



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Radicación: 25000-23-26-000-2003-00287-02 (30.681)
Actor: VIGILANCIA ACOSTA LTDA. Y OTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS
Proceso: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala de Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas y se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo Pretendido

El 28 de enero de 2003¹, **VIGILANCIA ACOSTA LTDA.** y **VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA – VISE LTDA.** presentaron demanda solicitando la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 728 del 2 de diciembre de 2002 por medio de la cual el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA GENERAL** adjudicó la Licitación Pública No. SG-004 del 27 de septiembre de 2002 a favor de la Unión Temporal Vigilancia Santaferreña Ltda. – SEPECOL Ltda.

Solicitan, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene al demandado al pago de la suma de \$97.350.000 correspondiente a las utilidades dejadas de percibir

¹ Folios 3 a 27 del c. No. 1.



por la no adjudicación de la licitación a los demandantes, debidamente indexada y junto con los respectivos intereses.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

Entre el Departamento de Cundinamarca y el consorcio **Vigilancia Acosta Ltda. - Vigilancia Santaferreña Ltda.** se celebró el contrato No. 17 de 2001 cuyo objeto fue la prestación de servicios de vigilancia privada armada y de seguridad integral sobre los bienes inmuebles propiedad de aquél o de los que fuere responsable, ubicados allí y en Bogotá.

La Vigencia de dicho contrato se acordó entre septiembre de 2001 y noviembre de 2002.

El Departamento de Cundinamarca mediante Resolución No. 538 del 27 de septiembre de 2002 ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SG-004 para celebrar un contrato con idéntico objeto, en la cual participaron la **Unión Temporal Vigilancia Acosta Ltda. – Seguridad Vise Ltda.** y la **Unión temporal Vigilancia Santaferreña Ltda. – Sepecol Ltda.**

En el pliego de condiciones se señaló que para acreditar el factor experiencia y cumplimiento, los proponentes debían certificar la celebración de mínimo 3 contratos de prestación de servicios de vigilancia dentro de los 5 años anteriores por el valor de \$3.000.000.000.

También se señaló que la calificación de dicho factor frente a los consorcios y uniones temporales no se realizaría a partir de la sumatoria del valor total de los contratos celebrados, sino según el promedio ponderado del porcentaje real de participación de cada uno de sus miembros.



Al evaluar las propuestas se le asignó a la Unión Temporal **Vigilancia Santaferreña Ltda. – Sepecol Ltda.** un puntaje mayor que a la Unión Temporal **Vigilancia Acosta Ltda. – Vise Ltda.**, pues no se tuvo en cuenta que en cuanto a la experiencia a ésta última ha debido dársele un puntaje de 150 y no de 50, ya que la sumatoria de sus contratos superaba la suma de \$3.000.000.000.

El 26 de noviembre de 2002, se celebró audiencia de adjudicación en la cual se desestimaron las observaciones realizadas y mediante Resolución No. 728 del 2 de diciembre de 2002 se adjudicó la Licitación Pública a la Unión Temporal Vigilancia Santaferreña Ltda. – Sepecol Ltda.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término tanto la Unión Temporal Vigilancia Santaferreña Ltda. – Sepecol Ltda., como el accionado le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 30 de diciembre de 2004 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones formuladas y denegó las pretensiones de la demanda.



Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

En primer lugar, el sentenciador de primera instancia declara la improcedencia de la excepción de nulidad por indebida escogencia de la acción y en aplicación del principio *Iura Novit Curia* adecua la acción interpuesta a la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señala que en el presente asunto no se debía demandar la nulidad del contrato como lo afirma el demandado, pues de las pruebas allegadas no acreditan que el contrato se hubiera celebrado dentro de los 30 días siguientes a la expedición de la resolución impugnada.

Considera improcedente la excepción de nulidad por falta de integración del litisconsorcio necesario pues si bien no se demandó a la empresa adjudicataria, a través del auto admisorio se ordenó su vinculación y ésta procedió a contestar la demanda.

En relación con el fondo del asunto, el Tribunal comenzó por realizar una breve alusión al principio de selección objetiva resaltando la facultad de las entidades para establecer factores de selección diferentes a los previstos en la ley.

El *a quo* trae a cuento una sentencia proferida por esta Corporación respecto de la naturaleza de los pliegos de condiciones para concluir que contrario a la posición del demandante, era claro que el Departamento de Cundinamarca sí estaba facultado para señalar un procedimiento de calificación especial de los consorcios y las uniones temporales.

Concluye señalando que para que el actor pudiera sacar adelante su pretensión de nulidad del acto de adjudicación debía acreditar no sólo que su propuesta era la mejor, sino que la seleccionada no era la mejor ni la más favorable a la administración.



III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal había incurrido en varios errores al no entender en qué consistía el daño alegado por el actor.

Afirma que la regla de calificación fijada por la entidad vulnera el principio de igualdad al cambiar totalmente los resultados de la evaluación favoreciendo a un proponente y perjudicando a otro.

Señala que el Tribunal no resolvió algunos puntos de la *litis* o los resolvió de forma insuficiente.

Manifiesta que no se tuvo en cuenta que previamente a la apertura de la licitación, la empresa Vigilancia Acosta Ltda. en consorcio con la empresa Vigilancia Santaferreña Ltda. ya se encontraba prestando sus servicios de vigilancia al Departamento y que contrario a lo que afirma el Tribunal no se encuentra obligada a demostrar que la propuesta de la adjudicataria no era la mejor ni más favorable a la administración.

Por último, expresa que lo realmente pretendido es la correcta aplicación de los criterios de calificación, caso en el cual su oferta obtendría el máximo puntaje.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes



V. CONSIDERACIONES

1. Esta Subsección mediante auto del 26 de marzo de 2014 decretó de oficio una inspección judicial para examinar y obtener copia del contrato que se celebró con la Unión Temporal Vigilancia Santaferense Ltda. – Sepecol Ltda. en virtud de la Licitación Pública SG-004 de 2002.

En la diligencia de inspección judicial antes mencionada se obtuvo copia del contrato 019 del 10 de diciembre de 2002 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca y la Unión Temporal Vigilancia Santaferense Ltda. – Sepecol Ltda.

2. El inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, disponía que *“los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado este, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”*

Como podrá verse, este inciso segundo hace mención de las acciones que son procedentes contra los actos administrativos que se han proferido antes de la celebración del contrato y señala como tales a la de nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual, pero debe quedar claro que la escogencia de la pertinente no queda al arbitrio del demandante pues allí de manera perentoria se prevé que una vez celebrado el contrato, los actos previos no pueden ser cuestionados sino mediante la acción contractual toda vez que su ilegalidad no puede invocarse sino como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.



La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 sostuvo, lo que ya era verdad sabida por la claridad del texto legal que así lo disponía, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo se podía alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato:

“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.”²

Ulteriormente la Corte Constitucional al analizar nuevamente la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aunque respecto de otros apartes diferentes a los examinados en la anterior oportunidad, concretamente la expresión *“una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”*, hizo suyas las argumentaciones que adujo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³ al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

² Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777.



“Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado.”⁴

Pues bien, del texto legal y del precedente jurisprudencial citado se desprende de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual y por consiguiente en tal caso habrá de pretenderse no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.

Sobre este último aspecto esta Subsección precisó:

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005.



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

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

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.”⁵

3. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo pregonaba el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, permite que una persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, pida que se declare la nulidad del acto administrativo que lo vulnera y que como consecuencia se restablezca su derecho.

Por lo tanto, ante una acción que se ha promovido, la determinación de si se trata de una de nulidad y restablecimiento del derecho dependerá de las pretensiones que se

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, Expediente 19880.



aduzcan puesto que si lo que se pide es la nulidad de un acto administrativo y que en consecuencia se restablezca un derecho que supuestamente ha sido vulnerado por aquel, se estará en presencia, a no dudarlo, de una acción de aquella estirpe.

4. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación el demandante pretende que se decrete la nulidad de Resolución No. 728 del 2 de diciembre de 2002 por medio de la cual el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA GENERAL** adjudicó la Licitación Pública No. SG-004 del 27 de septiembre de 2002 a favor de la Unión Temporal Vigilancia Santaferaña Ltda. – SEPECOL Ltda., y que como consecuencia de esta declaración se le restablezca su derecho condenando al demandado a pagar la suma de \$97.350.000 por concepto de los perjuicios causados, sin que en parte alguna se pretenda la nulidad absoluta del contrato.

Al romperse se advierte entonces que la acción que ha promovido el demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto previo a la celebración del contrato, como lo es el acto de adjudicación, acción ésta que es procedente siempre y cuando no se haya celebrado el contrato pues en ésta hipótesis la que resulta pertinente es la acción contractual, debiendo pedirse entonces no sólo la nulidad de los actos administrativos previos sino también la nulidad absoluta del contrato.

La demanda que dio curso a este proceso fue presentada el 28 de enero de 2003, como se observa al folio 27 vuelto del cuaderno No. 1, y el contrato que se le adjudicó a la Unión temporal Vigilancia Santaferaña Ltda. – Sepecol Ltda. en virtud de la Licitación Pública No. SG-004 del 27 de septiembre de 2002, fue celebrado el 10 de diciembre de 2002, como se ve a los folios 245 a 255 del cuaderno No. 1, lo que con otras palabras significa que la demanda fue presentada cuando el contrato ya se había celebrado y por consiguiente, tal como lo disponía el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción procedente era la acción contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho.



Como el demandante promovió en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en ejercicio de ella ha construido sus pretensiones y como quiera que la que ha debido promover por mandato legal es la contractual, resulta que lo que se imponía era negar la totalidad de sus pretensiones.

Como la sentencia del Tribunal negó las pretensiones de la demanda, la sentencia apelada será confirmada aunque por las razones antes mencionadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada aunque por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala



ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
Magistrado Ponente