

3-CC-102-2015

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002326000 200002368 02
Expediente: 28752
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

1. La demanda.

El Consorcio Los Robles, integrado por las sociedades Arias Serna y Saravia S.A., y H. Rojas y Asociados Ltda., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido instauró demanda en contra del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte - IDRDRD -, y solicitó que, previa citación y audiencia de la parte demandada y del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, expedida por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte - IDRDRD, por medio de la

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

cual se ordenó revocar la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, que adjudicaba la Licitación Pública 042 de 1999 al Consorcio LOS ROBLES y a la vez decidía adjudicar la referida licitación a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza.

2.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezca en su derecho a mi poderdante, ordenando la celebración del contrato adjudicado por la Licitación Pública 042 de 1999 con el Consorcio LOS ROBLES.

3.- Que en el evento de que la orden impetrada anterior no fuere posible, a título de restablecimiento del derecho se condene al Instituto Distrital de Recreación y Deporte - IDRD, a pagar a la Sociedad ARIAS SERNA Y SARAVIA S.A. - en proporción a su participación en el Consorcio LOS ROBLES - los daños y perjuicios que se establezcan en el proceso por habersele privado de suscribir y ejecutar el contrato que se le había adjudicado en el proceso de Licitación Pública 042 de 1999.

4.- que se declare la nulidad absoluta del contrato celebrado por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte -IDRD con la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza, en virtud de la Licitación Pública 042 de 1999.

5.- Que se condene al Instituto Distrital de Recreación y Deporte - IDRD a cancelar las costas y agencias en derecho en que hubo de incurrir la sociedad ARIAS SERNA Y SARAVIA S.A.

6.- Que para los efectos de la ejecutoria de la sentencia se apliquen los artículos 176, 177 y 178 de Código Contencioso Administrativo”.

1.1. Hechos.

Expresó la parte actora que la Subdirección de Construcción del Instituto Distrital de Recreación y Deporte - IDRD - abrió la Licitación Pública No. 042 de 1999, cuyo objeto consistió en “seleccionar a quien ofrezca las mejores condiciones para contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, las obras de recuperación y construcción del plan maestro parque metropolitano, ubicado en la localidad de Kennedy”. Así mismo, señaló que en el numeral 1.5 del pliego de condiciones, se estableció el cronograma de la licitación.

Relató también la parte demandante que el 3 de febrero de 2000, con el propósito de participar en el citado proceso de selección, las sociedades Arias Serna y Saravia S.A., y H. Rojas Asociados Ltda., constituyeron el Consorcio Los Robles, con participación del 65% y 35%, respectivamente.

Según la demanda, el 15 de junio de 2000, el Instituto Distrital de Recreación y Deporte - IDRD - llevó a cabo audiencia pública de adjudicación en el curso de la Licitación Pública No. 042 de 1999 y en esa diligencia informó que el resultado de las

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

evaluaciones había sido favorable para el consorcio demandante; no obstante ello, la Resolución por medio de la cual se adjudicó el contrato no se expidió sino hasta el 21 de junio del año 2000, es decir, tres meses después del plazo previsto para ello en el pliego de condiciones - 6 de marzo de 2000 -.

De conformidad con el libelo, el mismo día en que se expidió el acto administrativo de adjudicación, uno de los proponentes, a pesar de su improcedencia, presentó escrito de impugnación en su contra, con fundamento en que, a la fecha de cierre de la licitación, la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., miembro del Consorcio Los Robles, se encontraba incurso en la causal de inhabilidad para contratar prevista en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

En relación con lo anterior se señaló en la demanda que el Instituto accionado le solicitó a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., que se pronunciara en relación con la inhabilidad que se le endilgaba, frente a lo cual ésta le manifestó que ésta no se había configurado, puesto que *“las resoluciones del DAMA no señalaban de manera expresa y motivadamente que la sociedad se encontrara incurso en la causal prevista en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º del Estatuto de Contratación, ni se encontraba en firme”*.

En lo concerniente a la presunta inhabilidad, la parte actora indicó que, ante la demora del IDRD para suscribir el contrato, la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., envió conceptos que explicaban las razones por las cuales no estaba incurso en la inhabilidad de la que se le acusaba. Igualmente señaló que mediante oficio 16334 del 11 de julio de 2000, el Director del DAMA le informó a la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte que a partir del 28 de abril del 2000, la sociedad en mención se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado por haberse abstenido de firmar un contrato sin justa causa, ello, según se aseveró en la demanda, a pesar de que en los actos administrativos expedidos por el DAMA ningún pronunciamiento se hizo al respecto.

Más adelante, se relató en el libelo que con posterioridad a la adjudicación del contrato, el IDRD inició las averiguaciones tendientes a determinar si los proponentes se encontraban a paz y salvo con las obligaciones tributarias y que en dicho proceso la DIAN, mediante oficio No. 0030-001-13799 del 13 de julio de 2000, certificó que para el 15 de junio de 2000, fecha en que se realizó la audiencia pública de adjudicación, las firmas Arias Serna y Saravia S.A., y H. Rojas y Asociados Ltda., no se encontraban al día con sus obligaciones tributarias.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

En relación con lo anterior se precisó en el libelo que mediante oficio del 14 de septiembre de 2000, el Coordinador de Certificaciones del Despacho de la DIAN informó que para el 15 de junio de 2000, la sociedad H. Rojas y Asociados Ltda., estaba al día en sus obligaciones tributarias, por encontrarse vigente para todo ese mes el certificado de paz y salvo No. 1771 expedido el 2 de junio del año 2000. En lo que concierne a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., se indicó que canceló la totalidad de sus obligaciones tributarias el 20 de junio de 2000, esto es, un día antes a que se prohiriera la Resolución No. 0286, por medio de la cual se adjudicó el contrato, lo cual fue constatado por la DIAN mediante certificado del 5 de julio de 2000.

Expresó la parte actora que en la Resolución No. 0382 del 9 de agosto del año 2000, por medio de la cual se revocó el acto de adjudicación del contrato, la motivación a la que se refirió el IDRD consistió en señalar que la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., estaba inhabilitada para contratar y, además, que los integrantes del consorcio no se encontraban al día en el pago de sus obligaciones tributarias al momento de la adjudicación.

Finalmente, se relató en la demanda que el 21 de septiembre de 2000 se solicitó al IDRD la revocatoria directa de la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, por considerarla abiertamente contraria a derecho, petición que, según se aseguró, hasta la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelta por el Instituto.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

Al desarrollar este acápite de la demanda, la parte actora adujo que la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, por medio de la cual se revocó la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, a través de la cual se adjudicó la licitación pública No. 042 de 1999 al Consorcio Los Robles, es ilegal por configuración de los siguientes vicios:

- Por violación del inciso segundo del literal 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que dispone que el acto de adjudicación es irrevocable. En este punto, la parte demandante citó algunas providencias del Consejo de Estado y algunos apartes de la doctrina, para concluir que no le estaba dado a la Administración revocar de manera directa el acto, en razón de la prohibición legal que en ese sentido establece la norma en cita, sino que, una vez expedido y notificado al interesado, por ser de contenido particular, lo que

correspondía, si lo consideraba ilegal, era demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- Por violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el cual no es posible revocar de manera directa un acto administrativo de carácter particular y concreto. Dijo que al expedir la resolución por medio de la cual se revocó el acto de adjudicación, sin que mediara el consentimiento expreso y escrito del Consorcio Los Robles, se vulneró el citado artículo, pues dicha norma dispone que para revocar un acto administrativo de carácter particular y concreto debe mediar el consentimiento del titular del derecho en él reconocido.

- Por falsa motivación, al haberse fundado la revocatoria directa del acto de adjudicación con base en el inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, que establece la posibilidad de revocar un acto de carácter particular y concreto, sin que medie el consentimiento expreso y escrito del titular, siempre que *“fuera evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”*. Al respecto señaló que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“solamente se puede prescindir del consentimiento previo del titular, cuando el acto administrativo de contenido particular provenga del silencio administrativo”*.

- Por falsa motivación, al fundar la decisión de revocar el acto de adjudicación en el presunto incumplimiento por parte de las sociedades que integraron el Consorcio Los Robles de lo previsto en el parágrafo 3º del artículo 57 de la Ley 550 de 1999, en relación con la obligación de estar al día en el pago de obligaciones tributarias para poder participar en cualquier proceso de selección con el Estado. En relación con este aspecto adujo la parte actora que, contrario a lo expresado por la Administración en el acto cuya legalidad se cuestiona, los integrantes del Consorcio Los Robles sí estaban a paz y salvo en sus obligaciones al momento de la adjudicación.

Sobre el particular, expresó la parte demandante que el IDRD únicamente tuvo en cuenta un certificado expedido por la DIAN en el que *“sólo constaba que para la audiencia de adjudicación - 15 de junio de 2000- las partes del Consorcio no se encontraban a paz y salvo con la Administración del Impuestos. No obstante, violó la ley al desconocer lo ordenado por el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que expresa que ‘el acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada (...)’, de manera que le correspondía al Instituto verificar que los participantes estuvieran al día en sus obligaciones tributarias el 21 de junio de 2000 - como*

en efecto lo estaban mis representadas, fecha en la que se profirió la Resolución No. 0286 que adjudicó el contrato”.

Adicionalmente, arguyó que era obligación del IDRD anunciar a los participantes con la suficiente anticipación la fecha en que se realizaría la adjudicación, para darles la oportunidad de adjuntar el respectivo paz y salvo de obligaciones tributarias, toda vez que el calendario del proceso de la licitación se había vencido con anterioridad. A favor de tal criterio citó un concepto emitido por el Coordinador de Certificaciones de la DIAN, según el cual, *“las entidades del Estado tiene la obligación de exigir el paz y salvo a las empresas interesadas, como un requisito adicional para poder licitar y/o concursar y de ninguna manera con posterioridad a esa etapa a fin de subsanar vicios de procedimiento. Lo mismo cabe afirmar respecto de la etapa de adjudicación, evento en el que el paz y salvo debe ser exigido antes de realizar la adjudicación a la Empresa ganadora y, por ninguna circunstancia, con posterioridad a ella”.*

Por último, la parte actora se refirió a la presunta inhabilidad que pesaba en su contra por haberse negado a suscribir, *“sin justa causa”*, un contrato anterior con el DAMA. Al respecto, manifestó que el Jefe de ese Departamento dirigió un oficio a la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte en el que le señaló que la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., se encontraba inhabilitada para contratar con el Estado por haberse negado, sin justa causa, a suscribir un contrato con tal entidad, sin que de manera previa hubiera hecho tal declaración en un acto administrativo, sino que la presunta inhabilidad surgió de una mera inferencia que el Director del DAMA adoptó a partir de la *“ilegal”* declaratoria del siniestro de falta de seriedad de la oferta, la cual consideró que daba lugar de manera automática a la inhabilidad, sin considerar el elemento subjetivo de la *“justa causa”*, al que se refiere el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993¹.

2. El trámite de la primera instancia.

La demanda así presentada fue admitida por auto del 5 de diciembre del 2000², providencia que fue notificada al Ministerio Público³, al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte⁴ y, por orden del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a

¹ Folios 3 a 24 del cuaderno No. 1 de primera instancia.

² Folio 27 del cuaderno 1 de primera instancia.

³ Reverso folio 28 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁴ Folio 46 del cuaderno 1 de primera instancia.

los señores Horacio Mendoza Martínez⁵ y Luis Cruz Romero⁶, miembros de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza, que resultó adjudicataria de la licitación pública No. 042 de 1999, por tener interés directo en las resultados del proceso.

3. La contestación de la demanda.

3.1. Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte -IDRD-.

El IDRD contestó la demanda para solicitar que se despacharan negativamente sus pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos, negó otros y, respecto de otros, manifestó estarse a lo que resultara probado en el proceso.

Como sustento de su oposición señaló que el acto de adjudicación no surtió efectos jurídicos, por cuanto no fue notificado a la parte actora por ningún medio, por lo que consideró que el mismo era ineficaz y que, en consecuencia, según aseveró, no era aplicable al caso concreto lo establecido en los incisos primero y segundo del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo en relación con la imposibilidad de revocar de manera directa un acto administrativo de carácter particular y concreto que haya creado o modificado una situación jurídica de igual naturaleza, sin que medie el consentimiento expreso del titular del derecho.

Adicionalmente, dijo la parte demandada que para expedir el acto cuya nulidad se pretende, se tuvo en cuenta la inhabilidad que recayó en cabeza de una de las sociedades que hicieron parte del Consorcio Los Robles. Al referirse a este tema, el Instituto citó algunos apartes jurisprudenciales en relación con las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.

Por último, con base en los argumentos anteriormente señalados, la parte demandada propuso las excepciones de “ineficacia del acto impugnado por falta de notificación” e “inhabilidad para contratar”⁷.

3.2. Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza.

⁵ Folios 57, 58, 63 y 65 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁶ Folios 57, 59, 66 y 64 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁷ Folios 75 a 84 del cuaderno 1 de primera instancia.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Los miembros de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza, a través de un mismo apoderado judicial, contestaron la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones. En cuanto a los hechos aceptaron unos, negaron otros y, respecto de otros, manifestaron estarse a lo que resultara probado en el proceso.

Una vez analizado el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, en conjunto con el artículo 6º ibídem y con apoyo en un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, se señaló que, por disposición legal, a una persona natural o jurídica que se encuentre inhabilitada le está prohibido participar en licitaciones o concursos públicos y, en consecuencia, también le está vedado celebrar contratos con el Estado, de tal manera que cuando un inhábil celebra un contrato con una entidad estatal, está incurriendo en un acto ilegal, razón por la cual, según se aseveró, la participación del Consorcio Los Robles en el proceso de selección adelantado por el IDRD fue manifiestamente ilegal.

Se expresó también en la contestación de la demanda que la Directora del Instituto accionado no supuso la existencia de la inhabilidad en cabeza de la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., sino que atendió la comunicación emitida por el Director del DAMA el 11 de junio de 2000, por medio de la cual informó sobre la existencia de tal impedimento para contratar, razonamiento a partir del cual concluyó que la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, por medio de la cual se determinó revocar el acto de adjudicación del contrato, se había emitido de manera correcta.

Adicionalmente, los miembros de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza, después de hacer referencia a un pronunciamiento de la Corte Constitucional y a uno del Consejo de Estado en relación con la revocatoria directa que se encuentra regulada en el artículo 69 de Código Contencioso Administrativo, expresaron que la Administración puede revocar en forma directa los actos administrativos de carácter particular y concreto que reconozcan derechos, cuando éstos hubieren ocurrido por medios ilegales y/o cuando sea manifiesta su oposición a la ley, argumento con fundamento en el cual concluyeron que la afirmación hecha por la parte actora en el sentido de señalar que solamente se puede prescindir del consentimiento previo del titular cuando el acto administrativo de contenido particular provenga del silencio administrativo positivo no es acertada.

En ese sentido, se indicó en la contestación que en la Licitación Pública No. 042 de 1999, no podían participar aquellas personas incursas en alguna inhabilidad, tal y como era el caso del Consorcio Los Robles, el cual, pese a conocer de tal condición que recaía en cabeza suya y, por contera, de la prohibición legal para participar en el proceso licitatorio y para celebrar contratos con el Estado, ocultó tal circunstancia y participó en el proceso de selección, obteniendo de esta manera la adjudicación del contrato.

En razón de lo anterior, se señaló que al revocar el acto de adjudicación obtenido en tales circunstancias, el IDRD actuó de manera diligente, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales y, en especial, con estricta observancia de lo previsto en la Ley 80 de 1993⁸.

4. La sentencia impugnada.

La Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 9 de junio de 2004 resolvió negar las pretensiones de la demanda. Como sustento de su decisión el *a quo*, después de analizar el inciso 2º del ordinal 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 44, indicó que dicha normativa permite que el representante legal de la entidad contratante proceda a dar por terminado el negocio jurídico en el estado en que se encuentre, cuando se configuren las causales de nulidad absolutas a las que se refieren los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, entre ellas, cuando se celebre con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

En razón de lo anterior, consideró el Tribunal que lo que debía establecerse para determinar si el acto enjuiciado estaba viciado de nulidad, era si la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., miembro del Consorcio Los Robles, estaba incurso en la inhabilidad que de ella se predicó y en tal orden de ideas, una vez analizadas las pruebas obrantes en el plenario, concluyó que, efectivamente, dicha sociedad estaba inhabilitada, toda vez que *“no firmó el contrato que se le había adjudicado en licitación pública No. 01-99, por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente - DAMA, mediante Resolución 1788 del 14 de diciembre de 1999”*.

⁸ Folios 90 a 107 del cuaderno 1 de primera instancia.

Al respecto, dijo el Tribunal que si bien entre el DAMA y la Sociedad Arias, Serna y Saravia S.A., se llegó a una conciliación en relación con el contenido de los actos administrativos por medio de los cuales se hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta por no haberse suscrito el contrato adjudicado, lo cierto era que tal acuerdo únicamente podía entenderse referido a los efectos patrimoniales de tales actos y que, en consecuencia, a pesar de que éstos fueron revocados en razón de la conciliación, el acuerdo no conculcó sus efectos jurídicos y que, además, el acuerdo se celebró el 22 de marzo de 2002, es decir, casi dos años después de haberse proferido la resolución demandada en este proceso.

Adicionalmente, se expresó en la sentencia de primera instancia que no es necesario que en las resoluciones por medio de las cuales se haga efectiva la póliza de seriedad se exprese que el adjudicatario quedó incurso en una causal de inhabilidad, toda vez que la norma legal es clara en señalar que quienes, sin justa causa, se abstengan de firma el contrato adjudicado serán inhábiles para contratar con la Administración.

Por último, se indicó en la providencia que a través del acto de adjudicación se crea una situación jurídica de carácter particular que no puede ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular del derecho, a menos que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales, como, según dijo, ocurrió en el caso de autos, básicamente, por considerar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, al estar incurso en una causal de inhabilidad, era obligación legal del consorcio renunciar a su participación en la licitación y a los derechos surgidos de la misma⁹.

5. El recurso de apelación.

En contra del fallo anterior la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para fundamentar su inconformidad con la decisión adoptada en primera instancia, la parte apelante hizo alusión a los temas que se relacionan a continuación:

- Irrevocabilidad del acto de adjudicación. Citó algunas providencias del Consejo de Estado referentes a la naturaleza del acto de adjudicación, los efectos jurídicos del acto y su carácter de irrevocable. La posición jurisprudencial reseñada en el recurso, se encamina a indicar que, dado que la ley expresamente prescribe que la resolución de

⁹ Folios 223 a 234 del cuaderno principal.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

adjudicación es irrevocable y obligatoria, *“cuando la adjudicación de la licitación se haya proferido con violación de la ley, la entidad licitante no puede ni revocar su propio acto ni abstenerse de perfeccionar el contrato, tan sólo podrá acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo; y eventualmente, su suspensión provisional, si existe una causal suficiente para ello”*. En cuanto a los efectos jurídicos del acto, la jurisprudencia que trajo a colación señala que una vez notificado el acto administrativo de adjudicación, se crea una situación jurídica concreta en favor del adjudicatario.

Con base en lo anterior, concluyó la parte apelante que no le asistió razón al Tribunal al manifestar que la adjudicación realizada al Consorcio Los Robles era abiertamente ilegal, por considerar que uno de sus miembros estaba incurso en una causal de inhabilidad para contratar con el Estado, pues, según aseveró, la revocatoria directa era improcedente, por estar expresamente prohibido en la ley revocar un acto administrativo creador de una situación jurídica particular, sin que medie el consentimiento expreso y escrito del titular de derecho reconocido a través del respectivo acto administrativo.

- *“Efectos de la conciliación judicial celebrada y aprobada por el funcionario delegado legalmente, entre el DAMA u la entidad demandante”* (Subrayas fuera de texto). Con base en un aparte de una providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y un aparte doctrinal, la parte actora señaló que si bien la conciliación no compromete la legalidad del acto administrativo ejecutoriado, su revocación es la consecuencia de haberse llegado a un acuerdo en relación con sus efectos patrimoniales y que, en consecuencia, dicho acto administrativo sale del mundo jurídico, no por virtud de la conciliación, sino en razón de la homologación judicial que reciba.

Adicionalmente, indicó que la sentencia recurrida carece de un examen serio, profundo y pormenorizado en cuanto al pronunciamiento proferido el 23 de abril de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se aprobó la conciliación a la que llegaron la Sociedad Arias, Serna y Saravia S.A., y el DAMA en relación con los efectos patrimoniales del acto administrativo por medio del cual ese Departamento ordenó hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta, toda vez que en dicha providencia el Tribunal señaló que *“Bajo los anteriores planteamientos será viable la revocatoria del citado acto, bajo el entendido de que el Departamento Técnico Administrativo Del Medio Ambiente -DAMA al expedirlo desconoció en forma absoluta el pliego de condiciones, al insistir en una exigencia que no había sido prevista dentro de éste”*. En razón de ello,

consideró el apelante que era “absurdo” que en el fallo recurrido se le siguiera dando efectos a una sanción que se encontró arbitraria y contraria a derecho.

En ese orden de ideas, señaló la parte recurrente que *“las resoluciones No. 1889 del 24 de diciembre de 1999 y 0872 del 27 de abril de 2000, salieron del mundo jurídico, ya que la conciliación efectuada extinguió no solo los efectos del acto, sino los efectos de la providencia administrativa misma. La administración y el particular se trasladaron por los efectos de la revocación directa (de las resoluciones por la aprobación del acuerdo conciliatorio), al momento anterior a la finalización de la actuación y allí se podría concluir con los resultados de la conciliación...”*.

- “El acto administrativo de carácter particular, obtenido por medio ilegales, no puede ser revocado por la administración” (Subrayas fuera de texto). Señaló la parte apelante que al revocar el acto administrativo de adjudicación, sin que mediara el consentimiento expreso y escrito del consorcio titular del derecho, el IDRD vulneró el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que si bien la norma dispone que el acto ocurrido por medios ilegales puede ser objeto de revocatoria directa sin que medie el mencionado consentimiento, esto solo aplica para los eventos en los cuales el acto hubiera sido producto del silencio administrativo positivo; sin embargo, precisó que no fue ese el caso de la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, por medio de la cual se adjudicó al Consorcio Los Robles el contrato correspondiente a la Licitación Pública 042 de 1999 adelantada por el IDRD.

- Falta de prueba de la causal de inhabilidad. Indicó la parte demandante que el documento que sirvió de base al IDRD para proferir el acto administrativo por medio del cual revocó el de adjudicación del contrato, fue la comunicación CJ-UCAA 16334 del 11 de junio de 2000, suscrita por el Director del DAMA, en la cual se señaló lo siguiente: *“Los argumentos presentados por el representante de la firma ARIAS SERNA Y SARAIVA LTDA, en el recurso interpuesto contra la resolución No. 1889 de 1999 no prueban la existencia de una ‘justa causa’ para haberse abstenido de firmar el contrato”*.

En relación con el citado documento, dijo la parte recurrente que no constituye prueba de ninguna índole y que no produce efecto legal alguno, toda vez que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Cámara de Comercio es la encargada de publicar los actos administrativos sancionatorios a través del registro único de proponentes, lo cual significa para el actor que para imponer una sanción se hace

necesario agotar un procedimiento que no llevó a cabo el DAMA, por cuanto en la resolución solamente se hizo alusión a la póliza de garantía de cumplimiento, pero en manera alguna se refirió a que el contrato se hubiere dejado de suscribir sin justa causa, como lo exige la ley, a lo cual solamente se vino a hacer alusión en la comunicación antes citada, razón por la cual no podía ser tomada por el IDRD para revocar la resolución de adjudicación.

Dijo también la parte actora que el Instituto demandado no acudió al mecanismo idóneo para verificar la existencia de la supuesta inhabilidad del Consorcio Los Robles para contratar con la Administración y que la comunicación que expidió el DAMA no tiene los efectos legales de publicidad que se le otorgan al registro único de proponentes de la Cámara de Comercio. En ese sentido, aseveró que la sentencia objeto de apelación es desacertada, toda vez que la única prueba que se analizó fue la plurimencionada comunicación¹⁰.

6. El trámite de la segunda instancia.

El recurso así presentado, fue admitido por auto del 4 de febrero de 2005¹¹, mediante auto del 22 de julio de 2005 se decretó una prueba solicitada en esta instancia por la parte actora y, mediante proveído del 31 de marzo de 2006¹², se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal en el que se hicieron los siguientes pronunciamientos:

- Parte demandante.

La parte actora, además de reiterar los argumentos expuestos en la apelación, señaló que, en caso de haberse probado la inhabilidad que se le endilgó, lo que correspondía al IDRD era darle aplicación a lo previsto en el inciso final del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, es decir, permitir que la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., cediera a un tercero su participación en el Consorcio Los Robles, toda vez que se trataba de una inhabilidad sobreviniente, por cuanto la apertura de la licitación pública tuvo lugar el 27 de diciembre de 1999 y el contrato fue adjudicado el 21 de junio del 2000, amén que el

¹⁰ Folio 248 a 262 del cuaderno principal.

¹¹ Folio 264 del cuaderno principal.

¹² Folio 317 del cuaderno principal.

oficio del DAMA que informó acerca de la inhabilidad se fechó el 11 de julio de ese mismo año.

Igualmente, en relación con el presunto incumplimiento en el pago de las obligaciones tributarias de las sociedades que hacían parte del Consorcio Los Robles al que se hizo alusión en el acto por medio del cual se revocó la resolución de adjudicación del contrato, la parte recurrente insistió en que el requisito de allegar los paz y salvos correspondientes se cumplió¹³.

- Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza.

En esta oportunidad procesal, los miembros de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza manifestaron que, según las pruebas que obran en el proceso, se halla acreditada la inhabilidad en la que se encontraba incurso la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., y que tal inhabilidad le impedía no sólo participar en el proceso de selección, sino, además, contratar con el Estado.

Se expresó también que el recurso de apelación no está llamado a prosperar, toda vez que, según consideraron, la inconformidad en contra de la sentencia de primera instancia se fundamentó principalmente en una conciliación celebrada entre el DAMA y la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., en un proceso diferente al de la referencia.

En lo que a ese aspecto concierne, señalaron los miembros de la Unión Temporal que la parte actora le dio a la conciliación que pretende hacer valer como prueba un alcance mayor al que legalmente le corresponde, por cuanto a través de tal acuerdo el DAMA reconoció sus propios actos y revocó las resoluciones que precisamente sirvieron de fundamento a los actos administrativos que en este proceso se cuestionan, actos que fueron proferidos en un marco de legalidad y que no pueden ser afectados en manera alguna por un acuerdo conciliatorio surgido de manera posterior.

En ese orden de ideas, en la intervención se indicó que el acuerdo conciliatorio en nada puede modificar o alterar los efectos jurídicos de la resolución por medio de la cual se revocó el acto administrativo de adjudicación, toda vez que fue proferida en el marco de la legalidad, máxime cuando fue el mismo DAMA el que certificó de manera expresa mediante comunicación 16334 de 2000 acerca de la inhabilidad que recaía en cabeza

¹³ Folios 318 a 329 del cuaderno principal.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

de una de las sociedades que hacían parte del Consorcio Los Robles, inhabilidad que, según se dijo, derivó de las Resoluciones 1889 de 1999 y 0872 de 2000, por medio de las cuales el DAMA hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta, resoluciones que estaban cobijadas por la presunción de legalidad.

Adicionalmente, se manifestó que la conciliación a la que llegaron el DAMA y la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., era ilegal, por violar lo dispuesto en los artículos 70 y 71 del Código Contencioso Administrativo, el primero que dispone que no es posible solicitar la revocatoria de los actos administrativos en contra de los cuales se hayan ejercido los recursos de la vía gubernativa y, el segundo, que señala que la revocatoria directa de un acto puede cumplirse en cualquier tiempo, siempre que no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

Sobre el particular, se advirtió que además de que la parte actora interpuso recursos en la vía gubernativa, a la fecha en que se celebró la conciliación judicial ya se había proferido auto admisorio de la demanda que se entabló en contra de los actos administrativos sobre cuyos efectos patrimoniales se concilió con el DAMA.

Con base en todo lo anterior, la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza solicitó que se niegue todo valor probatorio a la providencia por medio de la cual se aprobó el acuerdo conciliatorio que se celebró entre el DAMA y la Sociedad Arias Serna y Saravia Ltda., pues, por violar el derecho de defensa y contradicción, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, debe ser considerada nula.

Igualmente, se expresó en el alegato de conclusión que el estudio de legalidad del acto demandado debía realizarse teniendo en cuenta elementos con los que contaba el IDRD a la hora de proferirlo, así como la normativa vigente para la fecha de su expedición.

Finalmente, se señaló que la demanda adolecía de ineptitud sustantiva y que era abiertamente antitécnica, excepción que solicitó fuera declarada por el Consejo de Estado. Al respecto, manifestó que en la demanda no se indicó la acción que se estaba ejerciendo y, además, que como a la fecha de su presentación el contrato ya se había

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

celebrado, no era procedente que se demandara el acto administrativo por medio del cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza¹⁴.

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

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Cundinamarca el 9 de junio de 2004, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ochocientos sesenta y cuatro millones setecientos cuatro mil quinientos treinta y seis pesos (\$864'704.536) por concepto de daños materiales, mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁵ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tuviera vocación de doble instancia era de cuatro millones trescientos doce mil pesos (\$4.312.000) (Decreto 597 de 1988).

2. La acción instaurada y su ejercicio oportuno.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; sin embargo, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente puede invocarse con fundamento en la nulidad del contrato.

En el presente caso, se encuentra que, si bien, como lo señalaron los miembros de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza en esta instancia, en la demanda no se indicó de manera expresa cuál era la acción que se ejercía, lo cierto es que, sin

¹⁴ Folios 318 a 373 del cuaderno principal.

¹⁵ 26 de octubre del 2000 (Folio 25 del cuaderno 1 de primera instancia).

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

necesidad de realizar esfuerzo interpretativo alguno, a partir de las pretensiones y fundamentos del libelo es evidente que la acción instaurada fue la contractual, pues las pretensiones se encaminaron no sólo a lograr la nulidad del acto previo, sino también la nulidad del contrato con base en la ilegalidad de dicho acto, lo que encuentra pleno sustento en lo dispuesto en el ya citado inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En ese contexto, forzoso es concluir que el término de caducidad que debe tenerse en cuenta en el *sub lite* es el previsto para la acción contractual; sin embargo, debe precisarse que para lograr el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios presuntamente irrogados por la expedición del acto ilegal, se requiere que la acción contractual se haya ejercido dentro de los treinta (30) días a los que se refiere el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo; de lo contrario, esto es, si a la finalización de dicho término el demandante no ha hecho ejercicio de la acción contractual, la posibilidad de obtener el restablecimiento y la indemnización de los perjuicios causados por el acto que se considera ilegal se extingue y el demandante sólo podrá pretender la declaración de nulidad absoluta de contrato con fundamento en la ilegalidad del acto previo, dentro de los dos (2) años siguientes contados a partir del perfeccionamiento del respectivo negocio jurídico, o dentro de los cinco años siguientes, si la vigencia del contrato es mayor, tal y como lo prevé el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁶.

En el presente caso se tiene que el acto previo cuya ilegalidad se demanda es la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, por medio de la cual el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte revocó la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, a través de la cual había adjudicado el contrato correspondiente a la Licitación Pública 042 de 1999 al Consorcio Los Robles, y, en su lugar, lo adjudicó a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza.

Dicho acto administrativo fue notificado mediante edicto que se fijó en la Secretaría General del Instituto demandado entre los días 25 de agosto y 7 de septiembre del año 2000 y al no proceder recursos en su contra por contener la determinación de adjudicar el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 62 de Código

¹⁶ Al respecto ver las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A: sentencias del 13 de noviembre de 2013, expedientes 28.479 y 25.646, sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 29.855. En similar sentido ver sentencia proferida el 15 de febrero de 2012 por la Subsección C de esta Corporación.

Contencioso Administrativo, quedó notificado y en firme al día siguiente, esto es, el 8 de septiembre de esa anualidad.

En consecuencia, el término de treinta (30) días a que se refiere el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, corrió entre el 8 de septiembre y el 23 de octubre de 2000. Así entonces, como quiera que la demanda se instauró el 19 de octubre de 2000, concluye la Sala que la acción se presentó dentro el término oportuno, no solo para solicitar la nulidad del contrato con base en la ilegalidad de los actos previos, sino también para pedir el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios presuntamente ocasionados.

3. Las pruebas que obran en el proceso.

3.1. Documentales.

Se relacionan las siguientes:

La existencia de las sociedades miembros del Consorcio Los Robles:

- Certificados de existencia y representación de las sociedades H. Rojas y Asociados Ltda., y Arias Serna y Saravia S.A.¹⁷.

Las concernientes a la Licitación Pública No. 01 de 1999, adelantada por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá:

- Resolución No. 1788 proferida el 14 de diciembre de 1999, por medio de la cual el Departamento Administrativo de Medio Ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá, adjudicó el contrato correspondiente a la Licitación Pública No. 01 de 1999 a la Sociedad Arias Serna y Saravia Ltda.¹⁸.

- Resolución No. 1886 del 23 de diciembre de 1999, por medio de la cual el Departamento Administrativo de Medio ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá, adjudicó el contrato correspondiente a la Licitación Pública No. 01 de 1999 al Consorcio Ecoparques¹⁹.

¹⁷ Folios 1 a 5 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

¹⁸ Folios 101 a 105 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

¹⁹ Folios 106 a 108 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

- Resolución No. 1889 proferida por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente el 24 de diciembre de 1999, dentro del proceso de licitación pública No. 01 de 1999, por medio de la cual se declaró la realización del riesgo amparado por la “póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 7298478...”²⁰.

- Resolución No. 0872, proferida el 27 de abril de 2000, por medio de la cual el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., en contra de la Resolución No. 1889²¹.

- Acta de la providencia proferida el 23 de abril de 2002, por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se homologó la conciliación judicial a la que llegaron la Sociedad Arias Serna y Saravia y el Distrito Capital – Departamento Administrativo del Medio Ambiente DAMA -, en relación con las pretensiones del proceso iniciado por la primera en contra de la segunda, con el objeto de lograr la nulidad de las Resoluciones 1889 y 0872 de 1999, así como los perjuicios consecuenciales²².

Las atientes al proceso de Licitación Pública No. 042 de 1999, adelantado por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte:

- Pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública No. 042/99, cuyo objeto consistió en contratar las “obras de recuperación y construcción del plan maestro Parque Metropolitano Timiza, ubicado en la localidad de Kennedy”²³.

- Adendo No. 1 al pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública No. 042/99, por medio del cual se lo aclaró y modificó en relación con los siguientes aspectos: el cronograma de la licitación, el lugar, la fecha y la hora del su cierre, los documentos de la propuesta técnica, la información sobre la experiencia específica del proponente, la experiencia específica del proponente, el personal propuesto, los aspectos económicos y los formatos²⁴.

²⁰ Folios 180 a 184 de cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

²¹ Folios 185 a 223 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

²² Folios 288 a 309 del cuaderno principal.

²³ Folios 11 a 78 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

²⁴ Folios 79 a 89 del cuaderno de pruebas No. 2. del expediente.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

- Documento de constitución del Consorcio Los Robles y otros²⁵.
- Propuesta Técnica y económica presentada por el Consorcio Los Robles en la Licitación Pública No. 042 de 1999²⁶.
- Acta de audiencia de adjudicación correspondiente a la Licitación Pública No. 042 de 1999, realizada entre los días 14 y 15 de junio de año 2000²⁷.
- Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, por medio de la cual se adjudicó el contrato correspondiente a la Licitación Pública No. 042 de 1999, al Consorcio Los Robles²⁸.
- Comunicación No. 15702 del 21 de junio de 2000, por medio de la cual se impugnó la Resolución No. 0286 de esa misma fecha, con fundamento en que una de las sociedades que conformaban el Consorcio Los Robles, que resultó adjudicatario del contrato, estaba inhabilitada para contratar con el Estado²⁹.
- Oficio del 27 de junio de 2000, por medio del cual el Subdirector Técnico de Construcciones del Instituto Distrital de Recreación y Deporte remitió al Consorcio Los Robles, el oficio No. 15702 del 21 de junio de 2000, para que procediera a efectuar las explicaciones pertinentes³⁰.
- Comunicación No. 16546 del 30 de junio de 2000, por medio de la cual el Consorcio Los Robles dio respuesta al oficio remitido por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte el día 27 de ese mismo mes y año³¹.
- Comunicación No. 16467 del 30 de junio de 2000, por medio de la cual se hizo entrega al Instituto Distrital de Recreación y Deporte de los siguientes documentos:

²⁵ Folios 6 a 10 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

²⁶ Folios 139 a 624 del cuaderno de pruebas No. 4 del expediente.

²⁷ Folios 1 a 33 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

²⁸ Folios 34 a 38 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

²⁹ Folios 98 a 101 de cuaderno de pruebas No 2 del expediente.

³⁰ Folio 102 de cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

³¹ Folios 103 a 109 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

Resolución No. 1889 de 1999, recurso de reposición en su contra y Resolución No. 0872 de 2000, por medio de la cual se resuelve la impugnación de manera negativa³².

- Comunicación No. 17093 del 7 de julio de 2000, por medio de la cual el Consorcio Los Robles remitió al Instituto Distrital de Recreación y Deporte concepto jurídico elaborado por parte de sus asesores en relación con el tema de inhabilidades, así como en relación con el paz y salvo de las obligaciones tributarias nacionales de la firma Arias Serna y Saravia S.A., y certificado expedido por la División Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el que consta un saldo a favor de la mencionada firma³³.

- Comunicación del 7 de julio de 2000, por medio de la cual la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza manifestó al Instituto Distrital de Recreación y Deporte que además de que la Sociedad Arias Serna y Saravia Ltda., se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) del numeral 1º de artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el contrato no podía adjudicarse al segundo proponente, toda vez que, según se aseveró en la comunicación, aquél habría incurrido en falsedad en la información que suministró en su oferta y, por esa razón, dijo que la adjudicación del contrato debía hacerse a favor de la Unión Temporal, por ocupar el tercer lugar en el orden de elegibilidad³⁴.

- Oficio SJ - UCAA 16334 del 11 de julio de 2000, por medio del cual el Director del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá, informó a la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte que la Sociedad Arias Serna y Saravia Ltda., se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, toda vez que no había suscrito un contrato que le había sido adjudicado³⁵.

- Comunicación No. 17719 del 14 de julio de 2000, por medio de la cual el proponente que se encontraba en el segundo lugar del orden de elegibilidad, se pronunció en relación con la presunta falsedad en la que, según la Unión Temporal Timiza, habría incurrido en la elaboración de su propuesta³⁶.

³² Folios 43 a 45 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

³³ Folios 125 a 132 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

³⁴ Folios 65 y 66 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

³⁵ Folios 133 y 134 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

³⁶ Folios 78 a 82 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

- Concepto proferido el 16 de julio de 2000 por el doctor Camilo E. Velásquez Turbay, a petición de la parte actora, en relación con los efectos jurídicos derivados de la no suscripción del contrato que le fue adjudicado a la Sociedad Arias Serna y Saravia Ltda., por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente en la Licitación Pública No. 01 de 1999³⁷.

- Comunicación No. 17851 del 17 de julio de 2000, por medio de la cual el Consorcio Los Robles manifestó a la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte su preocupación por la demora en la suscripción del contrato y señaló que, según concepto rendido por el doctor Camilo E. Velásquez Turbay, el cual anexó a la comunicación, la inhabilidad que se pretende endilgar en su contra no existió³⁸.

- Comunicación del 18 de julio de 2000, por medio de la cual los miembros de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza suministraron información al Instituto Distrital de Recreación y Deporte en relación con la presunta inhabilidad que recaía en cabeza de una de las sociedades que hacían parte del Consorcio Los Robles a la fecha de la adjudicación del contrato, así como en relación con la presunta falsedad que se endilgó a la propuesta presentada por el proponente que quedó en el segundo lugar de orden de elegibilidad³⁹.

- Comunicación 18124 del 19 de julio de 2000, por medio de la cual el Representante del Consorcio Los Robles le informó al Instituto Distrital de Recreación y Deporte que tenía conocimiento de la intención de la Administración en el sentido de revocar el acto de adjudicación y le manifestó que no otorgaba su consentimiento para ello⁴⁰.

- Resolución No. 0346 del 28 de julio de 2000, por medio de la cual el Instituto Distrital de Recreación y Deporte dispuso: *“Sanear un vicio ocurrido en la Licitación Pública No. 042/99 y en consecuencia establecer un plazo hasta el día diez (10) de agosto de 2000 para resolver las peticiones presentadas y suscribir el contrato correspondiente”*⁴¹.

³⁷ Folios 84 a 97 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

³⁸ Folios 110 a 124 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

³⁹ Folios 98 y 99 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

⁴⁰ Folios 100 de cuaderno de pruebas No. 3 de expediente.

⁴¹ Folios 188 y 189 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

- Resolución No. 0349 del 31 de julio de 2000, por medio de la cual la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte reasumió *“las facultades para la resolución de peticiones, recursos y culminación de las demás actividades que sean necesarias para la suscripción del contrato de la Licitación Pública No. 042 de 1999...”*⁴².
- Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, por medio de la cual el Instituto de Recreación y Deporte revocó la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, a través de la cual se había adjudicado el contrato al Consorcio Los Robles y, en su lugar, se lo adjudicó a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza⁴³.
- Edicto emplazatorio fijado en la Secretaria General del Instituto Distrital de Recreación y Deporte el 25 de agosto de 2000, de la parte resolutive de la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, por medio de la cual se revocó el acto de adjudicación contenido en el Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000 y se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza⁴⁴.
- Petición elevada por el representante del Consorcio Los Robles ante la Directora General del Instituto Distrital de Recreación y Deporte el 21 de septiembre de 2000, por medio de la cual le solicitó que se revoque de manera directa la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, a través de la cual se revocó la decisión de adjudicación de la Licitación Pública No. 042/99 adoptada mediante Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000⁴⁵.
- Concepto jurídico rendido por el doctor Julio César Uribe Acosta en relación con la posibilidad de la Sociedad Arias Serna y Saravia Ltda., para participar, como miembro del Consorcio Los Robles, dentro de la Licitación Pública No. 042 de 1999⁴⁶ y Complemento al concepto jurídico.
- Concepto jurídico emitido por la firma Del Castillo & Asociados a petición de la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte, en relación con la presunta inhabilidad en la cual estaba incurso una de las sociedades que hacían parte del Consorcio Los Robles y en relación con el supuesto incumplimiento de dicho consorcio

⁴² Folio 190 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

⁴³ Folios 95 a 97 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁴⁴ Folio 174 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁴⁵ Folios 167 a 173 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁴⁶ Folios 46 a 53 y 61 a 64 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

en cuanto al requisito legal del paz y salvo expedido por la DIAN para la celebración del contrato⁴⁷.

- Concepto jurídico emitido por el doctor Jorge Pino Ricci a petición de la Directora del Instituto Distrital de Recreación y Deporte en relación con la posibilidad de revocar el acto de adjudicación en la Licitación Pública No. 042 de 1999⁴⁸.

- Contrato de obra No. SC-309 celebrado el 30 de agosto de 2000, entre el Instituto Distrital de Recreación y Deporte y la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza⁴⁹.

Las concernientes a los certificados de paz y salvo de obligaciones tributarias:

- Circular No. 0080 del 29 de marzo de 2000, emitida por el Departamento Administrativo de Impuestos y Aduanas Nacionales, en relación con la verificación de obligaciones tributarias nacionales para efectos de la contratación pública⁵⁰.

- Concepto General No. 0373326 proferido el 17 de abril de 2000, sobre certificado de cumplimiento de obligaciones tributarias⁵¹.

- Oficio 0030-001-13799 del 13 de julio de 2000, por medio del cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales le informó al Instituto Distrital de Recreación y Deporte que *“una vez efectuada la verificación correspondiente a los certificados de Paz y Salvo en los medios electrónicos (Base de datos) e inspección física expedidos por la Administración Especial de Impuestos de las Personas Jurídicas de Santafé de Bogotá, D.C., se estableció que las certificaciones expedidas a los contribuyentes que se citan a continuación no se encontraban a paz y salvo en sus obligaciones tributarias en la fecha que se indica a continuación.”* Arias Serna y Saravia 15 de junio de 2000, H. Rojas y Asociados Ltda. 15 de junio de 2000⁵².

- Petición elevada por el representante legal de la sociedad H. Rojas y Asociados, miembro del Consorcio Los Robles, ante la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales el 6 de septiembre de 2000, por medio de la cual solicitó que se informe si

⁴⁷ Folios 172A a 185 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

⁴⁸ Folios 186 y 187 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

⁴⁹ Folios 8 a 16 del cuaderno de pruebas No. 4 del expediente.

⁵⁰ Folios 156 y 157 del cuaderno de pruebas No. del expediente.

⁵¹ Folios 158 a 172 del cuaderno de pruebas No. 3 del expediente.

⁵² Folio 248 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

para el 15 de junio de ese año la firma se encontraba a paz y salvo por todo concepto con la DIAN⁵³.

- Oficio 0030-001-14192 del 14 de septiembre de 2000, por medio del cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales informó a la Sociedad H. Rojas y Asociados, miembro del Consorcio Los Robles, que dado que el certificado de paz y salvo No. 1771 de 2 de junio de 2000 tenía vigencia de un mes, la firma estaba a paz y salvo para el día 15 de ese mismo mes y año⁵⁴.

- Certificados de paz y salvo expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Nos. 1771 del 2 de junio de 2000, 4096 del 18 de agosto de 2000, 2846 del 6 de julio de 2000, 183 del 4 de mayo de 2000, 176 del 2 de febrero de 2000, de la sociedad H. Rojas Asociados Ltda. Oficio 0030-173-21168 del 30 de mayo de 2000, por medio del cual la División de Cobranzas informó que a esa fecha a la Coordinadora del Grupo de Certificaciones que a la Sociedad H. Rojas y Asociados Ltda., no le figuran deudas⁵⁵.

- Declaraciones mensuales de retención en la fuente del 11 de febrero de 2000, 14 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 11 de mayo de 2000, 13 de junio de 2000, 10 de julio de 2000, 14 de agosto de 2000, 12 de septiembre de 2000; recibos oficiales de pagos de impuestos nacionales de 20 de junio de 2000, de la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., y certificación de paz y salvo expedida por la Dirección de Impuestos Nacionales el 5 de julio de 2000⁵⁶.

- Oficio No. 00-30-066-195-014 del 11 de enero de 2002, por medio de la cual el Jefe del Grupo de Secretaría y Archivo de la División Jurídica Tributaria del Departamento Administrativo de Impuestos y Aduanas Nacionales informó que revisados los libros radicadores, no figuran certificados de 7 de julio de 2000 expedidos a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A.⁵⁷.

3.2. Interrogatorio de parte.

⁵³ Folio 135 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁵⁴ Folios 136 y 137 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁵⁵ Folios 138 a 142 y 239 y 240 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁵⁶ Folios 143 a 166 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

⁵⁷ Folios 233 y 234 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

El representante legal del Consorcio Los Robles rindió interrogatorio de parte dentro del proceso, cuya acta correspondiente obra a folios 250 a 251 del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente.

3.3. Dictamen pericial.

De folios 1 a 13 del cuaderno de pruebas No. 5 del expediente, obra dictamen pericial rendido dentro del proceso, en relación con las pretensiones económicas de la demanda.

4. El análisis del caso.

Una vez estudiados los argumentos expuestos en el recurso de apelación, así como los planteados en las intervenciones realizadas en esta instancia, considera la Sala que para efectos de resolver el caso concreto es necesario abordar el estudio de los siguientes temas: a) la irrevocabilidad del acto de adjudicación, b) las implicaciones de una inhabilidad o incompatibilidad configurada en cabeza de un proponente de manera previa al proceso de selección, así como las implicaciones si se configuran de manera sobreviniente: i) durante el curso de un proceso de selección, ii) una vez expedido el acto de adjudicación y iii) durante su ejecución, y c) la existencia de una inhabilidad como impedimento legal para suscribir un contrato estatal.

Previo a entrar a analizar los temas señalados, es oportuno precisar que, dado que el proceso de selección en virtud del cual se expidió el acto administrativo demandado y se celebró el contrato cuya nulidad se pretende se desarrolló en vigencia de la Ley 80 de 1993, serán sus disposiciones las que sean tenidas en cuenta para resolver el asunto.

a) La irrevocabilidad del acto de adjudicación.

En términos generales, la revocatoria directa de los actos administrativos, sean estos de carácter particular, individual o general⁵⁸, constituye una facultad de autotutela que se

⁵⁸ "Técnicamente resulta más atinado hablar de revocatoria de los actos administrativos de carácter particular, individual y concreto y de derogatoria de los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, pues es éste el fenómeno que se produce cuando una disposición posterior deja sin efecto, total o parcialmente otra anterior, bien sea de forma expresa o de manera tácita; no obstante, la misma ley refunde los dos conceptos y se refiere indistintamente a la revocatoria directa en relación

radica en cabeza de la Administración con el objeto de controlar sus propios actos, dejándolos sin efectos y, por tanto, retirándolos de manera directa del ordenamiento jurídico sin necesidad de que para ello medie un pronunciamiento judicial.

En ese sentido, se ha dicho que la revocatoria directa constituye un medio de control que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les “... *permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad...*”⁵⁹, del interés público o de derechos fundamentales.

En la legislación colombiana vigente para el momento de los hechos que son objeto de estudio en el presente juicio⁶⁰, dicha figura, propia del derecho administrativo, se encontraba regulada en los artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -, normas en las cuales se establecían las causales de procedencia de la revocación, eventos de improcedencia para su aplicación, oportunidad, efectos de la solicitud y de la decisión, las condiciones o requisitos para revocar, así como el procedimiento a seguir para ello.

Como se observa, en el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984-, se reguló de manera general la facultad de la Administración para proceder a la revocatoria directa de sus propios actos; sin embargo, por voluntad del legislador, a través del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se estableció una excepción a dicha facultad de autotutela, toda vez que se dispuso de manera expresa y sin lugar a salvedad alguna que “*El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario*”.

Con fundamento en el mencionado marco normativo, se puede afirmar que a través del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 se estableció una norma especial en relación con el acto administrativo de adjudicación, pues, a pesar de su condición de acto administrativo, se lo sustrajo de la posibilidad de ser controlado a través de la figura de la revocatoria directa.

con los actos de contenido general y respecto de los de alcance particular y concreto (artículo 71 del C.C.A.)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia proferida el 26 de noviembre de 2014, expediente.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 31 de mayo de 2012, rad. 68001-23-31-000-2004-01511-01 (0825-09).

⁶⁰ El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), regula la materia en el capítulo noveno, del título III de su parte primera.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Sobre el particular, cabe destacar que, inclusive desde la vigencia del Decreto 222 de 1983, se ha entendido que para salvaguardar la seguridad jurídica de las personas que quedan comprometidas en virtud del acto de adjudicación, éste se excluye de la posibilidad de ser revocado de manera directa por la Administración. En ese sentido, la Corporación, en providencia que se cita a continuación, manifestó:

“De entrada, se debe recordar que, por precepto legal contenido en el primer inciso del artículo 35 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1983, la resolución de adjudicación, una vez ejecutoriada (sic) es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario. (...)

Frente a la absoluta prohibición legal para revocar los actos de adjudicación de los contratos, la administración no puede invocar válidamente motivo alguno del cual pueda derivar potestades de revocación. Esto no significa que la entidad pública, en estos casos, quede sujeta a la sola voluntad del adjudicatario cuando el acto contraría preceptos superiores; ella tiene a la mano las acciones consagradas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., y si la infracción de la ley reúne las características descritas en el artículo 152 del mismo código podrá, además, obtener la suspensión provisional del acto.

*Es claro que el legislador extraordinario, por razones de la trascendencia que reviste el acto de adjudicación para la seguridad jurídica de las personas en él comprometidas, **sustrajo su control de legalidad de la sede administrativa** (asunto que es normal para la generalidad de los actos administrativos, ora a través de los recursos gubernativos, ora por virtud de la revocación directa oficiosa o provocada), para dejarlo, de manera exclusiva, en manos del juez administrativo. (...)^{61”62}.*

Dado que la irrevocabilidad del acto de adjudicación se mantuvo sin salvedades con la expedición de la Ley 80 de 1993 y hasta antes de proferirse la Ley 1150 de 2007, las consideraciones que vienen de citarse resultan también válidas y perfectamente predicables cuando se trata de analizar el contenido del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80. En efecto, en el mismo sentido que se expresa en esta oportunidad y en atención a lo dispuesto en el citado numeral de la Ley 80 de 1993, se pronunció la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación en providencia del 20 de febrero de 2014, así:

“De aquí que la norma [se refiere al numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993] prohíbe a la administración revocar su decisión, restricción que se extiende al ámbito de la vía gubernativa, en tanto, el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 señala que contra el acto de adjudicación no proceden recursos en el marco

⁶¹ Sentencia del 10 de marzo de 1994, expediente No. 6.436.

⁶² Tomado de providencia proferida por la Sección Tercera el 15 de agosto de 2002, dentro del mismo proceso de la referencia.

*de la misma. Norma que en todo caso cobija al acto demandado, en cuanto que el proceso de selección se surtió bajo su vigencia*⁶³⁶⁴.

Así las cosas, es claro que al contener la Ley 80 de 1993 una disposición especial en relación con la revocación directa del acto administrativo de adjudicación, cuyo propósito fue extraerlo del régimen general de los actos administrativos en cuanto a ese aspecto concierne, no hay lugar a remitirse a las disposiciones que en relación con esta materia contempla el Código Contencioso Administrativo.

Es más, estando en vigencia de lo previsto en el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, resultaría abiertamente contradictorio pensar en dar aplicación a la remisión prevista en el artículo 77 ibídem, en cuanto a las normas que rigen los procedimientos y las actuaciones en la función administrativa, toda vez que establecida de manera expresa la irrevocabilidad del acto de adjudicación, mal podría pensarse en la existencia de un vacío en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que permitiera acudir a las causales y al procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo para revocar de manera directa un acto administrativo, pues, claramente, en lo que a ese aspecto concierne, dichas normas no serían compatibles con la finalidad prevista en el mencionado numeral de la Ley 80.

Igualmente, siendo que la irrevocabilidad del acto de adjudicación se constituye como una garantía para quienes resulten favorecidos con él y que dicha salvaguarda viene dada por disposición expresa de la ley, resulta forzoso concluir que para que ésta pueda ser real y efectiva, cualquier limitación que se pretenda establecer al respecto, además de provenir de la ley, con el mismo carácter de especial y excepcional en relación con la regulación general prevista para el resto de los actos administrativos, debe ser también expresa.

En ese sentido, la intención del legislador de regular de manera especial el acto de adjudicación, vino a ser ratificada con la expedición de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual, si bien se derogó el numeral 11 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, la

⁶³ Lo anterior sin perjuicio de que el artículo 9o de la Ley 1150 de 2007, modificó su alcance en cuanto previó que “El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2014 , expediente 27273.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

disposición en él contenida en cuanto a la irrevocabilidad del acto se reprodujo en su artículo 9º, pero, de manera expresa, se establecieron dos causales específicas que podrían dar lugar a su revocatoria directa y, por tanto, serán éstas y no las contempladas en el Código Contencioso Administrativo, o, en la actualidad, las contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las que puedan dar lugar a su revocatoria.

b) Las implicaciones de una inhabilidad o incompatibilidad configurada en cabeza de un proponente de manera previa al proceso de selección y las implicaciones si se configuran de manera sobreviniente: i) durante el curso de un proceso de selección, ii) una vez expedido el acto de adjudicación y iii) durante su ejecución.

Para avanzar en el estudio del tema enunciado, resulta imprescindible referirse a la figura de las inhabilidades y a la de las incompatibilidades, las cuales se encuentran consagradas en normas jurídicas que prevén impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de ellas, a los sujetos a los que aluden tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad.

Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones; en efecto, lo hizo en providencia expedida en el año 2001, en la cual precisó el alcance de las inhabilidades y las incompatibilidades, así:

“En lo que respecta a los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, que son los que para este asunto interesan, puede decirse que se trata de preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma.

Desde el punto de vista de su contenido hacen referencia a situaciones diferentes, aunque en muchos casos concurren de manera simultánea. Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Se parte, por ejemplo, de la investidura o cargo que hace que determinadas actividades, negocios, etc. no puedan ser realizados o efectuados por su titular, por considerar que riñen con las funciones inherentes a ese cargo o investidura.

En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones.

La jurisprudencia constitucional en relación con las inhabilidades e incompatibilidades afirma:

‘Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44)’.

‘El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado’⁶⁵.

También ha sostenido que ‘si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.’⁶⁶

Pese a que, ninguno de los estatutos que han reglado la contratación administrativa –decretos leyes 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1993 y ahora la ley 80 de 1993, definen los términos inhabilidad e incompatibilidad, todos coinciden, sin embargo, en que es un campo reservado al legislador.’⁶⁷ (Destaca la Sala).

Como viene de verse, la capacidad para contratar con las entidades del Estado, la cual se reconoce en general a las personas naturales y a las jurídicas, así como a los

⁶⁵ Sentencia C-415 de 1994.

⁶⁶ Sentencia C- 429 de 1997.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 20 de 2001, Expediente 10989, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

consorcios y a las uniones temporales⁶⁸, puede verse limitada por el surgimiento de una inhabilidad o una incompatibilidad, toda vez que éstas “obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades...”⁶⁹. Sobre el particular, la H. Corte Constitucional se ha expresado de la manera que sigue:

"La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquélla la constituye la capacidad para contratar.

*La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6o.). Por consiguiente, **no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad**". (Destaca la Sala).*

Las inhabilidades y las incompatibilidades que consagra la ley para efectos de contratar con el Estado, tienen por objeto asegurar que se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución para la función administrativa, por tanto su aplicación en esta materia pretende evitar que contraten con el Estado quienes se encuentren incursos en ellas; sin embargo, dichas inhabilidades e incompatibilidades también pueden surgir de manera sobreviniente, es decir, estando en curso la etapa precontractual, o, incluso, en vigencia de la etapa contractual.

En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, que establece quiénes tienen capacidad para contratar con el Estado⁷⁰, debe leerse en concordancia con lo previsto en el artículo 8º ibídem, que dispone que quienes estén incursos en una causal de inhabilidad o incompatibilidad no pueden contratar con él, norma que deberá mirarse también en concordancia con las demás que establecen restricciones en la contratación estatal.

⁶⁸ Artículo 6 de la Ley 80 de 1993.

⁶⁹ Corte constitucional, Sentencia C - 489 de 1996.

⁷⁰ El artículo 6º de la Ley 80 de 1993, dispone que: i) “*pueden celebrar contratos con las entidades estatales las persnas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes*”, ii) “*los consorcios y uniones temporales*” y iii) “*las personas jurídicas nacionales y extranjeras*”, éstas últimas, por disposición expresa de la norma, deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y aun año más.

En ese sentido, razonable resulta señalar que la capacidad para contratar con el Estado debe estar presente desde el momento mismo de presentar la propuesta y debe mantenerse intacta durante el proceso de selección, en el momento de la adjudicación, en el de la celebración, en la ejecución y, en general, durante la vigencia del contrato; no obstante lo que se deja advertido, según el momento en el que se presenten, las soluciones que ofrece la Ley para evitar que una persona en esas condiciones pueda seguir vinculada contractualmente con el Estado, o para que continúe participando en un proceso de selección con tal propósito, son diferentes.

En relación con lo primero, esto es, en cuanto hace a la capacidad para participar en un proceso de selección, esta Sección ha expresado que tal condición debe ostentarse desde el momento mismo de presentar la correspondiente propuesta, puesto que si *“quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella [se refiere a la capacidad] debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”⁷¹*, condición que, además debe probarse; es decir, **la capacidad jurídica es un requisito habilitante** para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta^{72,73}.

En consecuencia, dado que la capacidad para contratar con el Estado es un requisito habilitante para participar en un proceso de selección, en caso de que ésta se encuentre afectada por alguna inhabilidad o por una incompatibilidad al momento de presentar una propuesta, la consecuencia obligada que de ello se deriva es el rechazo de la misma.

⁷¹ Así lo ha señalado al estudiar lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, que señala que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, y en la que agregó: “como quiera que las circunstancias inherentes a la capacidad jurídica del proponente son materia del Registro Único de Proponentes y de verificación documental por parte de la correspondiente Cámara de Comercio, resulta que se prueba plena y exclusivamente con el correspondiente certificado del RUP y que las entidades estatales no podrán exigir, ni los proponentes aportar, ninguna otra documentación relacionada con ella, tal como se desprende de lo previsto por el inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007.” Y añadió que, “aún en estos casos excepcionales en que las entidades estatales son las llamadas a verificar documentalmente las condiciones de los proponentes, la capacidad jurídica del proponente debe existir y se debe demostrar al momento de presentar la oferta porque es un requisito habilitante para poder participar en el proceso de selección y por ende tampoco puede postergarse en este caso, hasta el momento de la adjudicación, la existencia y la prueba de esa calidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011, exp. 36.408, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷² Ídem.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688.

En ese mismo sentido, en providencia del 28 de agosto de 1997, la Sección Tercera expresó lo siguiente:

*"... debe señalarse que el artículo 8° de 1993 es claro en diferenciar, al estatuir las inhabilidades e incompatibilidades, que las mismas **se aplican tanto para el acto de la contratación como para la participación en la licitación como momento anterior al de la celebración del negocio ofertado**. En otras palabras el demandante (...) no sólo estaba inhabilitado para contratar con el establecimiento público municipal, sino también lo estaba para participar en la licitación, procedimiento este último anterior al momento de la celebración del contrato.*

Por las anteriores razones, se concluye que el comportamiento de la entidad demandada al haber advertido incluso en el momento de la calificación de los proponentes la existencia de la mencionada inhabilidad en el demandante estuvo ajustada en todo a la normativa contractual preceptuada en la Ley 80 de 1993, pues resultaría un contrasentido manifiesto el que una vez advertida la causal de inhabilidad se hubiera llegado al perfeccionamiento del proceso licitatorio con la suscripción de un contrato que se encontraría viciado de nulidad absoluta, de conformidad con la causal establecida en el numeral ° (sic) del artículo 44 del estatuto contractual"⁷⁴. (Destaca la Sala).

Ahora bien, en tratándose de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, esto es, las que se configuran u originan en el curso de la etapa precontractual o en la etapa contractual, el artículo 9° de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación [o concurso], se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal"⁷⁵.

Según se extrae del artículo 9° transcrito, el manejo legal que la Ley 80 de 1993 le da a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, depende de si éstas surgen en la

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 1997, expediente 10760.

⁷⁵ El aparte entre corchetes fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

etapa precontractual o en la etapa contractual y, en el último caso, según se trate de un contratista persona natural o jurídica, o de un contratista consorcio o unión temporal.

En tratándose de las inhabilidades e incompatibilidades que surgen en vigencia del contrato, para que termine la vinculación con el contratista incurso en alguna de ellas, la Ley prevé su cesión obligatoria, previa autorización escrita por parte de la entidad contratante, en el primer inciso, respecto del contrato mismo, en el tercero respecto de la participación del miembro inhabilitado en el consorcio o unión temporal contratista y, en ambos eventos, en caso de no lograrse la cesión, se prevé la renuncia del contratista a la ejecución del negocio jurídico.

Entiende la Sala que si bien la norma no lo expresa en forma explícita, aunque sí de manera implícita, en aquellos casos en los cuales el contratista es una persona natural o jurídica, una vez surgida la inhabilidad en cabeza suya no hay forma de que la ejecución del negocio jurídico continúe con él y, por tanto, la única opción posible es la cesión del contrato mismo y, en caso de no lograrse, la renuncia a su ejecución.

En cambio, en el caso de los consorcios y de las uniones temporales, como quiera que la calidad de contratista se ubica en tales figuras y no en la sus miembros individualmente considerados, la ley previó la posibilidad de que el contrato siga ejecutándose con el consorcio o la unión temporal, siempre y cuando el miembro que se encuentre incurso en causal de inhabilidad o de incompatibilidad ceda, no el contrato, sino su participación en el consorcio o la unión temporal a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante, pues, por expresa prohibición legal, no podría hacerlo a favor de los demás integrantes del consorcio o de la unión temporal. Igualmente, si la cesión no es posible, el consorcio o la unión temporal deberán renunciar a su ejecución.

Al respecto, en sentencia del 23 de septiembre de 2013, esta Subsección indicó:

“Lo expuesto en relación con el contratista individual recibe un tratamiento diferente por parte de la misma norma legal en referencia cuando se trata de un contratista plural –consorcio o unión temporal–, comoquiera que frente a esta nueva circunstancia la disposición determina que el integrante del consorcio o de la unión temporal que resulte afectado por la inhabilidad o la incompatibilidad sobreviniente, deba ceder su participación, con la limitación de que esa cesión no podrá recaer, en ningún caso, en favor de alguno otro de los integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal, lo cual pone de presente, de un lado, que la cesión

deberá realizarse entonces en favor de un tercero con quien se recompondrá el correspondiente consorcio o unión temporal y, de otro lado, que dicha prohibición excluye entonces, de plano, la opción de que el afectado pudiese renunciar a continuar con la ejecución del contrato, puesto que resulta evidente que si esa renuncia fuere posible la participación de quien así se desvincula del consorcio o de la unión temporal quedaría distribuida entre los demás integrantes de la respectiva asociación empresarial, dando con ello lugar a la cesión que la propia norma ha proscrito para estos eventos”⁷⁶.

En relación con el tratamiento jurídico que le da la ley a las inhabilidades e incompatibilidades surgidas durante el curso del proceso de selección, se tiene que en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, se estableció de manera imperativa que respecto del proponente cuya capacidad para contratar con el Estado se vea afectada por alguna de ellas, se “entenderá” que renuncia tanto a su participación en la licitación, como a los derechos que de ella se deriven y, dado que la obligación de contratar con el proponente favorecido es un derecho que surge del proceso de selección, forzoso resulta concluir que la adjudicación misma se halla incluida en la referida renuncia.

Ahora bien, conviene precisar que la cesión a la que se refiere el inciso tercero del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, de ningún modo puede entenderse extendida a la etapa precontractual, pues ésta únicamente puede operar cuando el contrato se encuentre vigente. Así lo han entendido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Al respecto, en sentencia del 10 de febrero de 2011, esta Subsección, refiriéndose al caso un miembro de un consorcio que resultó inhabilitado, indicó:

“Cabe advertir que en tanto alguno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado, toda vez que como bien lo advierte el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, ‘las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman’.
*Es más, tal como dispone el artículo 9 de la Ley 80, ‘cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos de la misma’, **respecto de lo cual puede inferirse que si en el evento de que se presente una inhabilidad o una incompatibilidad sobreviviente, el proponente –en este caso el consorcio- debe renunciar, no puede pensarse que en el evento de que la inhabilidad existiese desde antes de la apertura del procedimiento administrativo de selección sí pudiese participar**”⁷⁷.*

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de septiembre de 2013, expediente 25646.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011, expediente 16306.

Igualmente, la Subsección, en sentencia 23 de septiembre de 2013, expresó:

“La norma legal transcrita también se ocupa de regular el caso en el cual las inhabilidades o incompatibilidades que afectan al proponente –que no al contratista– sobrevienen a la presentación de una oferta en el marco de un determinado procedimiento administrativo de selección contractual, esto es cuando todavía no se ha celebrado el contrato estatal correspondiente e incluso cuando aun no se ha realizado siquiera la respectiva adjudicación –precisión que cabe a propósito de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1150, al cual se hará referencia enseguida–, evento este en relación con el cual no será posible contemplar la cesión, en favor de un nuevo proponente, sino que únicamente tendrá lugar la renuncia del oferente afectado, cuyos efectos operarán ipso jure, por ministerio de la ley, en cuanto la propia disposición establece que de configurarse dicha hipótesis fáctica ‘... se entenderá que renuncia [se refiere al proponente] a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo’”⁷⁸.

En ese mismo sentido, la doctrina, refiriéndose a la imposibilidad por parte del adjudicatario para ceder la ejecución del contrato, previo el perfeccionamiento del mismo, ha señalado que:

*“En segundo lugar, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del Artículo 9 de la Ley 80 de 1993, en la etapa precontractual (que culmina con la adjudicación), **no es admisible la cesión de los derechos que puedan surgir del proceso precontractual, en caso de sobrevenir una inhabilidad o incompatibilidad en uno de los proponentes, por cuanto se entiende ‘que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo’**”⁷⁹. (Destaca la Sala).*

Así, entonces, a pesar de que en la primera parte del inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 no se indicó en forma expresa que la cesión de la participación en el consorcio o en la unión temporal supone la existencia del contrato, en el aparte seguido sí lo hizo, al señalar que *“En ningún caso podrá haber **cesión del contrato** entre quienes integran el consorcio o unión temporal”* (se destaca), por lo cual se entiende que este último fragmento del inciso no puede ser considerado de manera aislada en relación con el primero, pues al leerlo en forma completa es posible comprender el alcance que realmente le corresponde. Así lo explica la doctrina:

“La tercera disposición, en la segunda parte del inciso (inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993), dispone que en ningún caso puede haber ‘cesión del contrato’, entre quienes integran el consorcio o unión temporal que, a su vez, califica la primera parte del inciso, en el entendido de que de sobrevenir una inhabilidad o

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de septiembre de 2013, expediente 25646.

⁷⁹ RAMIREZ GRISALES. Steve Richard. “LA CESION”. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Centro de Estudios de Derecho Administrativo CEDA. Pág. 38.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

incompatibilidad en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, una vez suscrito el contrato, él tiene el deber de ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante⁸⁰⁸¹.

Considera la Sala que el anterior es el sentido que debe dársele al contenido del inciso tercero del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, y no aquél según el cual la cesión de la participación en el consorcio o la unión temporal a la que se refiere el mencionado inciso se predica también en la etapa precontractual.

Finalmente, en lo que a este aspecto concierne, vale la pena destacar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente se presente entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, o si se demuestra que el acto se obtuvo por medio ilegales, la entidad contratante podrá revocarlo de manera directa. Sobre el particular se ha dicho lo siguiente:

“Por último, a este respecto, conviene señalar que el inciso 3º del artículo 9⁸² de la Ley 1150 establece de manera expresa una excepción a la regla general que se encuentra constituida por la irrevocabilidad del acto de adjudicación de un procedimiento administrativo de selección contractual, al determinar que habrá

⁸⁰ Es de resaltar que en este supuesto se está en presencia de una cesión de contrato y no, simplemente, de la cesión de la participación que tiene uno de los integrantes en el consorcio o unión temporal, a favor de un tercero. Esto es así, por cuanto existe una mutación subjetiva en una de las partes de la relación contractual: en efecto, el consorcio o la unión temporal que inicialmente se integra por A, B y C, deja de ser tal, al integrarse, luego de la cesión de A a favor de Z, por los siguientes sujetos: Z, B y C. Esta inferencia es relevante, pues en caso de que se admita que en dicho supuesto no existe cesión de contrato, se habilita la desintegración interna del consorcio o unión temporal, sin que la administración pueda tener control respecto de este cambio, lo que desconoce lo dispuesto por el inciso tercero de Artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Piénsese, por ejemplo, que en el consorcio o unión temporal que se integra por A, B y C, cada uno de ellos cede su participación, respectivamente, a favor de Z, X y Y; en este supuesto, por voluntad autónoma de A, B y C, este consorcio o unión temporal desaparece para dar paso al conformado por Z, X y Y.

⁸¹ RAMIREZ GRISALES. Steve Richard. “LA CESION”. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Centro de Estudios de Derecho Administrativo CEDA. Págs. 40 y 41.

⁸² Así reza el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007:

“ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.”

lugar⁸³ a revocar dicha adjudicación cuando la inhabilidad o incompatibilidad correspondiente sobrevenga con posterioridad a la adjudicación y antes de la celebración del respectivo contrato estatal –lapso al que hace referencia el numeral 9º del artículo 30 de la Ley 80 al regular la estructura de los procedimientos de selección-⁸⁴.

Realizado el estudio que precede, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

- Cuando la inhabilidad o la incompatibilidad exista de manera previa al proceso de selección, el interesado no podrá acudir a él por impedimento legal que enerva su capacidad; sin embargo, si a pesar de eso concurre, la propuesta que presente deberá ser rechazada.
- Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga durante el proceso de selección, por disposición de la Ley debe entenderse que el proponente, sea persona natural, persona jurídica, consorcio o unión temporal, renuncia tanto a su participación en la licitación, como a los derechos que de ella se deriven, lo cual implica que renuncia a la celebración y ejecución del contrato si llegara a resultar favorecido en la adjudicación.
- A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, la entidad contratante podrá revocar el acto de adjudicación de manera directa.
- Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en vigencia del contrato y la calidad del contratista recaiga en cabeza de una persona natural o jurídica, ésta deberá

⁸³ Si bien el texto del referido artículo 9 de la Ley 1150 determina que en los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes a la adjudicación del correspondiente procedimiento de selección contractual y anteriores a la celebración del respectivo contrato estatal, se **podrá** revocar el acto administrativo de adjudicación, dicho verbo mal podría entenderse como la consagración de una opción, una posibilidad o una potestad que tuviere a su disposición la entidad estatal contratante para ejercerla a su arbitrio, a su discreción o a su conveniencia, sino que debe entenderse como la autorización que la ley imparte para que, en esos eventos, se proceda de manera imperativa a tal revocatoria, previa observancia del derecho fundamental al debido proceso, claro está, por lo cual habría sido más apropiado que la ley utilizara la expresión **deberá**. Si ello no fuese así, además de las complejidades que se generarían para determinar en cuáles de los casos regulados por esa misma norma legal la entidad estaría facultada entonces para abstenerse de efectuar tal revocatoria, habría que afrontar la dificultad insalvable de que aunque la entidad decidiera expresamente no revocar la adjudicación, lo cierto es que el contrato correspondiente de ninguna manera podría celebrarse, ora porque de hacerlo con una persona incurso en causal de inhabilidad o de incompatibilidad el vínculo nacería afectado de nulidad absoluta (artículo 44-1 Ley 80), ora porque ante esas circunstancias bien podría predicarse la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo de adjudicación por haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho, puesto que el adjudicatario que fue seleccionado por no estar incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad, habría dejado de estarlo.

⁸⁴ Obit, cit. 78.

ceder el negocio jurídico a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. Si ello no fuere posible, deberá renunciar a su ejecución.

- Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en vigencia del contrato y la calidad del contratista recaiga en cabeza de un consorcio o una unión temporal, el integrante del consorcio o la unión temporal afectado deberá ceder su participación, previa autorización escrita de la entidad contratante. Si ello no fuere posible, el consorcio o la unión temporal tendrán que renunciar a la ejecución de contrato.

c) La existencia de una inhabilidad o incompatibilidad como impedimento legal para celebrar el contrato (inhabilidad o incompatibilidad coexistente).

Ya se analizaron los escenarios legales que deben considerarse cuando las inhabilidades o incompatibilidades se configuran de manera previa al proceso de selección y de manera sobreviviente en la etapa precontractual y contractual; sin embargo, falta analizar lo que ocurre cuando la inhabilidad o la incompatibilidad esté presente a la hora de celebrar el contrato. Pasa la Sala a abordar dicho estudio, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:

Como ya se mencionó en el acápite anterior, el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, establece quiénes “*pueden*” celebrar contratos con las entidades estatales y, en ese sentido, señala, entre otras cosas, que lo pueden hacer las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, además de los consorcios y las uniones temporales.

En concordancia con ello, el artículo 8º ibídem indica que son inhábiles para participar en licitaciones y contratar con el Estado, quienes incurran en las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en dicha disposición, la cual en su literal a) prevé que lo son quienes “*se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes*”. Esta norma, además, debe ser considerada en conjunto con las demás disposiciones que establecen restricciones en la contratación estatal.

Todo lo anterior se traduce en que en el ordenamiento colombiano existe una clara prohibición legal para celebrar contratos con quienes se encuentren incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Ahora bien, en el artículo 41 del Estatuto General de la Administración Pública se estableció que la sanción legal que debe aplicarse cuando el contrato se celebre con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y en la ley, es la nulidad absoluta del contrato; sin embargo, cabe cuestionarse qué ocurre y cómo debe proceder la entidad contratante cuando advierte tal circunstancia después de la adjudicación del contrato, pero antes de su celebración, respuesta que, desde ahora se anuncia, no puede ser, desde ninguna perspectiva, que la entidad se vea obligada a ejecutar la obligación contenida en dicho acto administrativo.

Las razones que llevan a la Sala a dicha afirmación, vienen dadas tanto por normas de orden constitucional como legal. Así, en efecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política de 1991, tanto a los particulares como a los servidores públicos no les está permitido hacer aquello que esté expresamente prohibido y, además, en el caso de los últimos, tampoco aquello no les esté expresamente autorizado.

Bajo el imperio del mencionado principio, en el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, se dispuso que *“El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”* y, en concordancia con esto, en el artículo 408 del Código Penal se tipificó como conducta punible que *“El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de (...)”*.

En ese contexto, claro viene a ser que cuando una inhabilidad o incompatibilidad esté presente al momento de la celebración del contrato estatal y dicha circunstancia sea conocida por la entidad contratante, la obligación de celebrar el negocio jurídico contenida en el acto previo de adjudicación, aunque se presuma válido, no podrá ser ejecutada, pues ello en sí mismo implicaría la realización de una conducta ilegal, la cual, por eso mismo, no puede obligar a la entidad estatal.

En el mismo sentido, considera la Sala que, en caso de que la inhabilidad o incompatibilidad hubiere surgido en cabeza del proponente favorecido durante el proceso de selección, el cual termina con la adjudicación del contrato, en atención a lo previsto en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 80 de 1993 que viene de

estudiarse, a pesar de que no se hubiera desvirtuado la legalidad del acto administrativo, no podrá obligar a la entidad contratante, toda vez que, además de lo indicado en el párrafo anterior, por expresa disposición legal deberá entenderse que el proponente renunció al derecho de celebrarlo.

No empero lo anterior, para los resultados del proceso es importante señalar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, para las entidades contratantes persistía la disyuntiva en cuanto a si era posible adjudicar el contrato a otro proponente, a pesar de la inejecutabilidad del acto de adjudicación por la ilegalidad que ello implicaba por la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, lo cual, a juicio de la Sala, ofrecía las siguientes dos respuestas:

- Si la inhabilidad o la incompatibilidad surgía durante el proceso de selección y hasta la adjudicación, inclusive, dado que la renuncia a la que se refiere el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 80 de 1993 opera *ipso jure*, por ministerio de la Ley, a pesar de que el acto administrativo de adjudicación fuera irrevocable, ello le permitía a la entidad adjudicar el contrato al proponente que se ubicara en el segundo orden de elegibilidad, siempre y cuando su propuesta fuera igualmente favorable que la del primero, sin que ello comportara una revocatoria tácita del acto administrativo anterior, por virtud de la renuncia que mediaría entre uno y otro acto.

- Si la inhabilidad o la incompatibilidad surgía con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero antes de su celebración, dada la irrevocabilidad del acto administrativo y como quiera que en este evento no es posible dar aplicación a la renuncia a la que se refiere el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, a pesar de la inejecutabilidad del acto por las razones antes expresadas, a la entidad no le estaba permitido adjudicar el contrato a otro proponente, pues ello implicaría una revocatoria tácita del acto de adjudicación anterior, por lo tanto la única opción legal que tenían las entidades era demandar su propio acto y, si las condiciones del caso lo permitían, pedir su suspensión provisional.

La anterior disyuntiva vino a ser resuelta con claridad a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la cual en el inciso segundo del artículo 9º, previó de manera expresa como excepción a la irrevocabilidad del acto de adjudicación la posibilidad de revocarlo de manera directa cuando “*dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad*”, por lo

tanto, en estos eventos, es a la aplicación de dicha norma a la que deben acudir las entidades en la actualidad, caso en el cual, según se dispuso en la misma norma, podrán aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, mediante acto administrativo debidamente motivado y dentro de los 15 días siguientes, adjudicar el contrato al proponente calificado en el segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

4.1. El caso concreto.

Se encuentra probado en el proceso que el día 27 de diciembre de 1999, el Instituto Distrital de Recreación y Deporte – IDRD -, abrió la Licitación Pública No. 042 de 1999, con el objeto de contratar las *“Obras de recuperación y construcción del plan maestro Parque Metropolitano Timiza, ubicado en la localidad de Kennedy”*.

Así también, se pudo establecer que el 3 de febrero de 2000, entre las sociedades Arias Serna y Saravia S.A., y H. Rojas y Asociados Ltda., se conformó el Consorcio Los Robles, con el objeto de *“proponer, celebrar contratos y ejecutar obras derivadas de la adjudicación de la licitación pública No. 042 de 1999...”* y que el día 7 de ese mismo mes y año el Consorcio presentó la respectiva propuesta.

Igualmente, se encuentra acreditado que en audiencia pública que se realizó los días 14 y 15 de junio de 2000, por haber obtenido el mayor puntaje en la evaluación, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte – IDRD - adjudicó el contrato al Consorcio Los Robles y que, en virtud de tal determinación, el día 21 de ese mismo mes y año se expidió la Resolución No. 0286, en cuya parte resolutive se lee:

“ARTICULO PRIMERO: *Adjudicar con base en la recomendación efectuada por la Unidad Especial de Contratación del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, la Licitación Pública No. 042 de 1999, cuyo objeto es a contratación por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste de las obras de construcción del Plan Maestro del Parque Metropolitano Timiza...”*.

Así mismo, se halla demostrado en el proceso que el 9 de agosto de 2000, mediante Resolución No. 0382, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte – IDRD- revocó la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000 y, en su lugar, adjudicó el contrato correspondiente a la Licitación Pública 042 de 1999, a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza. Según se desprende de la Resolución No. 0382, fueron dos las razones en las que se sustentó el Instituto demandado para adoptar dicha determinación: i) en cabeza de la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., que hacía parte

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

del Consorcio Los Robles, pesaba una inhabilidad preexistente al proceso de selección y, por tanto, la propuesta que presentó el consorcio debió ser rechazada y ii) la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., no se encontraba a paz y salvo en sus obligaciones tributarias al momento de la adjudicación de la Licitación Pública No. 042 de 1999.

Según lo que se expuso en el acápite a) de la parte considerativa de la presente providencia, resulta palmario que, al margen de las razones en las que se fundó el Instituto para revocar de manera directa el acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 0286 de 2000, dicha determinación vulneró una prohibición de orden legal en cuanto a la irrevocabilidad de esta clase de actos y, por tal razón, la Sala declarará la nulidad de la Resolución No. 0382 de 2000, en lo que a este aspecto corresponde.

No obstante lo anterior, según lo expuesto en la parte final del acápite denominado “c) *La existencia de una inhabilidad o incompatibilidad como impedimento legal para celebrar el contrato (inhabilidad o incompatibilidad coexistente)*”, el fundamento de la inhabilidad en el que se soportó la entidad demandada, adquiere importancia para efectos de determinar si a ésta le estaba permitido o no adjudicar el contrato a otro proponente, a pesar de que ya lo había adjudicado a favor del Consorcio Los Robles, lo cual, en consecuencia, permitirá a la Sala resolver acerca de la nulidad del contrato que se sustentó en la presunta ilegalidad de la Resolución No. 0382 de 2000.

Si bien la declaratoria de nulidad en relación con la parte de la Resolución No. 0382 de 2000 que revocó de manera directa la Resolución No. 0286 de 2000 implica que esta última surja nuevamente al mundo jurídico, lo cierto es que, al mediar la existencia de una inhabilidad como causa justificativa del acto, tal circunstancia –la declaratoria de nulidad que se dispondrá -, en el caso *sub judice* no implica *per se* que deba declararse la nulidad de la adjudicación que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte – IDRD- realizó a favor de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza y, en consecuencia, la del contrato, por cuanto, como ya se expresó antes, si la inhabilidad estaba presente en el curso del proceso de selección y al momento de la adjudicación, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, debe entenderse, *ipso jure*, que el proponente afectado renunció al derecho surgido de la adjudicación, esto es, a celebrar el contrato con la entidad pública, y, por ende, si ello hubiese ocurrido así, ésta queda habríá quedado habilitada para adjudicarlo al siguiente proponente en el orden de elegibilidad, siempre y cuando su

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

propuesta también fuera favorable a los intereses de la entidad pública, sin que ello implicara en manera alguna una revocatoria tácita del acto de adjudicación previo, pues lo que en este evento operaría sería la renuncia del proponente favorecido.

La inhabilidad consagrada en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, fue la que se endilgó a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., según el cual ésta recae en cabeza de *“Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado”*.

En relación con la mencionada inhabilidad, en el proceso se logró establecer que: i) la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., participó y resultó adjudicataria del contrato correspondiente a la Licitación Pública No. 01 de 1999, adelantada por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente – DAMA -, ii) mediante Resolución No. 1889 del 24 de diciembre de 1999, el mencionado Departamento Administrativo declaró la realización del riesgo de seriedad de la oferta amparado por la *“póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 7298478...”*, en razón al incumplimiento en que, según el acto administrativo, incurrió la sociedad al no suscribir en el plazo fijado el contrato, por no haber allegado unos documentos que le habían sido exigidos para el efecto en el acto de adjudicación, iii) la decisión fue confirmada mediante Resolución No. 0872, proferida el 27 de abril de 2000, iv) a través de oficio SJ-UCAA 16334 del 11 de julio de 2000, el Director del DAMA le informó a la Directora del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte –IDRD – que la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, toda vez que no había suscrito un contrato que le había sido adjudicado. Así mismo, señaló que *“los argumentos presentados por el representante de la firma ARIAS SERNA Y SARA VIA LTDA (sic), en el recurso interpuesto contra la Resolución No. 1889 de 1999 no prueban la existencia de una ‘justa causa’ para haberse abstenido de firmar el contrato”*.

Considera la Sala que las pruebas relacionadas son suficientes para tener por acreditado que la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, toda vez que, además de que así fue certificado por el DAMA, se tiene probado en este proceso que el contrato con esa entidad estatal no se firmó y, además, según se desprende de las Resoluciones 1889 de 1999 y 0872 de 2000, que, a juicio de dicho Departamento Administrativo, no medió justa causa para ello, toda vez que las

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

razones que expuso la sociedad para justificar el incumplimiento en el que incurrió y que llevaron a la no suscripción del contrato, no fueron de recibo por parte de la entidad licitante, que era a quien correspondía calificar si había mediado, o no, una causa justificativa en la mencionada conducta.

En lo que a ese aspecto concierne, debe decirse que si bien en los actos administrativos mencionados no se indicó de manera expresa que se estaba realizando un estudio en cuanto a si había mediado, o no, una “*justa causa*” para el incumplimiento que se le atribuyó a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., y que impidió que se celebrara el contrato, lo cierto es que, revisado su contenido, encuentra la Sala con claridad que tal análisis sí se llevó a cabo con bastante amplitud, no obstante ello, a final de cuentas, el Departamento Administrativo consideró que las razones que expuso la sociedad no fueron suficientes para justificar su incumplimiento y, en consecuencia, la no celebración del contrato, circunstancia que llevó a la entidad a hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

En efecto, en relación con las explicaciones dadas por la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., en cuanto a la obligación de allegar los documentos que le habían sido exigidos para la suscripción del contrato, en la Resolución No. 1889, el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, señaló:

“Que el proponente mediante comunicaciones radicadas en el DAMA con números 031136 y 031137 del 21 de diciembre de 1999, suscritas por el señor Luis Fernando Serna, representante legal de ARIAS SERNA Y SARAVIA LTDA. (sic), manifestó que existe imposibilidad de presentar la convalidación del título de la Arquitecta paisajista (...) propuesta como integrante del grupo de trabajo para la ejecución de las obras, y en su lugar presenta hoja de vida del Arquitecto (...), que posee títulos convalidados por el ICFES, teniendo en cuenta que la referida profesional se encuentra fuera del país.

Que mediante oficio SJ-UCAA No. 32215 del 22 de diciembre de 1999, se responde a las comunicaciones radicadas en el DAMA con número 031136 y 031137 del 21 de diciembre de 1999, indicando que ‘los argumentos expuestos por la firma ARIAS SERNA Y SARAVIA LTADA., no constituyen causal excluyente de la obligación de presentar el título convalidado de la Arquitecta paisajista, por cuanto era un hecho previsible establecido en la Ley y en los pliegos de condiciones. En consecuencia, deberá cumplir el requerimiento señalado para efectos de la suscripción del contrato que le fue adjudicado mediante resolución No. 1788 del 14 de diciembre de 1999, a más tardar el día 22 de diciembre de 1999, hora 4:30 p.m., so pena de que se haga efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

Que el 22 de diciembre de 1999 se radica por la firma ARIAS SERNA Y SARAVIA LTDA. (sic) documento denominado CONSTANCIA DE PRESENTACION PERSONAL, la cual no fue suscrita por el Jefe de la Unidad de Contratos y Asuntos Administrativos del DAMA teniendo en cuenta que en párrafo segundo dice: ‘No

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

obstante la presentación personal del representante legal de la sociedad ARIAS SERNA SARAVIA LTDA. (sic) con el propósito antes indicado, el DAMA no le recibió la firma al citado representante', afirmación que no corresponde a la razón de no suscripción del contrato, pues como se sostuvo en el considerando anterior obedeció al no cumplimiento de los requisitos exigidos en el acto de adjudicación por parte de la firma seleccionada".

Igualmente, en la Resolución No. 0872, al referirse al mismo aspecto, entre otras razones, indicó:

"Adicionalmente, no se comparte el argumento de fuerza mayor o caso fortuito para el cumplimiento de la firma del contrato, por cuanto era de conocimiento del recurrente el requisito de convalidación ante el ICFES, desde antes de presentar la propuesta, en cuyo caso debió proponer al arquitecto (...) en lugar de a la arquitecta (...). Además no se dan los elementos exigidos por la ley para la configuración de la fuerza mayor que alega el proponente, máxime cuando en la audiencia pública el asesor jurídico del proponente (...), hace una exposición jurídica sobre todos los trámites y requisitos exigidos por el ICFES para la convalidación de títulos otorgados en el exterior indicando que durante los cinco (5) días que se tiene para firmar el contrato, es completamente imposible presentarlo, ya que ese trámite se demora casi seis (6) meses, a lo cual el recurrente manifestó que ya tenía adelantado ese trámite y que cumplirán con ese requisito.

(...)

A la cuarta viñeta: No es inadecuado este considerando y no hay indebida motivación, porque el adjudicatario sí incumplió con la obligación de suscribir el contrato, si bien es cierto, se presentó para firmarlo, no cumplió con el requisito de presentación de convalidación ante el ICFES del documento de especialización de la Arquitecta (...), requisito impuesto inicialmente en el pliego de condiciones, ratificado en la audiencia pública de adjudicación y en la Resolución de adjudicación, requisito propuesta y aceptado por el proponente adjudicatario.

(...)

En lo que hace relación a la aplicabilidad al caso objeto del presente recurso, no es compartido este argumento, ya que como se indicó anteriormente en el análisis de la figura jurídica de la fuerza mayor y el caso fortuito, el hecho ocurrió por culpa del adjudicatario al obrar de manera negligente en no prever lo previsible, al no emplear el debido cuidado para evitar la ocurrencia del hecho constitutivo del incumplimiento, lo que implica que no fue por el hecho de un tercero que el adjudicatario incumplió con la obligación previa a la firma del contrato, pues integrar el grupo de trabajo para presentarlo en la oferta, es de exclusiva responsabilidad del proponente y es a él que le compete verificar si cumple o no con los requisitos de experiencia laboral y formación académica solicitado en los pliegos de condiciones, como en efecto lo hizo, a excepción de la Arquitecta (...), lo que hace que la causal excluyente de responsabilidad alegada por el recurrente no sea aplicable al caso concreto.

(...)".

Adicionalmente, en lo que a este aspecto concierne, debe tenerse en cuenta que los anteriores razonamientos fueron los que llevaron al Departamento Administrativo de Medio Ambiente a hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, lo cual de suyo

suponía que la entidad había considerado que no medio justa causa por parte de la sociedad adjudicataria para la no suscripción del contrato, pues, para la fecha en que se expidieron los citados actos administrativos, los únicos perjuicios que cubría dicha garantía en la etapa precontractual eran los derivados de la no suscripción del contrato, sin que mediara justa causa para ello⁸⁵.

Ahora bien, alegó la parte apelante que la inhabilidad no se configuró por cuanto no fue declarada de manera expresa por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente; argumento que no puede ser de recibo, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la nulidad a la que se refiere el literal e) no requiere declaración expresa. Dice así el inciso:

*“Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años **contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación**, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.”*

En ese sentido, en providencia del 10 de febrero de 2011, esta Subsección expresó:

*“Puede observarse que cuando la norma hace referencia al término durante el cual se extienden las inhabilidades consagradas en los literales c), d), e i), expresamente se refiere al acto que **declaró** la caducidad, **la sentencia** que impuso la pena o **el acto** que dispuso la destitución, es decir, estos casos requieren bien de un acto o de una sentencia previa de declaratoria; también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan **a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma**, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades*

⁸⁵ “¿Cómo se regulaba la garantía de seriedad de oferta antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007?

Antes de la reforma al Estatuto de Contratación Pública, la garantía de seriedad de oferta cubría como único perjuicio de la etapa precontractual la no suscripción sin justa causa del contrato estatal por parte del adjudicatario, salvo que riesgos adicionales fueran incluidos como cobertura en la respectiva póliza.

En efecto, el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece al respecto:

‘Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor de depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de los perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.’

En ese sentido, es importante resaltar que el Consejo de Estado avaló la posición anteriormente planteada en concepto proferido el 30 de marzo de 2006, en el cual señaló lo siguiente:

‘a. ¿Es posible declarar el siniestro de seriedad de la oferta en casos diferentes al contemplado en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993?’

a. La administración no puede declarar el siniestro de incumplimiento de la seriedad de la oferta antesituaciones diferentes de la no suscripción o legalización del contrato, contempladas en el artículo 30 numeral 12 de la ley 80 de 1993, salvo cuando las compañías de seguros asuman este riesgo voluntariamente”. Tomado de: “El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales Manual para usuarios”. Cámara de cumplimiento, Fasecolda.

consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden”.

En concordancia con lo anterior, es posible concluir que en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala la declaratoria de la inhabilidad no se requería para entender configurada su existencia, toda vez que dicha exigencia no se encuentra consagrada en la norma, por tanto bastaba el hecho de que la sociedad no hubiera suscrito el contrato, aunado a la falta de causa justificativa para ello, la cual debía ser calificada por la entidad que lo adjudicó⁸⁶, en este caso, por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, que, como viene de verse, en efecto lo hizo a través de las consideraciones que expuso en las resoluciones 1889 de 1999 y 0872 de 2000, como fundamento para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, lo cual, como antes se explicó, de suyo suponía que a juicio de dicha entidad, no había mediado una justa causa para la no celebración del contrato.

De conformidad con lo anterior, es importante mencionar que al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte no le competía valorar si los argumentos que expresó el Departamento Administrativo de Mediante Ambiente para concluir que no había mediado una justa causa para la no celebración del contrato eran o no acertados, pues al estar contenidas en unos actos administrativos cuya presunción de legalidad no había sido desvirtuada y, además, al haber sido confirmados por dicho Departamento mediante la comunicación del 11 de julio de 200, al Instituto no le quedaba más que acatarlos.

Así entonces, dado que para la configuración de la inhabilidad en cuestión no se requiere declaración expresa, lo que le correspondía al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte para constatar su existencia era verificar las dos siguientes condiciones: i) que, efectivamente, el contrato que le había sido adjudicado a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., en el proceso de selección adelantado por el

⁸⁶ “NO SUSCRIPCION DEL CONTRATO ESTATAL ADJUDICADO

(...)

“... En segundo término, la inhabilidad es una consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de suscribir el contrato, sin que se constituya en una sanción; pero como es necesario calificar la ‘justa causa’ de nos suscribir el contrato, le corresponde al representante legal de la entidad estatal o a su delegado la calificación, por cuanto dentro de sus competencias se encuentra expedir todos los actos inherentes a la actividad contractual (art. 31 Dcto. 2150 de 1995 en concordancia con el artículo 8.1.6 del Decreto 734 de 2012), y siguiendo el proceso ordinario para el trámite de las actuaciones administrativas (...).” Tomado de: MATA LLANA CAMACHO. Ernesto. “Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma Ley 80 de 1993”. Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición. Pág. 186.

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

DAMA no se hubiera celebrado con ella y, además, ii) que no hubiera mediado justa causa para ello; lo cual hizo, no sólo a través de las resoluciones 1889 y 0872, sino, además, con base en la certificación que al respecto expidió el DAMA.

Establecido lo anterior, corresponde ahora a la Sala determinar el momento en el que se configuró la inhabilidad y, según ello, establecer si le estaba permitido, o no, al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, adjudicar el contrato a otro proponente, o si lo que le correspondía era demandar su propio acto de adjudicación.

De conformidad con lo previsto en el inciso final del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la inhabilidad a la que se refiere el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, se extiende por un término de cinco (5) años que se cuenta a partir de la expiración del plazo para la firma del contrato, término que, en el caso de autos, según el oficio SJ-UCAA 16334 del 11 de julio de 2000, expedido por el Director del Departamento Administrativo de Medio Ambiente, venció el 23 de diciembre de 1999, esto es, inclusive antes de que se diera apertura a la Licitación Pública No. 042 de 1999 adelantada por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte – 27 de diciembre de 1999-, por lo cual debe entenderse que desde esa fecha se configuró la inhabilidad en cabeza de la sociedad Arias Serna y Saravia S.A.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., no participó en su calidad de persona jurídica individual en la Licitación Pública No. 042 de 1999, sino que lo hizo a través del Consorcio Los Robles, que, según consta en el proceso, se conformó el 3 de febrero de 2000, por lo que, en razón a lo previsto en la parte final del numeral 1º artículo 7º de la Ley 80 de 1993 en relación con los consorcios, en el sentido de señalar que *“las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”*, sólo a partir de su conformación puede entenderse extendida la inhabilidad al consorcio mismo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta también que las resoluciones por medio de las cuales el Departamento Administrativo de Medio Ambiente hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta, lo cual, como se dijo antes, implicaba que para esta entidad no había mediado justa causa para la no suscripción del contrato, lo cual justificó en los mencionados actos, quedaron en firme, según el previamente citado oficio, el 27 de abril del 2000, y como quiera que el Consorcio Los Robles presentó su propuesta el 7

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

de febrero de ese año, válido viene a ser considerar que la inhabilidad sobrevino en el curso del proceso de selección.

En todo caso, es claro para la Sala que al momento de la adjudicación, cualquiera sea la fecha que se considere, la de la audiencia de adjudicación – 15 de junio de 2000 – o la de la Resolución 0286 – 21 de junio de 2000 – y durante el proceso de selección, el Consorcio Los Robles ya estaba inhabilitado para participar y celebrar contratos con las entidades estatales, razón por la cual al caso le resulta aplicable lo previsto en el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, lo que significa que operó *ipso jure* la renuncia “a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo”, lo que, como ya se dijo previamente, implicaba la renuncia al derecho de celebrar el contrato derivado de la adjudicación realizada con base en la Licitación Pública No. 042 de 1999 y, en consecuencia, implicaba también que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte estuviera habilitado para adjudicar el contrato a otro proponente, tal y como lo hizo, aunque sin necesidad de revocar el acto anterior, lo cual fue abiertamente ilegal, y sin que ello comportara una revocatoria tácita del acto administrativo de adjudicación, porque, se insiste, lo que en este caso operó fue, por ministerio de la Ley, la renuncia del proponente a celebrar el contrato.

Ahora bien, adujo la parte apelante que la sentencia recurrida carece de un examen serio, profundo y pormenorizado en cuanto al pronunciamiento proferido el 23 de abril de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se aprobó la conciliación a la que llegaron la Sociedad Arias, Serna y Saravia S.A., y el DAMA en relación con los efectos patrimoniales del acto administrativo por medio del cual ese Departamento ordenó hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta, toda vez que en dicha providencia el Tribunal señaló que “Bajo los anteriores planteamientos será viable la revocatoria del citado acto, bajo el entendido de que el Departamento Técnico Administrativo Del Medio Ambiente -DAMA al expedirlo desconoció en forma absoluta el pliego de condiciones, al insistir en una exigencia que no había sido prevista dentro de éste”. En razón de ello, consideró el apelante que era “absurdo” que en el fallo recurrido se le siguiera dando efectos a una sanción que se encontró arbitraria y contraria a derecho.

Al respecto, considera la Sala que este argumento de la apelación tampoco está llamado a prosperar, toda vez que los actos administrativos con base en los cuales se encontró establecida la existencia de la inhabilidad y sobre los cuales recayó la conciliación celebrada entre la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., y el Departamento

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Administrativo del Medio Ambiente, se encontraban en firme y, por tanto, amparados por la presunción de legalidad para el momento en que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte procedió a adjudicar el contrato a la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza, razón por la cual no sólo debían ser considerados por la entidad pública demandada para tomar las determinaciones del caso, sino también acatados en cuanto a su contenido; por ello la conciliación que de manera posterior vino a realizarse respecto de los efectos económicos de éstos, en nada podía afectar las decisiones que de manera previa se habían adoptado con base en ellos.

En cuanto al argumento expresado en esta instancia por la parte apelante en lo atinente a que la inhabilidad no podía entenderse configurada porque no se encontraba en el Registro Único de Proponentes, señala la Sala que, además de que este aspecto no se planteó en la primera instancia, el argumento no es acertado, toda vez que la publicación que de la inhabilidad se realiza por ese medio, en nada infiere en relación con su configuración, por cuanto, como antes se indicó, para que ello ocurra no hace falta sino que el adjudicatario se hubiera abstenido de firmar el contrato y que no hubiera mediado justa causa para tal conducta.

En ese contexto, claro viene a ser que las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad de la Resolución No. 0386 de 2000, en cuanto a la adjudicación del contrato que se hizo a favor de la Unión Temporal Parque Metropolitano Timiza y, con base en ello, a que se declare la nulidad del contrato celebrado con ella, no tengan vocación de prosperidad.

5. Los perjuicios reclamados.

En relación con este aspecto, corresponde a la Sala señalar que si bien se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, en lo que concierne a la revocatoria directa de la Resolución No. 0286 del 21 de junio de 2000, a partir de tal circunstancia ninguna indemnización puede surgir a favor del Consorcio Los Robles, toda vez que, como ya se explicó con amplitud, aunque por virtud de la mencionada nulidad el acto administrativo que le adjudicó el contrato surge nuevamente a la vida jurídica, en razón de la inhabilidad que se había configurado en cabeza del consorcio, dicho acto se tornaba en inejecutable, de una parte, porque, como antes se expresó, operó *ipso jure* la renuncia del proponente favorecido al derecho a celebrar el contrato con el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, y, de otra, porque la

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

celebración del contrato en esas condiciones comportaba en sí misma la realización de un acto ilegal y, por tanto, no podía obligar a la entidad demandada.

Luego entonces, si como se ha dicho no había lugar a celebrar el contrato, ninguna condena consecuencial puede derivarse de dicha declaratoria de nulidad.

Adicionalmente, cabe advertir que, según lo analizado, si la parte actora consideraba que no había lugar a que se configurara la inhabilidad, que se violó el debido proceso, o que sí medió justa causa para la no suscripción del contrato, dado que los elementos que permiten entender que el impedimento legal para contratar con el Estado sí existió surgieron a partir del contenido de las resoluciones expedidas por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, así como de una certificación expedida por él, tanto la legalidad de tales actos administrativos como los perjuicios que de ellos pudieron derivarse, incluida la imposibilidad de celebrar el contrato con el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, debieron ser reclamados a esa entidad que fue quien los profirió y no a la demandada que, como antes se dijo, actuó prevalida de la presunción de legalidad que cobijaba a tales actos administrativos.

En relación con lo anterior, es importante resaltar que, al menos en lo que a la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., concierne, ésta llegó a la misma conclusión a la que arriba la Sala en esta ocasión, pues así se desprende del contenido de la providencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aprobó la conciliación judicial a la que llegó con el Distrito Capital - Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente -, proceso en el que, además de otras pretensiones, la firma planteó las siguientes:

“3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1889 del 24 de 1999 (sic), expedida por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente – DAMA -, por medio de la cual se declaró ocurrido el siniestro de falta de seriedad de la propuesta amparado por la Póliza No. 7298498.

4. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0872 del 27 de abril, expedida por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente – DAMA -, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., en contra de la Resolución No. 1889 de 1999.

(...)

7. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 1889 del 24 de diciembre de 1999 y 0872 del 27 de abril de 2000, se declara a su vez que no ocurrió el siniestro de seriedad de la oferta y se releve a mi representada y a la

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., de pago de la suma amparada por la Póliza Única de Seguros de Cumplimiento No. 7298498.

8. Que se ordene a la Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital – Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente – DAMA -, a indemnizar los perjuicios que se demuestren en este proceso a la Sociedad Arias Serna y Saravia S.A., con ocasión de las resoluciones que declararon el siniestro y su confirmatoria, y del oficio que informó sobre la inhabilidad para contratar ilegalmente declarada por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente – DAMA -.

(...)" (Destaca la Sala).

Adicionalmente, con base en el contenido de la comentada conciliación, se halla establecido que la sociedad Arias Serna y Saravia S.A., renunció a los perjuicios patrimoniales *"ocasionados por el hecho de que mi representada no se haya podido presentar a otros procesos licitatorios"*.

7. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0382 del 9 de agosto de 2000, proferida por el Instituto Distrital para la Recreación y el

Radicación: 250002326000 200002368 02 (28752)
Actor: CONSORCIO LOS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y DEPORTE
Referencia: CONTRACTUAL

Deporte, únicamente en lo que concierne a la revocatoria directa de la Resolución No. 0286 del 27 de junio de 2000.

SEGUNDO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA