aprueba los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que *"en su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil"*, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, *"conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos"* (ibídem). Entre sus funciones se encuentran la de administración y manejo de las zonas que correspondían a la revertida Concesión de Mares, así como la de los demás campos

que reviertan al Estado y la de *"los demás terrenos petrolíferos y minero que el Gobierno le aporte o que la Empresa adquiera a cualquier título"* (art.6°).

Con el Decreto 1209 de 1994, se aprueban nuevos estatutos para ECOPETROL. Se reitera su calidad de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. En su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas en la ley. Se indica que su objeto será *"administrar con criterio competitivo los hidrocarburos y satisfacer en forma eficiente la demanda de estos, sus derivados y productos, para lo cual podrá realizar las actividades industriales y comerciales correspondientes, directamente o por medio de contratos de asociación, de participación de riesgo, de operación, de comercialización, de obra de consultoría, de servicios o de cualquier otra naturaleza, celebrados con personas naturales o jurídicas; nacionales o extranjeras"* (art.5°).

De acuerdo con la anterior descripción normativa, se tiene que hasta este momento ECOPETROL funciona como Empresa Industrial y Comercial del Estado, se sujeta al derecho privado (salvo las excepciones previstas en la ley) y desarrolla dos objetivos centrales: uno de tipo industrial y comercial para la exploración y explotación del petróleo y sus derivados (directamente o por asociación) y otro de administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado. También se encuentra que los particulares pueden participar en la exploración y explotación de estos recursos, para lo cual deben solicitar la suscripción de los respectivos contratos de asociación con el Estado a través de ECOPETROL.

En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por los literales d), e) y f) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, el Presidente de la República expide el Decreto Extraordinario 1760 de 2003, por medio del cual *"se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A. "* Entre otros aspectos se determina lo siguiente:

a) Se escinde de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, la cual se traslada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entidad creada en el mismo decreto como Unidad Administrativa Especial con personería jurídica

adscrita al Ministerio de Minas y Energía, sometida al régimen jurídico contenido en dicho decreto y, en lo no previsto en él, al de los establecimientos públicos (artículos 1° y 2°). Se establece así que el objetivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, es la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación (Art.4) y que entre sus funciones se encuentra *"administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación"* (numeral 5.1).

b) Igual se indica que a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, le corresponde la tarea de diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar *"los nuevos contratos de exploración V explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación"* (numeral 5.3), así como el recaudo de las regalías y compensaciones monetarias que deban reconocerse al Estado por la explotación de hidrocarburos y su giro a las entidades con derecho a ellas (artículo 5-10).

c) Se escinde de Ecopetrol la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades y se crea para esa labor a la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S.A., sociedad pública por acciones del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que tiene como objetivo la participación e inversión en compañías cuyo objeto social se relacione con actividades del sector energético o con actividades similares, conexas o complementarias (Artículos 23 y 24). El patrimonio de esta nueva entidad estará conformado por activos no estratégicos representados en acciones y participaciones escindidos de ECOPETROL (art. 32).

Por lo anterior, se establece que ECOPETROL quedará organizada como *"sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía"* y se denominará *"Ecopetrol S. A"*. Se determina que sus objetivos serán la *exploración y explotación* de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, de las áreas que hasta esa fecha estén siendo operadas directamente y de aquellas otras que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, así como la refinación, procesamiento, distribución, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos, derivados y productos en el territorio nacional y en el exterior y la realización de *"cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores"*. (art.34)

Inmediatamente anterior a la radicación de la presente demanda, mediante la Ley 1118 de 2006, se autoriza a ECOPETROL S.A., para la emisión de acciones para

que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas, y que, una vez colocadas total o parcialmente las acciones, la sociedad quedará organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía (art. 1º). Además, que, en el proceso de capitalización autorizado, se garantiza que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de ECOPETROL S.A. (art. 2º).

3.2.2.5. Antecedente jurisprudencial declaratoria de indebida escogencia de la acción – inepta demanda.

En un caso similitud fáctica, el H. Consejo de Estado, mediante sentencia del 29 de abril de 2015, confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la que se declaró que la acción instaurada era indebida, y fundamento el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, su confirmación a la decisión, señalando que **una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solo pueden cuestionarse mediante la acción contractual y por consiguiente en tal caso habrá de pretenderse no solo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.**

Precisa en este sentido el órgano de cierre de esta jurisdicción:

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

En efecto resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y validez del contrato.

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto para que ello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pedida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de pronunciamiento oficioso como si podría ser la nulidad absoluta del contrato”¹³

3.2.3- Caso en concreto

3.2.3.1.- Retomando los supuestos fácticos del asunto que ocupa a esta Sala, asume relevancia que la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS –

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, veintinueve (29 de abril de 2015, actor Consorcio Ductos de Oriente Demandado ECOPETROL, expediente NO 25000-23-26-000-2004-02033-01 (34694)

ECOPETROL dio inicio al proceso de selección No 514418, con el objeto de “contratar la prestación de servicios de apoyo a la cadena de abastecimiento de bienes y servicios para Ecopetrol durante las vigencias 2008, 2009, 2010 y 2011”, el 11 de diciembre de 2008 se adjudicó el contrato a la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA, , con quien suscribió el 17 de diciembre siguiente el Contrato 5203896.

Conforme decantó antes, la activa – GESTION DE EMPRESAS SOCIEDAD LIMITADA, presentó demanda contenciosa administrativa en ejercicio de **acción de controversias contractuales**, formulando como única pretensión, la nulidad del contrato No. 5203896.

El fundamento de tal solicitud consistió en una serie de irregularidades que se concretaron y materializaron al habilitar propuesta de la Compañía Americana de Multiservicios Ltda., inaplicando las reglas del pliego de condiciones en los siguientes aspectos:

- Inaplicó la regla según la cual, para la determinación de la experiencia mínima requerida y la experiencia adicional, solamente se consideraría el monto ejecutado de los contratos aportados, correspondiente a la gestión de compras y contratación.
- Inaplicó la regla según la cual al no existir certificación sobre la composición de los consorcios o uniones temporales que hubiesen fungido como contratistas en los proyectos aportados para acreditar la experiencia, sólo se podía considerar como experiencia un 20% del valor.
- Inaplicó la regla según la cual la evaluación se debía soportar en las certificaciones y contratos aportados por los proponentes, al validar afirmaciones no soportadas de un funcionario de Codensa.
- Desconoció los requisitos de capacidad para la celebración de contratos, al entender como un requisito de forma, nunca subsanado, que el representante legal de la firma adjudicataria no contaba con autorización suficiente para comprometer a la sociedad para un contrato durante el año 2008.
- Vulneró los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva que igualmente aplican para la gestión contractual de Ecopetrol. Todas las anteriores irregularidades y omisiones, conducen a la nulidad del contrato

celebrado con CAM al haber desconocido el derecho de Gestión de Empresas Ltda., a la adjudicación.

Visto lo anterior, resulta claro que la inconformidad de la activa, comporta reproches a la legalidad del acto previo a la celebración del contrato contenido en acta de audiencia de adjudicación, por encontrar incorrectas las consideraciones a las que arribo el comité evaluador y que finiquitaron en la decisión de adjudicación del contrato a favor de la Compañía Americana de Multiservicios Ltda., es decir, el reproche de ilegalidad es contra el acto de adjudicación.

En síntesis, de manera directa e indirecta, la demandante fundamenta la pretensión declarativa de nulidad absoluta del contrato en la ilegalidad de los actos previos a su celebración, contenidos en acta de audiencia de adjudicación, sin haber pretendido su nulidad a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Así las cosas, perfeccionado como fue el contrato en diciembre de 2008, y presentada, como se presentó la demanda el 23 de junio de 2010, esto es, después de celebrado aquel, forzoso es concluir que el demandante pretendió la nulidad absoluta del contrato en ejercicio de la acción de controversias contractuales, y que debió, por tanto, demandar, y no demandó, la decisión de adjudicación del mismo y es que en tal sentido ha de reiterarse lo establecido por el Consejo de Estado al señalar que:

“una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.”¹⁴.

Por las anteriores consideraciones, esta Sala de Decisión, concluye que el demandante no integró adecuadamente la proposición jurídico procesal, y en tal secuencia, está llamada a prosperar la excepción de inepta demanda propuesta por la pasiva – Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROLS.A.

Aunado a lo anterior, asume categórico que conforme a la normatividad vigente al momento de la radicación de la demanda al juzgador adecuar el mismo al idóneo, porque no lo habilitaba la norma vigente para cuando se promovió la demanda, a saber y reitera en ello, el Código Contencioso Administrativo – CCA y Código de Procedimiento Civil como norma supletoria, esquema normativo que rige este

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C quince (15) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00551-01(19880) Actor: INDUSTRIAS MCLAREN LTDA

proceso hasta su finalización, según dispone el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA

Además y con carácter imperativo, es exigible que, al momento de dictar sentencia se valoren los presupuestos de la acción, en cuanto asumen exigibles para decidir de fondo del asunto, razón por la cual el tópico de la escogencia de la acción asume como excepción de fondo a declarar en la sentencia.

En tal sentido dispone el artículo 164 del C.C.A., que determina así:

“En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.”

Por consiguiente, se tiene en virtud **de todo lo expuesto, que esta Sala declarará probada la excepción de indebida escogencia de la acción propuesta por la pasiva.**

3.2.3.2- No emerge de la conducta procesal de GESTION DE EMPRESAS SOCIEDAD LIMITADA, como parte activa y vencida, temeridad manifiesta, y por consiguiente, no procede en su contra condena en costas, como quiera que de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo - CCA, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la condena en costas exige que se establezca temeridad del extremo procesal que se grava con aquella, y reitera en el caso en concreto, no se satisface el precitado requerimiento normativo.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárese probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción – por no integrar adecuadamente la proposición jurídico procesal, y consecuentemente la Sala se inhibe para resolver de fondo el presente asunto.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada **liquídense** por Secretaría los gastos de proceso. **Devuélvase** los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.

CUARTO: Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmada electrónicamente plataforma SAMAI

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

ly