



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, Trece (13) de Mayo de Dos Mil Veintiuno (2021)

MEDIODE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICACIÓN: 150013333003-2017-00037-00
DEMANDANTE: NELSON ROBIN COY COY
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
VINCULADO: MYRIAM BEATRIZ POVEDA FORERO
INSTANCIA: PRIMERA
ASUNTO: NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL-NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS-

I.- PARTE DESCRIPTIVA

1.-Descripción del caso objeto de decisión

1.1.- La demanda (Doc. 2 y 11, Expediente Digitalizado, E.D.)

Actuando a través de apoderado judicial, el señor **NELSON ROBIN COY COY** en ejercicio del medio de control de controversias contractuales demanda al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, con el objeto de que se resuelvan las siguientes **pretensiones**¹:

- Declarar que el contrato de concesión celebrado el 2 de marzo de 2015 entre la Institución Educativa Técnico Comercial Sagrado Corazón de Jesús y la señora Myriam Beatriz Poveda Forero, está viciado de nulidad absoluta.

Para sustentar la pretensión, expuso como **hechos**:

El día 28 de enero de 2015, a través de invitación pública No. 01 de 2015, la Institución Educativa Técnico Comercial Sagrado Corazón de Jesús, como entidad del orden departamental que funciona en el municipio de Chiquinquirá, dio apertura a un proceso de selección de mínima cuantía, cuyo objeto contractual es "*seleccionar al contratista para que preste el servicio de cafetería y tienda escolar para la población estudiantil, personal docente y administrativo de la Institución Educativa, para lo cual el oferente favorecido administrará y explotará dicho servicio mediante la comercialización y venta de comestibles, bebidas y en general alimentos a los precios comerciales aprobados por la Institución Educativa en los sitios e Instalaciones que para el efecto disponga la rectoría*". Este proceso contractual fue publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Estatal (SECOP).

Luego, se expidió la Resolución No. 04 del 5 de febrero de 2016, por la Institución Educativa, emitida por su Rector, con la cual se conformó el comité evaluador para el análisis de las

¹ Con escrito radicado el 27 de junio de 2017 (Doc. 11 del E.D.), la apoderada de la parte demandante, subsanó la demanda conforme al auto del 8 de junio de ese año, haciendo las siguiente manifestaciones:

"(...)

En ese orden, aclaramos que la pretensión principal es la de: Declarar que el contrato de concesión celebrado el 2 de marzo de 2015, entre la Institución Educativa Técnico Comercial Sagrado Corazón de Jesús y la señora Myriam Beatriz Poveda Forero, es nulo de nulidad absoluta, con fundamento precisamente en la nulidad del acto previo.

Así las cosas, entendemos que al no haberse interpuesto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto precontractual, dentro de los 4 meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, no procede en esta acción el restablecimiento del derecho transgredido a mi mandante, por lo que las pretensiones condenatorias presentadas en la demanda principal, no son procedentes y entonces, le solicitamos al juzgado de conocimiento, que analice la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad del acto previo, sin que proceda el restablecimiento. (Resaltado y cursiva, fuera del texto)

propuestas que se llegaran a presentar en el proceso de contratación. Se dice que, con ocasión de las observaciones presentadas por el demandante, y otro participante, fue suspendido el proceso de selección, siendo reactivado con la Resolución No. 05 del 5 de febrero de 2015, generándose un nuevo cronograma.

Se afirma que, teniendo en cuenta que el actor cumplía con el lleno de los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones (Invitación Pública), decidió presentar oferta, como lo venía realizando desde el año 2004, ya que fue contratista, en procesos similares en la misma entidad.

Posteriormente, el 6 de febrero de 2015 se dio el cierre de la convocatoria, y se presentaron las siguientes propuestas adicionales a la demandante: Orlando Veloza, Myriam Beatriz Poveda Forero, Roque Julio Veloza y Jefferson Aley Espitia Campos, como se demuestra con el acta de cierre, aportada con la demanda.

El 9 de febrero de 2015, se emitió el documento "*ACTA DE VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE DOCUMENTOS LAS PROPUESTAS DE LA INVITACIÓN PÚBLICA No. 01 de 2015*", por parte del comité de evaluación, y en sus conclusiones se sugirió "*Los oferentes antes mencionados no Cumplen con los documentos habilitantes requeridos en la Invitación Pública No. 01 de 2015 y se recomienda no continuar con el trámite establecido en el cronograma de actividades y declararla desierta*" (Sic)

En lo que respecta a la evaluación de la propuesta presentada por el demandante, se le consideró que no estaba habilitado por que no cumplía con el requisito "*Paz y Salvo con la Institución Educativa durante los últimos cinco años con la institución*". Decisión que fue controvertida por el oferente demandante, el 11 de febrero de 2015, porque en su criterio se carecía de sustento legal y constitucional, y se expresaron como razones: que en virtud del numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el informe de evaluación debe ser motivado en forma detallada y precisa, lo cual no se cumplió; también, que no se encontraba en la normatividad vigente aplicable al procedimiento contractual, como requisito habilitante y como causal de rechazo plasmada en el pliego de condiciones, la exigencia del "*paz y salvo*".

Ante lo anterior, el comité evaluador, ratificó su evaluación el 12 de febrero de 2015, y se solicitó un término de 15 días hábiles para contestar de fondo. Además, se señala que el 13 de febrero de 2015, el oferente se acercó a Pagaduría de la Institución Educativa, para consultar el expediente del proceso contractual, con el objetivo de presentar observaciones, pero al parecer no le fue permitido acceder al mismo.

Con escrito del 16 de febrero de dicho año, el actor solicitó al Rector de la Institución Educativa, revocar la decisión de declaratoria de desierta del Comité Evaluador, por desconocer los artículos 84 y 85 del Decreto 1510 de 2013, el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y la Ley 80 de 1993. Pero, el comité evaluador, con oficio del 17 de febrero de 2015, se pronunció indicando que no se accedía a la petición, de conformidad con la sentencia No. 31297 del 26 de noviembre de 2014, del Consejo de Estado, Sección Tercera, sin que se expusieran las razones esgrimidas en la sentencia.

El 18 de febrero de 2015, el Rector de la Institución Educativa, publicó en el SECOP, unos documentos de un nuevo proceso denominado nuevamente "*INVITACIÓN PÚBLICA A PRESENTAR OFERTAS No. 01 DE 2015*" con similar objeto. Proceso al cual nuevamente el actor presentó propuesta. Pero al ver que se le vulneraban sus derechos fundamentales al debido proceso, derecho de defensa e igualdad, radicó acción de tutela, el 19 de febrero de 2015, siendo de conocimiento en primera instancia en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá, quien le brindó protección con el fallo del 27 de febrero del mismo año, pero, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Boyacá (sic) revocó la providencia, por no cumplirse con el principio de subsidiaridad.

El 20 de febrero de 2015, se llevó a cabo audiencia pública de cierre, donde se dejó constancia de los asistentes, los valores y folios de cada una de las ofertas que se presentaron para esta segunda invitación pública. Y luego de ser evaluadas cada una de las propuestas, se consignó en el informe "*De los oferentes antes mencionados Cumple con los documentos habilitantes*

requeridos en la Invitación Pública No. 01 de 2015 la señora Myriam Poveda Forero se recomienda adjudicarle la Invitación”.

En lo que respecta a la evaluación de la propuesta presentada por el demandante, nuevamente se consideró inhábil, por no cumplir con el requisito *"Paz y Salvo con la Institución Educativa durante los últimos cinco años con la institución"*.

Se afirma, que el comité de evaluación desconoció el procedimiento señalado en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 85 del Decreto 1510 de 2013, así como la invitación misma, porque solo era objeto de evaluación la oferta de menor valor. Posterior a lo anterior, el Rector de la Institución Educativa, expidió la Resolución 09 del 27 de febrero de 2015, donde se decidió adjudicar el contrato de concesión a la oferente Myriam Beatriz Poveda Forero, y el día 02 de marzo de 2015, se celebró el contrato de concesión.

A renglón seguido, se aduce que la propuesta del demandante era la que debió ser seleccionada, porque cumplía con la totalidad de los documentos exigidos, incluso con el factor de experiencia requerido en los términos de la invitación; a su vez, era la oferta económica de menor precio, y si este no hubiera cumplido con los requisitos habilitantes, se debía proceder a evaluar la oferta con el segundo precio más bajo y así sucesivamente. Reiterando que había celebrado durante más de 10 años, los contratos para la prestación del servicio de cafetería y tienda escolar, con la institución educativa, y en ninguno de ellos le fue declarado incumplimientos.

De otra parte, se expone que al interrumpirse la continuidad de la ejecución de los contratos para la prestación del servicio de cafetería y tienda escolar de manera injustificada, el demandante tuvo que dejar las instalaciones del colegio, sin que fuera permitido retirar sus pertenencias.

Como consecuencias de los hechos narrados, el actor ha sufrido perjuicios de naturaleza patrimonial consistentes en daño emergente y lucro cesante, así como los perjuicios morales.

Como **normas violadas**, expuso: Decreto 1510 de 2013, artículo 85; Ley 80 de 1993, artículos 23, 24 y 44.3.

Dentro del **concepto de la violación**, argumenta que el contrato de concesión está incurso en causal de nulidad absoluta, por transgredir el procedimiento de selección de mínima cuantía contemplado en el artículo 85 del Decreto 1510 de 2013, ya que el señor Nelson Robin Coy Coy presentó la oferta de menor valor y por ende era la adjudicataria del contrato, y por tanto, debió ser la única evaluada por el comité evaluador. También, considera conculcados los principios de la contratación, como el de transparencia contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque en su criterio, dentro del término para presentar las observaciones al informe de evaluación, el demandante radicó oficio pidiendo que su oferta fuera habilitada ya que la misma cumplía con lo establecido en la invitación pública, porque no se tenía contemplado el requisito habilitante de estar a paz y salvo con la institución. En cambio, reseña, que el pliego de condiciones buscaba era el cumplimiento de una experiencia, la cual cumplía la oferta con suficiencia.

También, porque el contrato fue celebrado con desviación de poder conforme al numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, al haber incluido dentro del pliego de condiciones o invitación pública, una condición dentro de la experiencia a acreditar, conforme al numeral 12, en la que se exigía estar a paz y salvo por todo concepto con la institución y otras entidades estatales durante los últimos 5 años. Cláusula que considera "abusiva" porque no tiene nada que ver con el concepto de experiencia, al tenor del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Para dar respaldo a su argumento, cita la definición del requisito de experiencia consagrado en el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación. Remata señalando, que no guarda relación el concepto de experiencia, con el acreditar estar a paz y salvo con la entidad con la que se obtuvo esa calidad. Aclarando, que ese presupuesto exigido, carece de objetividad, y que observa la intención de descalificar ilegalmente al proponente, sin que se le hubiere declarado el incumplimiento de algún contrato celebrado por él.

De otra parte, plasma que se encuentra legitimado para demandar la nulidad absoluta del contrato de concesión celebrado el 2 de marzo de 2015, porque el demandante participó como oferente en el proceso de selección, donde resultó descalificado ilegalmente, pese a cumplir con el lleno de los requisitos legales, sumado a que resultaba la mejor propuesta, ateniendo a que era la de menor precio. Razones que le permiten indicar, que acredita el interés directo en la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

1.2.- Contestación de la demanda por parte del Departamento de Boyacá (Doc. 19 E.D.)

A través de apoderado judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Proponiendo como argumento defensivo, que el contrato de concesión que se demanda se encuentra ajustado a derecho, donde se determinó que el demandante no cumplía con los requisitos exigidos y por tanto, no le asistía el derecho a la adjudicación del contrato. No encuentra sustento legal y probatorio, respecto al desconocimiento de normas jurídicas indicadas en la demanda, así como la existencia de abuso o desviación de poder, ya que como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia se requiere demostrar que se ha obtenido un beneficio para sí o para un tercero por parte del funcionario público que actúa presuntamente irregularmente o con el fin desviar el interés público. Resaltando que el procedimiento de selección adelantado por la institución educativa, se ajustó al ordenamiento jurídico.

Encuentra que conforme a los documentos presentados como expediente administrativo del contrato, se constata que el demandante no cumplió con lo ordenado en el proceso contractual reclamado judicialmente. En especial al numeral 9 del punto 11 de los requisitos habilitantes donde reza **"propuesta técnica donde allegue los documentos requeridos en esta invitación"** como tampoco cumplió con la oferta económica, con los estudios previos en su punto 3.1 donde el presupuesto oficial fue fijado en el \$16.000.000. Observándose que, dentro de los requisitos exigidos, en la invitación, se encontraba el numeral 12, que correspondía a la acreditación de experiencia mínima, donde se exige estar a paz y salvo por todo concepto con la institución y otras entidades estatales. En cuanto a la propuesta económica, ofertó como valor \$9.000.000, el cual es considerado muy por debajo del mínimo para estar dentro de lo ordenado en los estudios previos.

En lo atinente, al incumplimiento del procedimiento señalado en el artículo 85 del Decreto 1510 de 2013, la defensa de la entidad manifestó, que se cumplió a cabalidad, porque precisamente el demandante no cumplió con los requisitos de la invitación, lo que llevó a considerar el siguiente oferente, en los términos del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. Disposiciones que indican que debe ser seleccionado aquel oferente que cumpla el menor precio y los requisitos habilitantes.

Se recalca que, el demandante no cumplía con el requisito de estar a paz y salvo con la Institución Educativa, como se demuestra con los anexos al expediente administrativo del contrato, donde está presente un acta de entrega de título judicial por parte de la Contraloría General de la República en contra de Nelson Robín Coy Coy, por un proceso coactivo del año 2014, el cual fue pagado en el año 2016; el requerimiento efectuado al demandante para que pagara el acuerdo de pago de lo adeudado con la Institución Educativa, lo que demuestra que se hubiese violado el principio de responsabilidad, si se adjudicaba al demandante sin cumplirse con los requisitos mínimos establecidos en la invitación pública.

Propone como excepciones: 1) Cumplimiento total de las normas y leyes en el proceso contractual; 2) Precios artificialmente bajos; 3) Rechazo de la oferta en debida forma; 4) Caducidad del Medio de Control; 4) Excepción Genérica.

2.- Crónica del proceso

- Demanda radicada el 22 de marzo de 2017 (Doc. 3 E.D.).
- Auto admisorio de la demanda del 31 de agosto de 2017 (Doc. 13, E.D.).
- Notificación personal a la parte demandada y demás intervinientes (Doc. 17 del E.D.).

- Contestación de la demanda por parte del Departamento de Boyacá el 29 de mayo de 2018 (Doc. 19 E.D.).
- Constancia secretarial de traslado de excepciones entre el 26 al 29 de junio de 2018, donde el demandante no presentó oposición. (Doc. 21 E.D.).
- La audiencia inicial se llevó a cabo el día 30 de agosto de 2018, donde se decidió como medida de saneamiento del proceso, vincular a la señora MYRIAM BEATRIZ POVEDA FORERO en calidad de contratista (Doc. 25 E.D.)
- La notificación de la señora MYRIAM BEATRIZ POVEDA FORERO se realizó el 5 de septiembre de 2019 (Doc. 35 E.D.)
- Se continuó audiencia inicial el 11 de febrero de 2020, donde se resolvió desfavorablemente la excepción de caducidad propuesta por la accionada y se decretaron pruebas (Doc. 45 E.D.)
- La audiencia de pruebas se llevó a cabo el 23 de noviembre de 2020, donde se corrió el término a las partes para presentar alegatos de conclusión por escrito (Doc. 59 E.D.)
- Ingresó el expediente para fallo el 18 de enero de 2021 (Doc. 65 E.D.)

3.- Alegatos de conclusión

La **parte demandante** por conducto de su apoderada (Doc. 62 E.D.), dentro de la oportunidad procesal correspondiente, luego de indicar que el problema jurídico a resolver en este proceso consiste en determinar si el contrato de concesión celebrado entre la Institución Educativa Técnico Comercial Sagrado Corazón de Jesús de Chiquinquirá y la señora Beatriz Poveda Forero el día 02 de marzo de 2015 esta incluso en causal de nulidad absoluta y en su caso afirmativo establecer si el demandante había presentado la mejor oferta y por ende tiene derecho a la indemnización correspondiente; considera que la respuesta es afirmativa por las siguientes razones:

Inicia señalando que la decisión del comité evaluador de no tener en cuenta la propuesta presentada por el actor, en la invitación pública No. 1 de 2015 realizada por la Institución Educativa, es contraria al ordenamiento jurídico y a los principios que orientan la actividad contractual, porque en el acta de evaluación de fecha 9 de febrero de 2015 no existía razón alguna para determinar que la propuesta no tendría lugar. Por lo que al tenor de lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el informe de evaluación debe ser motivado en forma detallada y precisa, lo cual no se cumplió, y que la razón por la cual se consideró inhábil su propuesta era que no se encontraba al día, lo cual no es cierto, porque nunca se le inició ningún tipo de proceso de cobro o reporte por las presuntas deudas, aclarando que no existe en la normatividad vigente aplicable, en los requisitos habilitantes y causales de rechazo establecidos en el Pliego de Condiciones, la figura del paz y salvo.

Con base en lo anterior, afirma que se vulneró el principio de selección objetiva consagrado en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y consagrado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, que indica que la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable y las finalidades que ésta busca en el ejercicio de la actividad contractual, estando enmarcado dentro del principio del interés general. Estos principios, según su análisis hace improcedente tener en cuenta alguna consideración de tipo subjetivo en la selección de las propuestas.

Recaba que el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, el cual implica, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, sujetándose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones. Por lo que al no garantizarse dentro del proceso contractual la participación en términos de igualdad de todos los oferentes, y al haberse retirado una propuesta de forma injustificada se afecta el principio antes referido, lo que genera la nulidad absoluta del contrato, como se ha dispuesto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia 00169 de 2017). Precisamente, por contrariar el ordenamiento jurídico, al eludir los principios de selección objetiva y transparencia.

Se agrega, que en este caso, en el proceso de selección existió desviación de poder, por inhabilitarse al demandante, sin existir razón para ello. A su vez, hay lugar a condenar a la entidad demandada a resarcir los daños solicitados, los cuales fueron acreditados con los testimonios practicados.

Con base en estos argumentos solicita que se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

La **parte demandada** a través de su defensa técnica (Doc. 63 E.D.), en el lapso procesal reafirma sus argumentos plasmados en la contestación de la demanda, que versan sobre el cumplimiento de las disposiciones aplicables al proceso contractual y reiterando que la propuesta económica del actor, contiene un precio artificialmente bajo. Sumado a que no acreditó estar a paz y salvo con la Institución Educativa.

También que, conforme al cronograma de actividades publicado en SECOP, se dio apertura el día 18 de febrero de 2015 a la invitación de mínima cuantía, y el cierre para presentar ofertas el 20 de febrero del mismo año, tiempo en el cual debió presentar observaciones pero no se realizaron, presentándose 4 propuestas como se detalló en el acta o planilla del cierre. El 25 de febrero de 2015 se realizó la evaluación por el comité evaluador, publicándose en SECOP, donde se expuso las razones por las cuales la propuesta de demandante no cumplió con la suma puesta como base de la oferta, ni acreditó estar a paz y salvo durante los últimos cinco años con la institución educativa. Se señala que el día 24 de febrero de 2015, se tenía previsto en el cronograma del proceso, la oportunidad para presentar observaciones al informe de evaluación sin que se hubieran presentado por el demandante.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

II.- DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

Con base en lo anterior, se encuentran acreditados y cumplidos los presupuestos de jurisdicción, competencia, demanda en forma, ausencia de caducidad del medio de control y agotamiento del requisito de procedibilidad. En ese orden, se declara que no existe nulidad o irregularidad que invalide lo actuado y se procederá a emitir sentencia.

III.- PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL Y ASOCIADO

Principal:

¿Determinar si el contrato de concesión celebrado el 2 de marzo de 2015 entre la Institución Educativa Técnico Comercial Sagrado Corazón de Jesús y la señora Myriam Beatriz Poveda Forero, está viciado de nulidad absoluta?

Asociados:

¿Establecer los presupuestos de la legitimación material para solicitar la nulidad del contrato estatal, cuando se trata de un oferente no seleccionado en el proceso precontractual?

¿Analizar la naturaleza jurídica del contrato de concesión?

¿Identificar las causales de nulidad del contrato estatal?

¿Considerar si se llevó de forma errónea el proceso de selección de mínima cuantía adelantado por la entidad, y si en tal caso, tendría potencial de constituir causal de nulidad del contrato?

¿Determinar si la accionada estaba facultada para exigir paz y salvo como requisito para participar en el proceso de selección?

IV.- TESIS DEL DESPACHO

El Juzgado sostendrá como tesis que no se dan los presupuestos para declarar la nulidad del contrato de concesión, por cumplirse los requisitos legales del proceso de selección y no encontrarse la vulneración de los principios de la contratación estatal.

V.- CONSIDERACIONES

1.-De la legitimación material por activa para solicitar la nulidad del contrato estatal y sus presupuestos de cara a su estabilidad jurídica.

Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el derogado artículo 87 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, consagraba la posibilidad de demandar los actos administrativos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podía invocarse como fundamento de la nulidad del contrato. Al respecto, se torna trascendente traer a colación la línea jurisprudencial elaborada por el Consejo de Estado, sobre las acciones que pueden ejercerse en contra de los actos previos a la celebración, distinguiendo las hipótesis espacio-temporales, veamos:

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

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

"(...)

"- La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos², pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones

² Nota del original: "De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia".

económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal”³

En la actualidad, con la entrada en vigencia del CPACA, a partir del 2 de julio de 2012, dentro de las modificaciones referentes a la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, corresponde a que cuando se pretenda la anulación de los actos previos a la celebración del contrato, el término de caducidad será de 4 meses, contados desde el día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según sea el caso⁴. Pese a esto, el Consejo de Estado, ha precisado que con el nuevo estatuto de procedimiento se quiso diferenciar de manera más precisa el control de legalidad de los actos administrativos separables o previos al perfeccionamiento del contrato estatal, como pasa a explicarse⁵:

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, establece en su inciso segundo que *“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”*, lo que refuerza la tesis de que aun cuando se haya celebrado el contrato, podrán demandarse o enjuiciarse separadamente en los términos del medio de control de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho; y no como se había concebido en vigencia del anterior estatuto, que pregonaba que una vez celebrado el contrato, los actos previos hacían parte de éste. Al respecto, el Consejo de Estado, se ha pronunció de la siguiente forma:

“2.4. De acuerdo con las modificaciones introducidas por el legislador al artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, resulta evidente para el despacho que su intención era dar un enfoque distinto a la forma en que se venía interpretando la contradicción de los actos precontractuales, toda vez que al haberse omitido la previsión relativa a que una vez celebrado el contrato solamente podría invocarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, se pretendió dotar de total independencia a los litigios en que se debatiera la ilegalidad de los actos administrativos previos, sin importar que con posterioridad acaeciera la celebración del contrato.

2.5. En ese sentido, 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, pues de lo contrario hubiera dispuesto incluir el mismo aparte que se encontraba en el anterior artículo 87 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la Ley 446 de 1998.

2.6. Aunado a lo anterior, otro argumento adicional para considerar que el medio de control de controversias contractuales se encuentra establecido única y exclusivamente a las controversias suscitadas con posterioridad al contrato – etapas contractual y post contractual- se encuentra en la forma en que se regula la caducidad en los literales c y j del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, tal como se entrará a explicar.

2.6.1. En lo que respecta al literal c del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, se advierte que dicha norma consagra que las demandas de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho presentadas contra actos previos a la celebración del contrato deben ser formuladas dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto, según el caso.

(...)

2.6.3 Dicho lo anterior, puede advertirse que los artículos recién expuestos también reflejan un cambio normativo en relación con el régimen jurídico anterior porque además de contemplar

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, número interno: 30.250, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en providencia del 19 de febrero de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, en el expediente 05001233100020070244301 (49.167)

⁴ Artículo 164 numeral 2º literal c “Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 24 de octubre de 2018, exp. 20001-23-26-000-2013-00502- 01 (54132)

términos de caducidad distintos –pasa de 30 días a 4 meses para formular demandas contra actos precontractuales- parten de supuestos distintos de procedencia al indicar que para las controversias contractuales es indispensable que exista el contrato, de ahí que la contabilización del término para este medio de control tenga como base la ejecución del contrato o su liquidación, cuestiones que no se presentan en la regulación de la caducidad de los actos previos al contrato, cuya base es la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto.

2.7. Así las cosas, conforme a lo expuesto, es posible concluir que para efectos de su control judicial los actos precontractuales hoy en día son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato, ya que no se introdujo la disposición que indicaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía solicitarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que sí se encontraba en la anterior normativa –artículo 87 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la Ley 446 de 1998-.”⁶

Ahora bien, en aquellos casos que no se haya ejercido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de 4 meses, si es posible acudir al mecanismo procesal de controversias contractuales para debatir la nulidad del contrato, precisamente por constituir una de sus causales.

En lo que respecta a este caso, como quedó consignado en la parte inicial de esta sentencia, se persigue es la nulidad absoluta del contrato de concesión de fecha 2 de marzo de 2015, y no el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la decisión de adjudicación (aceptación de la oferta, en los procesos de mínima cuantía), ya que esta debía intentarse dentro de los 4 meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo previo. Situación que fue precisada con la subsanación de la demanda, a folios 337 y 338 del Doc. 11 del E.D.

Vistas así las cosas, esta circunstancia, se enmarca dentro de la siguiente hipótesis que es explicada por el Consejo de Estado:

"En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de '... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato'"⁷

Lo que amerita ser reiterado en esta oportunidad procesal, ya que en su momento de forma temprana se había vislumbrado desde el estudio de admisibilidad de la demanda, concretándose el debate a la nulidad absoluta del contrato, sin que ello conlleve al reconocimiento de la indemnización solicitada en la demanda, para lo cual debió acudir en el plazo de cuatro meses, al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Hechas las anteriores claridades, lo siguiente es establecer si el demandante tiene legitimación material para solicitar la nulidad absoluta del contrato, o tiene interés serio y legítimo en la pretensión, cuando se fundamenta en la declaratoria de nulidad parcial de la invitación pública o pliego de condiciones y el acto administrativo por el cual no se le seleccionó como contratista adjudicatario dentro del proceso de selección. Acto administrativo éste último que ha sido catalogado como un acto preparatorio, por constituir decisiones unilaterales o autónomas de la administración, proferidas en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato.

Así, cuando se persigue la nulidad del contrato, producto de la ilegalidad de los actos previos, entre ellos el pliego de condiciones y el acto de adjudicación, se ha dicho que cuando se invoca esta causal, se tornan en inseparables del negocio jurídico, por no haberse promovido de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 24 de octubre de 2018, exp. 20001-23-26-000-2013-00502- 01 (54132)

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, número interno: 30.250, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

forma separada el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o simple nulidad. Situación que conlleva a proveer de estabilidad al proceso de selección, dotando de firmeza al contrato una vez se ha perfeccionado, al facultar que solo pueda ser discutido judicialmente por el Ministerio Público, las partes o un tercero que acredite interés directo. Al respecto, la Corte Constitucional, aclaró las razones por las cuales solo ciertos sujetos tienen la facultad para promover este tipo de pretensiones:

"... Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio"⁸ (se subraya).

Sobre este punto, el inciso final del artículo 141 del CPACA, consagró la legitimación material por activa, para solicitar la nulidad del contrato:

"El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."

Pero, para resolver el interrogante sobre los presupuestos de la legitimación material para solicitar la nulidad del contrato estatal, se hace imperioso consultar la posición interpretativa del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, que ha considerado lo siguiente:

*"Con otras palabras, **tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquél**, son susceptibles de ser enjuiciados **sólo por quien tiene un interés directo en uno y otro**, generalmente, por el proponente vencido, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales que el legislador ha reconocido al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato."⁹*

"Entonces el tercero que acredite un interés directo está legitimado para demandar la nulidad de los actos previos, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 31 (sic) de la Ley 446 de 1998 y al mismo tiempo pretender la nulidad del contrato, según se desprende de los términos de la norma legal en cita, prevista para proteger los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas, que pueden resultar vulnerados con ocasión de las decisiones que la administración adopta en la etapa precontractual. En consecuencia, no hay duda de que, una vez celebrado el contrato, el proponente vencido podrá solicitar tanto la nulidad de los actos previos como la del contrato, en ejercicio de la acción contractual y concretar allí mismo sus aspiraciones económicas a título de restablecimiento del derecho. Esto último en los treinta días contados a partir de la comunicación, publicación o notificación del acto"¹⁰.

Al respecto, en reciente pronunciamiento, se puntualizó:

"En este orden de ideas, esta Corporación ha sostenido que el interés directo de los terceros para pretender la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos, está radicado en quienes participaron en el proceso de selección y no resultaron adjudicatarios del mismo, en tanto se perjudicó su derecho subjetivo al no ser seleccionados por

⁸ Sentencia C-1048 de 2001 de la Corte Constitucional.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, radicación: 54001-23-31-000-1998-01333-01(19936), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de diciembre de 2013, radicación: 20001-23-31-000-1999-00741-01(27506), Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

razones injustificadas, como sería la pretermisión de las exigencias legales, el desconocimiento de los pliegos de condiciones, la adjudicación en contravía de los principios de la contratación estatal -ejemplos de algunos de los escenarios en los cuales se puede considerar viciado el acto de adjudicación-."¹¹

Además, el Consejo de Estado ha señalado que en coherencia con el mandato de brindarle estabilidad al contrato estatal, la cual se explica a partir de su relación inescindible con la materialización de los fines del Estado, la prestación eficiente de los servicios públicos y la prevalencia del interés general (art. 2 de la Constitución de 1991 y art. 3 de la Ley 80 de 1993), se debe acreditar los siguientes presupuestos para que el oferente vencido dentro del proceso de selección pueda obtener la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación y la consecuente nulidad del contrato:

"El primero de los requisitos acabados de mencionar exige prueba de que el demandante tenía derecho a ser el adjudicatario, porque su propuesta cumplió con todos los requisitos de los pliegos de condiciones y, además, era mejor que la del proponente que resultó vencedor en el procedimiento de selección.

El segundo de los requerimientos se relaciona con la confrontación del acto de la administración con las exigencias legales que ésta debía observar para su proferimiento -normas, pliegos de condiciones-, que para el efecto se consideran la ley del proceso de selección¹², principios de la contratación estatal, la competencia de la autoridad que lo emitió, la debida motivación y el respeto del derecho de audiencia y de defensa, entre otros, es decir, se refiere a la acreditación del vicio de ilegalidad objeto de reproche.

En este punto, la Sala destaca que resulta vital la comprobación de que el demandante tenía el mejor derecho para ser adjudicatario del contrato, pues, para su caso particular, no es adecuado concebir la solicitud de nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad del acto de adjudicación, como un mecanismo de control abstracto de la legalidad, toda vez que ello implicaría desconocer que ese tercero con interés acudió al control jurisdiccional con sustento, precisamente, en la afectación de sus derechos subjetivos.

Así las cosas, cuando se acude a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el objetivo único de preservar la legalidad de la actividad administrativa, se procura salvaguardar el orden jurídico a través de unas pretensiones que no tratan sobre una situación particular y específica, sino que se refieren a una mera comparación objetiva del acto con el marco normativo al cual ha debido ajustarse, de manera que el juez se encuentra ante un proceso en el que solo se ventila la legalidad abstracta de la correspondiente actividad estatal.

Por el contrario, si en el proceso se reclaman derechos e intereses de los particulares, el juez se ubica frente a una controversia en la que se procura restablecer derechos subjetivos individuales que se consideran lesionados, derivados de los vicios que fundamentan el ataque de los actos así denunciados."¹³

En esta misma providencia, se advierte que cuando el oferente vencido fundamenta la pretensión de nulidad del contrato estatal por vicios en el acto administrativo de adjudicación, y no radica la demanda dentro del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que busca restablecer derechos subjetivos individuales que se consideran lesionados, carecen de legitimación material para ese propósito, y el ataque

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, en el expediente 05001233100020070244301 (49.167)

¹² "... debe destacarse la importancia que tiene el pliego de condiciones en el procedimiento de selección del contratista, en cuanto que constituye el marco normativo que regula o disciplina, en especial, la licitación pública o concurso público y, por ende, las disposiciones en él contenidas, son de carácter vinculante tanto para la Administración como para los participantes en el procedimiento de selección y también para el contratista que resulte adjudicatario de la licitación o concurso, de donde se destaca el carácter obligatorio que le asiste al pliego de condiciones.

"Tal obligatoriedad del pliego, le ha merecido el calificativo de 'ley de la licitación' y 'ley del contrato', en cuanto que sus disposiciones no sólo regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, sino que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación" -Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, radicación: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783), Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar-

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, en el expediente 05001233100020070244301 (49.167)

que debe realizar deberá estar delimitado a otras causales que puedan dar lugar a su declaratoria, veamos:

"En estas condiciones, la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación exige al tercero que la pretensión de restablecimiento del derecho se soporte en la existencia real y verificable de un interés directo que, en estos casos, no es otro que la acreditación de haber sido la mejor propuesta; lo anterior se explica bajo el juicio de incidencia o repercusión en los derechos que se aducen vulnerados y en función del interés del actor situado en el restablecimiento que pretende, concretando así la legitimación material en la causa que es exigida.

Sin embargo, cuando ya no es discutible un beneficio patrimonial o negocial, por haberse presentado la demanda por fuera del término de los 30 días frente a los actos previos en sede contractual, como en el caso sub iudice, habrá de señalarse que ese tercero no está habilitado ni siquiera para proponer la pretensión anulatoria, en tanto carece del interés subjetivo que la ley exige para ello.

***En consecuencia, la nulidad absoluta del contrato sólo estará disponible cuando ese tercero u otros terceros acrediten un interés directo, distinto al que proviene de la causal de nulidad de los actos previos, pues, se reitera, en tales casos ya el plazo para un restablecimiento quedó agotado, resultando imposible su restablecimiento; así las cosas, la nulidad del contrato será susceptible de análisis judicial, si existen otras causales que puedan dar lugar a su declaratoria o, como antes se indicó, siempre que el tercero logre acreditar un interés distinto al del restablecimiento, que tenga trascendencia jurídica, y capacidad para repercutir de cualquier modo en la situación de ese tercero demandante.*"¹⁴**

De esta manera, tenemos que cuando el oferente o proponente desea discutir la nulidad del contrato, por aspectos netamente subjetivos que tiene relación con su descalificación deberá radicar su demanda en el término señalado para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; en cambio, cuando persigue otro interés diferente al restablecimiento de su derecho, como lo sería la búsqueda de la protección del principio de legalidad, deberá demostrar las causales encaminadas a ese fin, consagradas en el ordenamiento jurídico, en esta hipótesis tendrá que radicar su demanda dentro del plazo fijado para las controversias contractuales.

1.2.- Del interés directo del señor NELSON ROBIN COY COY.

En vista de que la legitimación material por activa, resulta ser un presupuesto esencial para el proceso, se analizará de forma inicial, si el demandante lo cumple. En este caso, el actor no formuló la demanda dentro del término de los 4 meses siguientes a la notificación del acto de adjudicación, el que conforme al procedimiento de selección de mínima cuantía, corresponde a la aceptación de la oferta de fecha 25 de febrero de 2015 (fl. 222, Doc. 02 del E.D.), ya que la solicitud de conciliación prejudicial fue radicada ante la Procuraduría 177 Judicial I para Asuntos Administrativos, el 06 de febrero de 2017 (fl. 21, Doc. 02 del E.D.) y la demanda el día 22 de marzo de 2017 (Doc. 3 del E.D.).

Lo anterior, en coherencia con la posición adoptada por el Consejo de Estado sobre este aspecto impide realizar el control de legalidad del contrato, por nulidad del acto de adjudicación, por haberse propuesto la demanda fuera del término para ventilar su interés directo o subjetivo, fincado en que había presentado la mejor propuesta; lo que lleva al despacho a averiguar si el interés del oferente vencido, se cimenta en aspectos diferentes a la expedición del acto de adjudicación o aceptación de la oferta, que amerite un control abstracto de legalidad del contrato, lo que en estricto sentido define su legitimación material para elevar la pretensión anulatoria del contrato.

Al revisar la demanda, en los fundamentos fácticos se expone que en el nuevo proceso de selección Invitación Pública a Presentar Ofertas No. 01 de 2015, donde radicó propuesta el demandante, y luego de ser evaluadas las ofertas presentadas el comité evaluador recomendó la aceptación del ofrecimiento realizado por la señora MYRIAM POVEDA FORERO. No siendo

¹⁴ Ibídem

habilitada la propuesta del demandante, porque no acreditó estar a paz y salvo con la Institución Educativa convocante. Reparó que la entidad no siguió el procedimiento consagrado en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 85 del Decreto 1510 de 2013, porque solo era objeto de evaluación la oferta de menor valor.

Más adelante, indicó que su propuesta era la que debió ser seleccionada, porque cumplía con la totalidad de los documentos exigidos, incluso el factor de experiencia requerido en el pliego de condiciones, y era la de mejor precio. Aduce, que se violó el principio de transparencia contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque se le inhabilitó por no cumplir un requisito no contemplado en el pliego de condiciones, consistente en estar a paz y salvo con la institución. También, porque el contrato fue celebrado con desviación de poder, en los términos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, al exigirse en la invitación una condición dentro de la experiencia a acreditar, en el numeral 12, que requería estar a paz y salvo, considerando esta cláusula "abusiva", por no guardar relación alguna con el concepto de experiencia, de conformidad al numeral 5º del artículo 24 del estatuto de contratación. Requisito que no era objetivo, y por ende la descalificación fue ilegal.

Los anteriores argumentos, fueron ampliados en los alegatos de conclusión, señalando que también se violaron los principios de selección objetiva y transparencia, porque no existía mérito para rechazar la propuesta del demandante, máxime que ofreció el menor valor.

En el sub lite, no solamente se reclama la nulidad del contrato por la ilegalidad del acto de adjudicación, sino por otras circunstancias relacionadas con presuntos vicios en el procedimiento de selección adelantado y en la estructuración del pliego de condiciones, que amerita abordar su análisis minucioso por parte de este despacho. Lo anterior, también tiene apoyo en que el juez, podrá en todo caso, de oficio declarar la nulidad del contrato, como se dispone en el inciso final del artículo 141 del CPACA "*El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.*"

Por tanto, al evidenciarse que el actor no solamente fundamenta su pretensión en aspectos subjetivos de su propuesta, sino en circunstancias de mera legalidad, el despacho encuentra que tiene legitimación material por activa, para plantear la nulidad del contrato, lo que requiere continuar con el análisis de los demás problemas jurídicos asociados.

2.- Del contrato de concesión.

La Ley 80 de 1993 en el artículo 34 numeral 4º, consagra el contrato de concesión en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4o. Contrato de Concesión.

*Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales **con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.***"

Para mayor comprensión, acudiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos característicos del contrato de concesión son los siguientes:

"Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (I) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (II) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (III) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público^[124]; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80:

«a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato»^[125].

También la jurisprudencia constitucional ha perfilado los rasgos distintivos del contrato de concesión, en los siguientes términos:

"De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

a) Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona - concesionario-;

b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.

c) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;

d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.

(...)¹⁵

De esta manera no ofrece duda alguna, que el contrato de concesión está diseñado entre otras posibilidades para que una entidad pública ceda un bien de su propiedad, para su explotación, a un particular que se denomina cesionario, que a cambio de la operación y explotación de la actividad concedida recibe una remuneración. El cesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines del estado, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. Al cabo de terminar el contrato, conforme al artículo 19 de la Ley 80 de 1993, opera la cláusula de reversión "En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna".

3.- Del procedimiento de mínima cuantía.

Es importante recordar, que en materia de contratación estatal existen procedimientos de selección debidamente regulados en la ley, encaminados a garantizar la selección objetiva de los ofrecimientos. La Ley 1150 de 2007 por la cual "...se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993", consagra en su artículo 2º que "La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa", atendiendo a la cuantía del presupuesto del contrato y/o su naturaleza.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", creó el procedimiento de mínima cuantía, así:

"ARTÍCULO 94. TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA. Adiciónese al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

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.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 18 de marzo de 2010, expediente 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

PARÁGRAFO 1o. *Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*

*<Inciso adicionado por el artículo 6 del Decreto Legislativo 537 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> **Adquisición en grandes superficies.** Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, cuando se trate de la adquisición de bienes relacionados con la emergencia, las entidades públicas podrán adquirirlos mediante el instrumento de agregación de demanda de grandes superficies, en cuyo caso el valor de la transacción podrá ser hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva Entidad Estatal.*

PARÁGRAFO 2o. *La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.*

PARÁGRAFO 3o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 42 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos eventos en que las entidades estatales deban contratar bienes o servicios de características técnicas uniformes que se encuentren en un acuerdo marco de precios y cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía, las entidades deberán realizar la adquisición a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que el bien o servicio esté disponible por ese medio.*

Las entidades que no se encuentren obligadas a hacer uso del acuerdo marco de precios igualmente podrán utilizar esta figura antes que la selección por mínima cuantía."

En lo que respecta a la reglamentación de este procedimiento, el despacho atenderá la fecha de suscripción del contrato demandado, que fue en el año 2015, y por ende se encontraba vigente el Decreto 1510 de 2013, el cual fue compilado posteriormente en el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015. En el Decreto 1510 de 2013, se dedicó el capítulo V, para regular el procedimiento de mínima cuantía, precisando el contenido de los estudios previos y reiterando el procedimiento a seguir para seleccionar el mejor ofrecimiento, veamos:

"Artículo 84. *Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La entidad estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:*

- 1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.*
- 3. Las condiciones técnicas exigidas.*
- 4. El valor estimado del contrato y su justificación.*
- 5. El plazo de ejecución del contrato.*
- 6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación."*

"Artículo 85. *Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad estatal, independientemente de su objeto:*

- 1. La entidad estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.*
- 2. La entidad estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la entidad estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.*
- 3. La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la entidad estatal antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.*
- 4. La entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la entidad estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.***
- 5. La entidad estatal debe publicar el informe de evaluación durante un (1) día hábil.*
- 6. La entidad estatal debe aceptar la oferta de menor precio, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía. En la aceptación de la oferta, la entidad estatal debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.*
- 6. En caso de empate, la entidad estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.*

7. *La oferta y su aceptación constituyen el contrato.*" (sic)

Al revisar las anteriores disposiciones, el criterio de selección o de puntuación, en este procedimiento especial de mínima cuantía, es la oferta de menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar. Consagrándose en el reglamento, que al evaluar las ofertas económicas debe verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación, si esta no cumple con las condiciones del pliego de condiciones, la entidad debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

El procedimiento de mínima cuantía, es expedido por naturaleza, siendo similar a la subasta inversa, pero para cuantías pequeñas, donde la administración en su deber de planeación puede calificar condiciones técnicas y precio, además de los presupuestos esenciales que debe cumplir el oferente para poder celebrar contratos con el Estado, en los términos del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, que advierte lo siguiente:

"ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación."

De acuerdo al numeral 1 de la norma transcrita, la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización será objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes, sin que otorgue puntaje. Lo que lleva a distinguir los requisitos habilitantes de aquellos que otorgan puntaje en los diferentes procedimientos de selección señalados en la Ley. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, como se trata de un proceso de selección de mínima cuantía, el factor determinante para seleccionar la oferta es el menor precio, por mandato legal. Empero, respecto de la mínima cuantía, el artículo 85 numeral 1 del Decreto 1510 de 2013, establece que la invitación pública o pliego de condiciones, debe establecer "...La forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas", lo que lleva a concluirse que los requisitos que no otorgan puntaje para el caso de la mínima en su totalidad son requisitos habilitantes¹⁶. Aspecto que será objeto de explicación en el capítulo siguiente.

4.- De la competencia de la administración para establecer requisitos necesarios para comparar las ofertas.

En primera medida, teniendo en cuenta que el marco de discusión que se plantea gira en torno a si la entidad transgredió los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad, al incluir dentro de su pliego de condiciones, la exigencia de acreditar estar a paz y salvo, para poder participar en el proceso de selección que dio lugar al contrato demandado; tal circunstancia lleva a analizar si la competencia para confeccionar requisitos habilitantes es ilimitada o por el contrario tiene límites.

El Consejo de Estado, al analizar la Ley 80 de 1993, advierte que si bien la administración tiene el deber de establecer requisitos en los pliegos de condiciones, encaminados a

¹⁶ De forma precisa los numerales 3 y siguientes del artículo 5 de la Ley 1150 de 2011, regula la forma como ha de ponderarse los requisitos que otorgan puntaje en la licitación pública, selección abreviada de menor cuantía, subasta inversa y concurso de méritos.

seleccionar la mejor oferta para sus intereses, tiene claros límites en los principios consagrados en el Estatuto de la Contratación, como a continuación se enuncia:

"Para resolver esta cuestión la Sala parte por precisar que en la Ley 80 de 1993 –ley aplicable en el caso concreto- se encuentran recogidos los principios y las normas que sirven de marco y sustento para la confección de los pliegos de condiciones, al tiempo que constituyen el fundamento normativo para la definición de los requisitos y las formalidades que pueden ser válidamente exigidos para participar en el procedimiento de licitación pública.

Ahora bien, aun cuando se ha reconocido que la entidad estatal contratante, como directora del contrato y plena conocedora de las necesidades que a partir de la celebración del futuro negocio jurídico pretende satisfacer, goza de autonomía para elaborar el pliego de condiciones y, por contera, para establecer los requisitos y exigencias que los interesados deben cumplir para participar en el respectivo procedimiento de selección contractual, lo cierto es que dicha autonomía, como esta Corporación lo ha precisado en varias oportunidades^{17[10]}, en modo alguno resulta absoluta o ilimitada en tanto la misma debe sujetarse al catálogo de reglas y principios constitucionales que rigen la función pública y sobre todo a aquellos contenidos en el mismo Estatuto de Contratación Estatal.

En otras palabras, en ejercicio de la potestad de configuración de los pliegos de condiciones^{18[11]} las entidades estatales contratantes se encuentran facultadas para exigir el cumplimiento y la observancia de los requisitos y condiciones que tanto a la luz de los principios constitucionales y legales que orientan la Contratación Estatal, como de su cometido misional, resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretender satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. En contraposición a la premisa expuesta, se deriva que la amplitud de su facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan a la selección objetiva del futuro colaborador de la Administración y por el contrario obstaculicen o impidan la materialización del referido principio.

En consonancia con lo expuesto, y en punto a las restricciones a la libertad de configuración de los pliegos de condiciones a las cuales se encuentran sometidas las entidades estatales, ha de precisarse que si bien, según lo consagra el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego

¹⁷Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de julio de 2013, Expediente: 28041 acumulado 28.548, Actor: Coaseguridad. *"La citada Ley 80 de 1993 estableció la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos y las formalidades que deben acreditar los proponentes con el fin de participar en el procedimiento de licitación pública, pero desde su expedición la jurisprudencia ha advertido, con apoyo en los dictados de la citada Ley, acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública, tanto en el momento de fijar los mencionados requisitos y formalidades dentro de los términos y condiciones del pliego como en el evento de declarar desierta la licitación en caso que ninguno de los proponentes cumpla con los requisitos o las formas establecidas, restricciones que se han identificado con base en el análisis de las disposiciones que regulan los principios de la contratación estatal, concretamente, los principios de economía, interpretación de las reglas contractuales y selección objetiva ...".*

¹⁸Sección Tercera, Consejo de Estado, 30 de julio de 2008, Expediente: 23003, Actor: Constructora Segó Ltda. y otro, Demandado Municipio de Santiago de Tolú: *"Acercas de la segunda cuestión antes enunciada, relacionada con la amplitud de facultades que la ley otorga a las propias Entidades Estatales para que puedan configurar, de manera proporcional y razonable, consultando sus propias necesidades y las circunstancias existentes, las exigencias, los requisitos y las características de los contratos en los cuales ellas han de actuar como partes, mediante el diseño de los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia los cuales, además de constituir la base fundamental de los contratos respectivos, se han de incorporar a dichos vínculos contractuales con posterioridad a la respectiva adjudicación."*

"Las normas legales que se ocupan de esta materia -en particular el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80-, se limitan a señalar los parámetros generales a los cuales deben someterse las Entidades Estatales para integrar los pliegos de condiciones en cada procedimiento administrativo de selección en concreto, sin que el contenido de los mismos se determine de forma exhaustiva y detallada, toda vez que ello resulta imposible en abstracto y sólo es viable realizarlo atendiendo a las circunstancias propias de cada supuesto específico; de este modo, en la medida en que las normas recién referidas confieren un amplio margen de libertad de valoración a la Administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, dichos preceptos consagran una facultad de amplia configuración, que habrá de concretarse en el señalamiento de las reglas, los procedimientos, las exigencias y los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales habrá de adelantarse el respectivo procedimiento administrativo de selección del contratista."

de condiciones, lo cierto es que dicha previsión necesariamente debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del mismo Estatuto^{19[12]} según el cual la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Esta posición fue conservada en la reforma introducida con la Ley 1150 de 2007, en cuyo párrafo primero de su artículo 5 señaló 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 ...".²⁰

En tanto, se colige que la administración no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo y de descalificación de propuestas, ya que carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como inhabilidades o incompatibilidades distintas a las previstas en la Constitución o en la ley. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado al ocuparse de este tema, analizó la evolución normativa, veamos:

"Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987^{21[15]}, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores."^{22[16]}

Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones:

PARÁGRAFO 1o. 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 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. (Se deja subrayado).

"No sobra subrayar que el rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o

¹⁹El inciso 2º fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero reiterado en esa misma ley en los términos del párrafo primero de su artículo 5 de conformidad con el cual "Parágrafo 1º. 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 ...".

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 27 de marzo de 2014, expediente 410012331000199608864 01

^{21[15]} Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

^{22[16]} Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540.

de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos).^{23[17]}

En esa línea y a propósito de la definición de los requisitos y exigencias que puede contener el pliego de condiciones, la jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado que a la entidad le asiste el deber de cumplir con las cargas de claridad y precisión a la hora de establecerlos, cargas que en todo caso deben estar orientadas a la materialización del principio de selección objetiva pues de lo contrario las previsiones que no desarrollen o atenten contra la cristalización de dicho principio, o de todos aquellos que gobiernan la actividad contractual del Estado, serán inaplicadas o anuladas, según corresponda:

"Los requisitos fijados en el Pliego de Condiciones para participar en la licitación pública -hoy denominados y acotados como requisitos habilitantes- constituyen una regla de carácter obligatorio para las partes, la cual ha sido reiterada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo de cargo de la Administración Pública tanto el respeto a la ley en su definición como también la claridad en los términos y condiciones correspondientes al cumplimiento y/o acreditación de cada requisito y finalmente la equidad en su aplicación.

En efecto, toda vez que el Pliego de Condiciones define las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el correspondiente procedimiento administrativo de selección del contratista como la posterior relación contractual, se encuentra que constituye obligación de la Administración Pública fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones, con claridad meridiana, los requisitos y la forma de acreditarlos, según se desprende de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, en forma tal que dichos requisitos puedan ser exigidos y verificados en condiciones de objetividad e igualdad, por lo cual se exige -al igual que de todo el contenido del pliego de condiciones- una extraordinaria carga de definición con respeto a la ley, así como consistencia, claridad y precisión desde el momento de su redacción^{24[18]}.

Por lo tanto, de establecerse requisitos que no tengan como propósito elegir la mejor propuesta, con criterios objetivos y claros, y que tengan incidencia en la futura contratación, se tornan ineficaces de pleno derecho y constituye causal de nulidad, tal como lo ha expuesto de manera enfática el Consejo de Estado:

"El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de la misma ley, consagra el deber que tiene la Administración Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista. Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia que, a su turno, debe orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituye un presupuesto de la legalidad de la contratación pública, desde su misma génesis o formación. A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes. Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de "ley de la licitación" y "ley del contrato", en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación. No puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios

^{23[17]} Sección Tercera del Consejo de Estado, 147 de marzo de 2013, expediente: 24.059, Demandante: Avila Ltda., Demandado: Departamento de la Guajira.

^{24[18]} Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.294. C.P. Alier Hernández Enríquez. Dijo la Sala que "La entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras, normas legales. En el artículo 24, literales b, c, y e de la ley 80 de 1993"

ponderables, cláusulas, disposiciones o factores que no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la Administración, toda vez que ello contraría principios de la contratación pública, como los de planeación, de transparencia y el deber de selección objetiva. Resulta menester tener presente que la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o ineficacia de pleno derecho.^{25[19]}^{26[20]}

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad durante el procedimiento de selección, se garantiza o se concreta, cuando se cumplen las siguientes condiciones:

"En la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; ii) En la fijación de plazos suficientes y razonables que faciliten y permitan la libre concurrencia de los interesados; iii) En la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; iv) En el deber que asume la entidad estatal contratante de evaluar todas las propuestas; v) En la obligación de la entidad estatal contratante de aplicar de manera rigurosa y estricta los criterios de selección establecidos libremente por ella; vi) En el deber de la entidad estatal contratante de evaluar las propuestas con estricta sujeción a los parámetros de ponderación establecidos legal y libremente en el pliego de condiciones del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con mayor rigor o severidad a determinadas propuestas y ser laxa o permisiva con otras; y vii) En la imposibilidad, para la entidad estatal contratante, de variar los criterios establecidos para la evaluación de las ofertas y la ponderación de tales criterios"²⁷Subrayado fuera de texto).

El Consejo de Estado²⁸, en un caso donde se rechazó una propuesta por no presentar paz y salvo municipal, como requisito para participar en proceso de selección, hizo las siguientes acotaciones, que merecen ser transcritas:

*"En esa línea de pensamiento, acertó el a quo al precisar que se hizo un uso indebido de la facultad de rechazo de la oferta, comoquiera que la exigencia del paz y salvo no constituía un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, **se trataba de un requisito formal que pudo ser subsanado por el proponente**, de tal manera que al habersele limitado esa posibilidad se le privó del derecho a ser evaluado, lo que constituye un daño cierto y personal, aunado al hecho que el ordenamiento no le imponía el deber jurídico de soportarlo.*

En relación con los requisitos subsanables en las ofertas contractuales presentadas por los proponentes, la Subsección A, de esta Sección, en reciente pronunciamiento puntualizó²⁹:

"Se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25 (...) en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los

^{25[19]} Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366), aactor: Javier Alonso Quijano Alomía, demandado: Empresas Municipales de Cali -Emcali-, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

^{26[20]} Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de julio de 2013, Expediente: 28041 acumulado 28.548, Actor: Cooseguridad.

²⁷ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp: 24059, Demandante: Sociedad Ávila Ltda., Demandado: Departamento de la Guajira.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, 12 de junio de 2014, expediente: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324)

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ofrecimientos hechos. (...) Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el parágrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas.

"El rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos). Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

"En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta.

"(...) De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique "la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente" que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, "para la comparación de las propuestas" y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

"Pues bien, a propósito de los Principios Constitucionales y/o presupuestos mínimos que emergen de aquellos, por la importancia que reviste para el caso concreto que ahora se decide, la Sala se detendrá a examinar algunos aspectos relacionados con la Buena Fe, supuesto que si bien por mandato constitucional ha de presumirse presente en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 C.P.), no es

menos cierto que tal presunción no corresponde a una de derecho que no admita prueba en contrario, por manera que ha de destacarse que la referida presunción constitucional es susceptible de ser desvirtuada, a lo cual –como resulta apenas obvio, por los trascendentales efectos que comporta desvirtuarla–, deberá procederse con los máximos cuidado, responsabilidad y rigor.

"En cualquier caso resulta evidente que todas las actuaciones que los particulares desarrollen ante las entidades estatales contratantes deben estar presididas por la buena fe y en especial es claro que deben ajustarse a esos postulados las ofertas que presenten ante las entidades estatales, cuyo examen comparativo deberá adelantarse a la luz de las normas vigentes y con sujeción al pliego de condiciones, para determinar si hay lugar a seleccionar una de ellas con el fin de proseguir con la celebración y ejecución del contrato estatal correspondiente.

*"En este punto resulta pertinente reiterar que a través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: **a).- subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; **b).- objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c).- formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta." (Negrillas adicionales).*

*Como se aprecia, del contenido y alcance de las normas citadas se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con la potestad de la administración contratante de rechazar las propuestas y, por lo tanto, de impedir su evaluación: i) sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, es importante garantizar el principio - derecho constitucional al debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas, ii) los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, iii) en relación con los requisitos simplemente formales, que pueden ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80 de 1993, es posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 ibídem."*

5.- De las causales de nulidad del contrato estatal.

En la doctrina se ha concebido las nulidades de los actos jurídicos como remedios o sanciones creadas por el mismo ordenamiento jurídico, para combatir sus imperfecciones o eliminar aquellos aspectos que atentan con el orden jurídico, generando como consecuencia la pérdida de sus efectos jurídicos³⁰. Las nulidades de los contratos, emergen del derecho privado e involucra a la contratación estatal, lo que se traduce que se debe analizar de manera sistemática los motivos consagrados en el derecho civil, comercial y las normas que hacen parte del estatuto de contratación administrativa.³¹

³⁰ MATALLANA, E. (2015). Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. 4ª ed. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1111 p.

³¹ El Consejo de Estado, ha definido la nulidad así "Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales e inmorales, en los términos descritos." Salvamento de voto de la Dra, Ruth Estella Correa (CE. SIII. Exp. 14390 de 2010)

Es importante recordar que el contrato es un instrumento donde por regla general intervienen dos o más voluntades, y que se convierte una ley para las partes. Este aspecto, se traslada al contrato estatal, solo que el fin que se persigue con este acuerdo es la satisfacción del interés público, la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la entidad³². Pero para que el contrato tenga eficacia jurídica, debe respetar los límites consagrados en las normas jurídicas, de conformidad con el artículo 16 del Código Civil, que son las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres.³³

El Código Civil Colombiano, exige que todo contrato, incluidos los que celebra la administración pública a través de los diferentes órganos, cumpla con los requisitos para su existencia "*Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente*" (art. 1501). Además, deben cumplir con los requisitos de validez, previstos en el sistema jurídico, dentro de estos requisitos de validez se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502)

Es entonces, la nulidad del contrato la respuesta del orden jurídico a conductas irregulares, que genera como consecuencia que desaparezcan del mundo jurídico, la relación jurídica que nació viciada, o la cláusula pactada, y con ello las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. El artículo 6 del Código Civil preceptúa:

"En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos"

Asimismo, define la nulidad del acto jurídico y contrato, en el artículo 1740:

"Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa."

La nulidad absoluta y relativa, tiene como causales taxativas las siguientes:

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato." (art. 1741)

Ante la gravedad de las nulidades absolutas de los actos jurídicos, se le impuso el deber al juez de declararla, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, veamos:

"ARTICULO 1742. <OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.*

³² "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines." (art. 3 L. 80 de 1993)

³³ "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres"

Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria."

En los casos de nulidad relativa, no puede ser declarada por el juez sino a petición de parte y puede sanearse por el paso del tiempo o por ratificación de las partes:

"ARTÍCULO 1743. <DECLARACION DE NULIDAD RELATIVA>. *La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes."*

Por su parte, e Código de Comercio, consagra como causales de nulidad de los contratos las siguientes:

"ARTÍCULO 899. <NULIDAD ABSOLUTA>. *Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*
1) *Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
2) *Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y*
3) *Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz."*

Del análisis de estas normas, se obtiene que es nulo un contrato cuando no cumpla con los siguientes elementos: capacidad de las partes contratantes; licitud del objeto; licitud de la causa; consentimiento exento de vicios; y formalidad prescritas o exigidas por el legislador por la naturaleza del contrato o por la calidad de las personas que los celebran. Será constitutivas de nulidad absoluta la incapacidad absoluta de cualquiera de las partes, la ilicitud del objeto y de la causa; y la omisión de una formalidad exigida por la ley para el contrato; serán relativa las circunstancias de incapacidad relativa de alguna de las partes, y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

Ahora bien, las causales de nulidad absoluta y relativa, fueron recogidas en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 de 1993, donde fueron complementadas algunas del derecho privado (derecho común), como puede apreciarse en los apartes siguientes:

"ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*
1o. *Se celebren con personas incursas 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."*

En el artículo 45 del estatuto de contratación, se dispuso que la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declara de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. Además, se le ordenó al jefe de la entidad o representante legal de la entidad contratante, en las causales 1, 2 y 4, a dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre. En lo que respecta a la nulidad relativa, se dijo que serían las mismas causales del derecho común, y podrán ser sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de 2 años a partir del hecho generador.

También, se reguló la nulidad parcial "La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada" (art. 47 L. 80 de 1993). A su vez, reglamentó los efectos de la declaratoria de nulidad, así:

"ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. *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.

6.- Caso concreto.

Al analizar los medios de prueba de forma individual y conjunta, se encuentran probados los siguientes hechos:

Inicialmente, la Institución Educativa Técnico Comercial "Sagrado Corazón de Jesús" del municipio de Chiquinquirá, emitió Invitación Pública a Presentar Ofertas No. 01 de 2015, el 28 de enero de 2015; con el objeto contractual de "Seleccionar el contratista para que presente el servicio de cafetería y tienda escolar para la población estudiantil, personal docente y administrativo de la Institución Educativa, para lo cual el oferente favorecido administrará, y explotará dicho servicio mediante la comercialización y venta de comestibles, bebidas y en general alimentos a los precios comerciales aprobados por la Institución Educativa en los sitios e instalaciones que para el efecto disponga la Rectoría"; el contrato a celebrar sería el de concesión, con un plazo de ejecución a partir del 19 de febrero hasta el 27 de noviembre de 2015; y como forma de pago se estableció que el contratista pagaría el contrato, en 8 pagos iguales mensuales. El procedimiento de selección empleado fue el de mínima cuantía. (fl. 18-29 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá").

Sin embargo, luego de surtido el proceso de selección, terminó de forma anormal, porque en criterio del comité evaluador designado por el representante legal de la entidad, los oferentes no cumplieron los requisitos habilitantes, como da cuenta la Resolución No. 05 del 10 de febrero de 2015, expedida por el Rector de la Institución Educativa, declarando desierto el proceso de contratación (fl. 74-75 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá"). Por ende, el despacho se abstendrá de analizar este procedimiento, como quiera que no dio lugar al contrato cuestionado en este proceso judicial.

Posteriormente, nuevamente se emitió Invitación Pública a Presentar Ofertas No. 01 de 2015, con el mismo objeto contractual, señalándose como plazo de ejecución a partir del 01 de marzo hasta el 27 de noviembre de 2015, estableciéndose como forma de pago que el contratista pagaría el contrato que surja mediante ocho pagos iguales mensuales, y se fijaron los siguientes requisitos para participar:

"REQUISITOS HABILITANTES:

11.1 Acreditación de capacidad jurídica: La capacidad jurídica se acreditará con la presentación de los siguientes documentos:

(...)

PERSONAS NATURALES:

- 1. Carta de presentación de la oferta suscrita por el oferente, donde certifique bajo la gravedad de juramento que no se encuentra incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad de lo contrario dará lugar al rechazo de la propuesta. En dicha carta, bajo la gravedad del juramento, se deberá declarar que el oferente no se encuentra incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad conforme a las leyes vigentes. Anexo 2.*
- 2. Certificación de inscripción en el registro mercantil expedido por la Cámara de Comercio, en el caso de que el oferente persona natural tenga establecimiento de comercio, en cuyo objeto social debe incluir las actividades objeto de la invitación.*
- 3. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.*
- 4. Certificado Vigente de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría general de la Nación.*
- 5. Certificado Vigente de Antecedentes Fiscales expedido por la Contraloría General de la República.*
- 6. Certificado Vigente de Antecedentes Judiciales expedido por la Policía Nacional.*

Nota: La Institución se reserva el derecho de verificar si el oferente se encuentra reportado en el último boletín de responsables de la Contraloría General de la República o sí aparece

inhabilitado para contratar en el Sistema de Registro de sanciones y causas de inhabilidad "SIRI" de la Procuraduría General de la Nación, por lo anterior el oferente deberá anexar los reportes de antecedentes fiscales, expedido por la Contraloría General de la Nación; Antecedentes disciplinarios expedidos por la procuraduría General de la Nación; y antecedentes penales expedido por la Policía Nacional de Colombia. Dichos certificados deben estar vigentes.

7. *Registro Único Tributario expedido por la Dirección Nacional de impuestos y Aduana Nacionales.*
8. *Copia de la planilla integrada de Aportes a la Seguridad Social (PILA), artículo 50 de la Ley 789/2002, a la fecha de cierre del presente proceso en la que conste la afiliación y pago al sistema general de seguridad social integral como trabajador independiente (Salud y Pensión).*
9. *Propuesta Técnica de conformidad a los requerimientos de esta invitación. Para el efecto el oferente deberá adjuntar la propuesta técnica donde allegue los documentos requeridos en esta Invitación y se comprometa a cumplir con los requerimientos técnicos expedidos y las obligaciones de la invitación de manera específica y detallada debidamente suscrita.*

Propuesta Económica de conformidad a los requerimientos de esta invitación el oferente deberá anexar y allegar la oferta económica debidamente suscrita y firmada.

(...)

12.- ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA MÍNIMA:

Para el presente proceso contractual, el proponente deber acreditar una experiencia mínima, la cual será demostrada con la presentación de los siguientes documentos:

Los proponentes deben acreditar experiencia, relacionada con el objeto del presente proceso, mediante copia de una (1) certificación acompañada de acta de liquidación del contrato suscrito, expedido por el contratante con Instituciones Educativas de naturaleza jurídica de conformidad con las características que se indican a continuación:

Nombre o razón social de la entidad que certifica, dirección, teléfono, nombre de la persona que expide la certificación y el cumplimiento del mismo.

Estar a paz y salvo por todo concepto con la Institución y otras entidades estatales durante los últimos cinco (5) años.

Objeto: El objeto de los contratos que se pretendan acreditar como experiencia deberán ser de presentación de servicios de cafetería, tienda escolar y/o restaurante

Fecha de suscripción, Fecha de terminación y el valor del contrato acreditado deberá ser por los menos por 35% al valor del presupuesto oficial del presente proceso precontractual y el plazo de ejecución no podrá ser inferior a nueve (9) meses.

Cualquier inconsistencia entre los contratos, las certificaciones y/o las actas de liquidación dará lugar a la anulación de la acreditación y por lo tanto al rechazo de la oferta." (fl. 83-85 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

Dentro de las causales de rechazo de las propuestas, establecidas en el pliego de condiciones o invitación pública, para este proceso, se establecieron las siguientes:

"5.- LAS CAUSALES QUE GENERARÍAN EL RECHAZO DE LAS OFERTAS O LA DECLARATORIA DE DESIERTO DEL PROCESO:

5.1. *El incumplimiento de los requisitos habilitantes.*

5.2 *El hecho de que el precio propuesto se encuentre por encima del diez por ciento (10%) del presupuesto oficial o que sean un precio considerado artificialmente bajo en relación a los precios del mercado y del estudio previo realizado por la entidad sin que el oferente, al ser requerido, lo justifique y allegue los documentos necesarios.*

5.3. *No allegar, suscribir la carta de presentación, la oferta técnica y/o la oferta económica por parte del oferente.*

5.4 La no subsanación oportuna de requisitos habilitantes.

5.5 Cuando se presenten dos o más propuesta por el mismo oferente o por interpuesta persona.

5.6 Cuando se verifique que el proponente faltó a la verdad en la información esencial suministrada en la propuesta, para cumplir un requisito de habilitación.

5.7. Cuando la propuesta sea presentada extemporáneamente o en sitio diferente al establecido en la presente invitación.

5.8 Cuando el Proponente se encuentre incurso en causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibiciones de las establecidas en la constitución política y en la Ley.

5.9 El proceso será declarado desierto cuando no se presente oferentes o cuando ninguno de estos cumplan con las previsiones de esta invitación o, en general y de conformidad con el artículo 25, Numeral 18 de la Ley 80 de 1.993, procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará un acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión." (fl. 80-81 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

También, se consagró como cronograma de actividades del proceso contractual el siguiente:

6. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES		
ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	LUGAR
Apertura publicación y cierre de la invitación pública	APERTURA: 18 DE FEBRERO DE 2015. CIERRE: FEBRERO 20 DE 2015	Secopwww.colombiacompra.gov.co Oficina de la Pagaduría de la institución
Plazo para presentar observaciones por parte de los interesados a ofertar	18 DE FEBRERO DE 2015. HORA 4 PM	Pagaduría de la institución y/o correo del contacto.
Plazo para expedir adendas.	Febrero 19 de 2015.	Secopwww.colombiacompra.gov.co
Plazo para presentación de propuestas y cierre del proceso de selección.	Febrero 20 de 2015. 8:30 a.m. a 12:00 pm y de 2:00 p.m. a 4:00 p.m. Los oferentes que lleguen después de esta hora no se les recibirán la oferta.	Pagaduría de la Institución sede principal segundo piso.
Revisión de ofertas y verificación de requisitos habilitantes.	Febrero 23 de 2015. Hora 4.30 pm	Secopwww.colombiacompra.gov.co
Publicación del informe de evaluación.	Febrero 23 de 2015 hasta 4 pm.	Secopwww.colombiacompra.gov.co
Recibo de observaciones al informe de evaluación	Febrero 24 de 2015	Secopwww.colombiacompra.gov.co
Adjudicación o declaratoria de desierto, respuestas de observaciones	Febrero 25 de 2015	Secopwww.colombiacompra.gov.co
Diligenciamiento y radicación de requisitos de ejecución	Dentro de los cuatro (04) días hábiles después del paso anterior.	Oficina de la rectoría

Ahora bien, la entidad realizó los estudios previos que dieron origen al proceso contractual, donde se fijó como valor del contrato o presupuesto oficial, la suma de \$16.000.000 de pesos, a partir del cual los oferentes podrían ofertar (3.-ANALISIS QUE SOPORTAN EL VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO. 3.1.- Análisis del Sector.), y en cuanto a la acreditación de la experiencia mínima, es coincidente a la plasmada en la invitación pública. (fls. 90-96 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

El día 19 de febrero de 2015, el demandante, presentó observaciones a la invitación respecto al incremento del valor del presupuesto oficial, y un derecho de petición sin fecha, donde solicita que se aclare la exigencia de la certificación de paz y salvo con entidades estatales; el consecutivo numérico de la convocatoria; el procedimiento que va a realizar la entidad para verificar que los oferentes se encuentren a paz y salvo; pidió que se explicara la relación del paz y salvo con la experiencia requerida y los requisitos habilitantes; y las razones por las cuales no se solicitó estados financieros (fls. 101-103 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá"). Las cuales no fueron atendidas por el comité evaluador, pero al revisar el cronograma del proceso, fueron radicadas fuera del plazo, que venció el 18 de febrero de 2015.

El día señalado para el cierre del proceso contractual, se dejó constancia en acta de 20 de febrero de 2015, de la presentación de las siguientes propuestas: 1.- Orlando Veloza; 2.- Myriam Beatriz Poveda Forero; 3.-Roque Julio Veloza; 4.- Nelson Robin Coy Coy. Y también se relacionó que el menor precio era la propuesta presentada por el señor Nelson Robin Coy Coy, quien ofertó el valor de \$9.500.000 pesos (fl. 98-99 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

El comité evaluador, rindió informe de evaluación para el proceso de selección, así:

"El 20 de febrero de 2015, a las 4:00 p.m. se cerró el plazo para presentar oferta. Al cierre de procesos se recibió (cuatro) ofertas en sobre cerrado, así.

Proponente	Valor de la oferta
ORLANDO VELOZA	\$11.000.000.00
ROQUE JULIO VELOZA	\$17.600.000.00
MYRIAM BEATRIZ POVEDA FORERO	\$17.600.000.00
NELSON ROBIN COY COY	\$9.500.000.00

Evaluación:

De conformidad con lo establecido en el numeral 06 del artículo 85 del decreto 1510 de 2013, la oferta a ser tomada en cuenta, es la presentada por: **MYRIAM BEATRIZ POVEDA FORERO** Oferta que **CUMPLE EN SU TOTALIDAD** con los requisitos habilitantes y por ser una del mayor valor., Verificada la oferta y las especificaciones técnicas, así como la experiencia solicitada al proponente para la prestación del servicio con la solicitud en la invitación referida por la Institución Educativa." (fls. 104-105 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

Así mismo, en la evaluación particular o específica realizada al oferente, hoy demandante, el comité de evaluación determinó que no cumplía los requisitos señalados en el proceso, no solo por el paz y salvo, sino que el precio de su oferta no se ajustó al pliego, de la siguiente manera:

"

Paz y Salvo con la institución educativa durante los últimos cinco años con la institución		x	
--	--	---	--

No presentó paz y salvo durante los últimos cinco años de los contratos con la institución educativa que está realizando invitación pública.

No cumplió con la suma puesta como base de la oferta, contenido en los numerales 3 y 4 especialmente el párrafo cuarto del ítem 3.1." (fl. 110 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

Luego, se aceptó la oferta presentada por la única oferente habilitada, por el Rector de la Institución Educativa (fl. 205-206 Doc. 2 E.D.)

En ese orden de ideas, se descarta que la entidad haya incurrido en algún defecto procedimental en la evaluación de la propuesta del demandante, como quiera que fue descalificada porque el precio ofertado no cumplió las condiciones de la invitación y el estudio previo, porque la entidad señaló en este último, lo siguiente:

"Con fundamento en (o anterior, La Institución Educativa ha dispuesto que el valor base para la presente contratación es de dieciséis millones de pesos (\$16.000.000,00). A partir de este valor el oferente podrá ofertar el valor que este considere se ajusta a sus intereses asumiendo los riesgos propios del servicio" (fl. 81 Carpeta "Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá")

Aspecto que no fue objeto de reproche en este proceso, ni en el proceso de selección. Lo que en principio se ajusta a las previsiones del artículo 84 del Decreto 1510 de 2013, numeral 4:

4. La entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las

condiciones de la invitación, la entidad estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

Entonces, era suficiente con rechazar la propuesta porque la oferta económica presentada por el demandante no cumplió las exigencias de la entidad. Entiéndase que por tratarse de una concesión, el beneficio del contratista es una tasa que percibe por la explotación del bien, y coherente con esta posición, la evaluación del menor precio, debía atender las reglas del pliego que indicó una base y un techo. Por ello, en la invitación se estableció como causal de rechazo la siguiente:

5.- LAS CAUSALES QUE GENERARÍAN EL RECHAZO DE LAS OFERTAS O LA DECLARATORIA DE DESIERTO DEL PROCESO:

(...)

5.2 El hecho de que el precio propuesto se encuentre por encima del diez por ciento (10%) del presupuesto oficial o que sean un precio considerado artificialmente bajo en relación a los precios del mercado y del estudio previo realizado por la entidad sin que el oferente, al ser requerido, lo justifique y allegue los documentos necesarios.

En ese orden de ideas, se adjudicó el contrato a la propuesta económica que globalmente fue mayor, que implica lógicamente un valor menor en la tasa que le corresponde al contratista como utilidad. Porque para el asunto estos dos conceptos son inversamente proporcionales, con la advertencia en este caso, que no podía superar el 10% adicional al presupuesto oficial. Por ende, el cargo planteado respecto a la violación del procedimiento de selección por error en la evaluación no prospera.

Ahora bien, respecto al cargo de nulidad, que se sustenta en que la exigencia de paz y salvo, vulneró los principios de la contratación estatal como el de transparencia, igualdad y selección objetiva, el despacho encuentra lo siguiente:

En primer lugar, en la demanda no se planteó de manera correcta un ataque dirigido a cuestionar el pliego de condiciones o invitación pública, sino que de manera somera se fundamenta la nulidad del contrato, inicialmente por ilegalidad de los actos previos a su celebración y en los alegatos de conclusión se aduce la vulneración de los principios de la contratación en la invitación pública.

En segundo lugar, el requisito de paz y salvo, se estableció no como un requisito que generara el rechazo de la propuesta de manera automática, sino como susceptible de subsanación, como quiera que en el acápite de la experiencia requerida, se agregó como un requisito formal a acreditar, o de manera complementaria a esta, como se puede apreciar en el pliego:

"12.- ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA MÍNIMA:

Para el presente proceso contractual, el proponente deber acreditar una experiencia mínima, la cual será demostrada con la presentación de los siguientes documentos:

Los proponentes deben acreditar experiencia, relacionada con el objeto del presente proceso, mediante copia de una (1) certificación acompañada de acta de liquidación del contrato suscrito, expedido por el contratante con Instituciones Educativas de naturaleza jurídica de conformidad con las características que se indican a continuación:

Nombre o razón social de la entidad que certifica, dirección, teléfono, nombre de la persona que expide la certificación y el cumplimiento del mismo.

Estar a paz y salvo por todo concepto con la Institución y otras entidades estatales durante los últimos cinco (5) años.

Objeto: El objeto de los contratos que se pretendan acreditar como experiencia deberán ser de presentación de servicios de cafetería, tienda escolar y/o restaurante

Fecha de suscripción, Fecha de terminación y el valor del contrato acreditado deberá ser por lo menos por 35% al valor del presupuesto oficial del presente proceso precontractual y el plazo de ejecución no podrá ser inferior a nueve (9) meses.

Cualquier inconsistencia entre los contratos, las certificaciones y/o las actas de liquidación dará lugar a la anulación de la acreditación y por lo tanto al rechazo de la oferta.” (fl. 83-85 Carpeta “Anexo contestación de demanda Departamento de Boyacá”)

Por ende, no tiene acogida la tesis planteada por el demandante, en cuanto a que el requisito exigido, resultaba desproporcionado, ya que la entidad no solamente exigió acreditar la ejecución de por lo menos un contrato cuyo objeto fuera la prestación de servicios de cafetería, tienda y/o escolar, mediante la presentación de una certificación expedida por la entidad contratante, acompañada del acta de liquidación y el paz y salvo.

De manera, que al consultar los principios de la contratación estatal se observa que se cumplió con la exigencia de establecer en el pliego de condiciones *“los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”* (literal (a), numeral 5 del art. 24 Ley 80 de 1993, Principio de Transparencia), así como la definición de reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva ((literal (b), numeral 5 del art. 24 Ley 80 de 1993, Principio de Transparencia y selección objetiva).

Por ende, la exigencia del paz y salvo, expedido por la entidad que certifica el contrato y emite acta de liquidación, como soporte de la experiencia a acreditar, no se torna un elemento subjetivo o que lleve a un trato diferenciado de los oferentes. Muestra de ello, es que en el proceso de contratación se presentaron 4 propuestas diferentes, garantizándose la pluralidad de oferentes, quien salvo el demandante sí pudieron acreditar el requisito que cuestiona el actor. Lo que demuestra, que la administración en este caso, no generó un presupuesto que solamente unos pocos pudieran acreditar, con el objetivo de desviar la función pública en beneficio de un particular o un grupo de contratistas.

De otra parte, conforme a la posición del Consejo de Estado³⁴, que se analizó en precedencia, los requisitos que se plasman en los pliegos de condiciones pueden ser de tres clases, **subjetivos o habilitantes, objetivos o de calificación y formales**. Siendo los requisitos subjetivos, los encaminados a establecer las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones del oferente. Al respecto, la parte demandante, advierte que conforme al artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, los requisitos habilitantes son *“La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje”* lo que impide que las entidades públicas puedan establecer otros diferentes. Sin embargo, nótese que no se reguló la forma en que debía acreditarse la experiencia, por ejemplo, si solamente son válidos la copia de contratos o su acta de liquidación o una certificación o solamente el Registro Único de Proponentes; sobre este aspecto, existe un margen de discrecionalidad que encuentra su respaldo normativo, en el parágrafo 1º del artículo 5 ibídem, veamos:

*“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 propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.***

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” (Negrita fuera del texto)

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, 12 de junio de 2014, expediente: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324)

Cabe advertir, que en los procesos de mínima cuantía no es posible exigir el RUP que es expedido por la Cámara de Comercio, quien tiene a su cargo validar los requisitos habilitantes (art. 6 L. 1150 de 2007)

También es importante considerar, que la forma como la administración debe determinar la manera de acreditar los requisitos habilitantes, tiene otros parámetros normativos, que se encuentran establecidos en el artículo 16 del Decreto 1510 de 2013:

"La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes."

Nótese, que la entidad estatal debe realizar previamente a la apertura de cualquier proceso de selección una ponderación, atendiendo los riesgos del proceso de contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y **el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.**

En el sub lite, como bien lo afirma el demandante, este era contratista habitual de la entidad, pero su grado de cumplimiento no fue la mejor, al contrario, era deudor de la institución educativa, como se probó en este proceso, con la certificación allegada el 3 de marzo de 2020, luego de que este despacho decretara esta prueba de oficio, donde se indica que el demandante celebró un contrato de prestación de servicios de tienda escolar, en la vigencia de 2010, y tiene un saldo pendiente de \$7.205.000.00; en el contrato con el mismo objeto en la vigencia 2011 un saldo pendiente de \$6.308.000.00. (Doc. 49 E.D.)

En ese orden de ideas, la exigencia de paz y salvo, como instrumento complementario a la experiencia, no fue desproporcionado sino al contrario, atendió en este caso el principio de planeación, que exige que la administración al momento de determinar los requisitos habilitantes analice y tenga en cuenta los oferentes y los riesgos para la ejecución del contrato. Sumado a que por la modalidad de selección, no se exige instrumentos como el Registro Único de Proponentes, donde es un tercero quien verifica la experiencia.

De suerte, que el cargo no tiene vocación de prosperidad, y en consecuencia, e impone a este despacho negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y en cambio, declarar la prosperidad de la excepción planteada por la defensa denominada "*Cumplimiento total de las normas y leyes en el proceso contractual*".

Sumado a lo anterior, no es de recibo lo expuesto por el demandante para apoyar sus pretensiones, -que la institución educativa nunca le declaró un incumplimiento-; pero ante la evidencia de que es un deudor de los recursos públicos que percibió en la explotación de bienes (no cumplió a cabalidad con los contratos suscritos en las vigencias 2010 y 2011, y no pagó a la institución educativa los valores que le correspondía en los contratos suscritos para la administración educativa) (fls. 427 y 428. Doc. 49 del E.D), se observan graves actuaciones y omisiones de funcionarios públicos que tenían a su cargo velar por el cumplimiento de los contratos, la protección del patrimonio público y evitar la apropiación indebida de los recursos por terceros, lo cual podría presuntamente configurar conductas punibles, por lo que se compulsará copias del presente proceso a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo, en consideración al tiempo transcurrido de las conductas analizadas y donde solo el derecho penal posiblemente pueda encargarse de dilucidar estas actuaciones.

7.-COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala que se debe condenar en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

En este asunto no se observa la configuración del mencionado supuesto de hecho, en tanto que existen argumentos -si bien no acogidos por esta sentencia- que justificaron la interposición de la demanda. Por ende, el Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante que fue el extremo vencido.

VI.- DECISIÓN JUDICIAL

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: Declarar la prosperidad de la excepción planteada por el Departamento de Boyacá que denominó "Cumplimiento total de las normas y leyes en el proceso contractual".

SEGUNDO: Negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por las razones anotadas en esta sentencia.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas a la parte demandante.

CUARTO: Compulsar copias del proceso por secretaría de este despacho con destino a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Boyacá, para lo de su cargo.

QUINTO: Ejecutoriada esta decisión y cumplidos sus ordenamientos, archívese el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes de dinero devuélvanse a la parte que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**EMILSEN GELVES MALDONADO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**6532a0a9bbe60cc3cbc03fdcf59849704c4462cac0d0dced2f0688ad8ad9b41
7**

Documento generado en 13/05/2021 03:49:30 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**