

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB SECCIÓN "A"**

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Expediente:	730012331000200102525-01
Número interno:	31.965
Actor:	UNION TEMPORAL CAESCA Y LICORSA
Demandado:	FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA Y OTRA.
Proceso:	Acción contractual

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2005 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de agosto de 2001, las sociedades CAESCA LTDA y LICORSA S.A. (miembros de la Unión Temporal Caesca y Licorsa), mediante apoderada judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentaron demanda contra la Fábrica de Licores del Tolima, con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas (fol. 98 y 99 C. 1) (el texto se transcribe exactamente igual al de aquella):

"1. Que atendiendo lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 y 87 inciso 2º del C.C.A., tal como fue reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se declare la nulidad absoluta del contrato para la comercialización y venta de aguardiente celebrado entre la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA y REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A., como consecuencia de la Resolución 397 de 4 de julio del 2001.

"2. Que, tal como lo disponen los artículos 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 y 87 inciso 2º del C.C.A., se declare que la nulidad solicitada es consecuencia de la ilegalidad y nulidad de la Resolución 397 de 4 de julio del 2001, mediante la cual se adjudicó la Invitación de mayo del 2001, denominada 'CONTRATACIÓN DIRECTA PARA LA COMERCIALIZACION Y VENTA DE AGUARDIENTE EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA'.

"3. Que se declare que la mejor oferta en la Invitación mencionada fue la de las personas que integraron la UNION TEMPORAL CAESCA Y LICORSA, y no la de REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A.

"4. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA a indemnizar a mis poderdantes todos los perjuicios que los mismos sufrieron, los cuales están constituidos por el lucro cesante, es decir, por la utilidad que los mismos aspiraban reportar en el período comprendido entre el 5 de julio del 2001 y el 31 de diciembre del 2007, por concepto de la comercialización y venta de aguardiente en el Departamento del Tolima y en virtud de la adjudicación a que tenían derecho.

"5. Que sobre las sumas a las que sea condenada la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA se apliquen los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley y que los mismos se computen a partir del momento indicado en el artículo 90 inciso 2 del C.P.C.

"6. Sin perjuicio de lo anterior, las sumas a que tengan derecho mis poderdantes se pagarán debidamente actualizadas siguiendo para ello lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. y se cancelarán conforme a lo dispuesto en el artículo 177 ibídem".

2.- Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente (folios 99 a 101 C.1):

a) En mayo de 2001, la Fábrica de Licores del Tolima realizó una invitación para

contratar, cuyo objeto era la "COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE AGUARDIENTE EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA"; para tal efecto, en los términos de referencia dispuso las reglas bajo las cuales se efectuaría la escogencia de los interesados y se adjudicaría el contrato.

b) Durante el plazo de la invitación se presentaron dos ofertas: una, de la Unión Temporal Caesca y Licorsa y, otra, de Representaciones Continental S.A.

c) La Fábrica de Licores del Tolima hizo la evaluación correspondiente, la cual arrojó el siguiente resultado:

- | | |
|-------------------------------------|-------------|
| • Representaciones Continental S.A. | 756 puntos |
| • Unión Temporal Caesca y Licorsa | 732 Puntos. |

d) Como hechos relevantes y determinantes en el puntaje otorgado a cada una de las propuestas, se señaló en la demanda que, el 29 de junio de 2001, la Unión Temporal Caesca y Licorsa presentó un documento que denominó "OBSERVACIONES SOBRE LA EVALUACIÓN TECNOLÓGICA Y ECONÓMICA PARA LA ASIGNACIÓN DEL CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DEL AGUARDIENTE DEL TOLIMA", en el que puso de presente dos observaciones: la primera, que se había evaluado a Representaciones Continental S.A., pese a que había incurrido en causales legales y reglamentarias que ameritaban su rechazo y no su evaluación y, la segunda, que independientemente de lo anterior las propuestas de los participantes debían ser recalificadas, pues el puntaje de la Unión Temporal Caesca y Licorsa debía ser superior al conferido por la Fábrica de Licores y, a su vez, el de Representaciones Continental S.A. debía ser inferior al que había obtenido.

e) Mediante comunicación GG 0546 de 3 de julio del 2001, el Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima informó a la Unión Temporal Caesca y Licorsa que no modificaría la calificación asignada a las propuestas de comercialización.

f) El 4 de julio del 2001 se llevó a cabo la adjudicación del contrato, como consta en el "ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA ADJUDICACIÓN DE UN LLAMADO DE OFERTAS PARA LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DEL AGUARDIENTE DENTRO DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA".

g) En tal audiencia se dio lectura a la Resolución 397 de 4 de julio del 2001 y se adjudicó el contrato a la propuesta presentada por Representaciones Continental S.A.; posteriormente, se suscribió el referido contrato.

h) La decisión anterior privó a los demandantes de obtener la adjudicación del contrato y de reportar las utilidades que aspiraba a percibir por la ejecución normal del mismo, a lo que, según la demanda, tenían derecho, no sólo por ser el único proponente hábil, sino por haber presentado una propuesta que debía ser objeto de selección objetiva.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los demandantes consideran que, con la expedición del acto acusado, se violaron las siguientes normas: el artículo 30 (numeral 6) de la Ley 80 de 1993, el numeral 2.21 de la invitación, en concordancia con los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 y 114 del Decreto 2649 de 1993, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y los numerales 5.1, 5.2, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7, 5.9 y 5.10 de la invitación.

El concepto de la violación de las mencionadas disposiciones se presentó, en síntesis, de la siguiente manera:

a).- Se violó el artículo 30 (numeral 6) de la ley 80, al no rechazar una propuesta condicionada:

Dijo la demandante que la Ley 80 de 1993 es clara en esta materia: los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas, siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

Sobre este particular, citó a varios tratadistas nacionales y extranjeros, para concluir diciendo que no resulta posible que una propuesta como la de Representaciones Continental S.A., que incorporaba condicionamientos, sea siquiera estudiada. El condicionamiento es incuestionable y aparece en el párrafo segundo de la página 283 de la oferta presentada por REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A., donde expresamente se consignó:

“En caso de sernos adjudicado el contrato de distribución, SU FIRMA
ESTARA CONDICIONADA a que estén resueltos formalmente todos los

litigios o laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima".

En relación con lo anterior, la Fábrica de Licores respondió con el oficio GG-0546 de 3 de julio del 2001 (a pesar de que el 26 de junio del 2001 el Comité Jurídico dejó expresamente consignado como observación que REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A. hizo tal pronunciamiento), donde el Gerente concluyó que ello no podía ser tenido en cuenta como condicionamiento para la adjudicación.

Consideran los demandantes que, de esa manera, se violó el artículo 30 (numeral 6) de la Ley 80 de 1993, pues, en lugar de rechazar una propuesta que contenía un condicionamiento y de sacar las consecuencias jurídicas de la constatación que hizo el Comité Jurídico el 26 de junio del 2001, se habilitó ilegalmente la propuesta de REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A., pese a que la norma es clara en el sentido de que los oferentes pueden hacer manifestaciones (y, dentro de ellas, alternativas y excepciones) "SIEMPRE Y CUANDO ELLAS NO SIGNIFIQUEN CONDICIONAMIENTOS PARA LA ADJUDICACIÓN".

Señala la demanda que, si la licorera entendió que el condicionamiento operaba para la firma del contrato y no para la adjudicación, simplemente se vale de un juego de palabras para olvidar y contradecir lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha enseñado al respecto:

"Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que 'el contrato' no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal. La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria.

"Ello sucede especialmente donde la ley no somete el proceso de la licitación a un acto ulterior, como sería la aprobación del contrato por otro órgano administrativo. El pliego de condiciones compromete a la administración, por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro y completo, y que relacione todos los elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y calidad de sus posibles obligaciones. Es decir, que en la oferta o pliego de cargos no son admisibles las omisiones, y menos

las que pudieran tacharse de capciosas. Los tratadistas franceses suelen llamar muy expresivamente *soumission* a la propuesta y *soumissionnaire* al proponente. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; (sic) y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador; (sic) pero de esa relación son elementos esenciales la oferta y la propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de ellas resultan ligados desde el momento en que las hicieron"¹.

b) Se violaron los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 y 114 del decreto 2649 de 1993, así como el numeral 2.2.1 de la invitación, al no rechazar una propuesta en que se presentaron incompletos documentos de orden financiero.

El 2.2.1 de la invitación o de los términos de referencia es claro al decir que se deben rechazar ofertas cuando "Estén incompletas, por no incluir alguno de los documentos que (sic) de acuerdo a (sic) los términos, se requieran adjuntar".

El 3.2.1 exige como documentos financieros el "Balance general y estado de pérdidas y ganancias con corte a 31 de diciembre de 1998, 1999 y 2000, debidamente firmados por un Contador Público y Revisor Fiscal si lo hubiera".

El 3.2.2 exige "Certificación de antecedentes disciplinarios expedido por la Junta Central de Contadores, del contador que firme los estados financieros (sic) al igual (sic) del Revisor Fiscal si lo hubiere".

En conclusión y en los términos del artículo 22 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993, se exigieron dos estados financieros básicos: balance general y estado de resultados.

El artículo 37 de la Ley 222 de 1995 es claro sobre este particular: cuando los estados financieros (en este caso, el balance general y el estado de pérdidas y ganancias) deban presentarse ante terceros, deben ser certificados por el representante legal y el contador público; así las cosas, sólo los estados financieros certificados como lo exige el artículo 37 de la Ley 222 de 1995 valen ante terceros y se presumen auténticos frente a ellos (artículo 39 ibídem). De otro lado, sin las notas a los estados financieros exigidas por los artículos 36 de la Ley

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de enero de 1975, expediente 1503.

222 de 1995 y 14 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993, éstos no pueden entenderse como completos.

No obstante (que los estados financieros de Representaciones Continental S.A. no satisfacían algunas de las exigencias), ellos fueron aceptados por la Fábrica de Licores del Tolima y, en vez de rechazar la oferta, la habilitaron ilegalmente. De ahí la violación de las normas citadas y del numeral 2.2.1. de la Invitación.

c) Violación del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la calificación de la oferta presentada por la Unión Temporal Caesca y Licorsa (numerales 5.1, 5.2, 5.4 y 5.5. de la invitación).

Se sostiene en la demanda que los citados numerales exigían que el proponente **DESCRIBIERA** los “Sistemas de Administración de Ventas” (5.1), los “Sistemas de distribución” (5.2), los “Sistemas de publicidad” (5.4) y los “Sistemas de promoción” (5.5) que implementaría.

Los miembros de la Unión Temporal demandante hicieron la descripción; sin embargo, en vez de 10 puntos, se le calificó con 6 puntos, lo que les resultó cuestionable por dos razones: primero, porque no se hizo una mera descripción teórica, la cual se basa en una experiencia cierta: en solo 3 años, LICORSA ha aumentado las ventas en el departamento del Huila, de 1.850.000 en 1997 a 2.212.365 en el 2000 (allí opera como concesionario, fabricante, comercializador y distribuidor del departamento) y, segundo, porque habiendo exigido en la invitación la descripción de tales aspectos y habiéndola realizado de modo razonable y con base en la experiencia indicada, no podía haber una calificación menor de 10 puntos para la Unión Temporal.

El numeral 5.3. de la invitación disponía como uno de los criterios de evaluación el “CUBRIMIENTO GEOGRAFICO DEL MERCADO”, el cual consistía en dos declaraciones de compromiso, a saber: la de “cobertura del mercado en los diferentes municipios del Departamento del Tolima” (5.3.1) y la de “no venta del producto en otros Departamentos del País (sic)”.

En relación con el numeral 5.3.1, los demandantes hicieron la misma declaración de compromiso que REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A.; sin embargo, REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A. obtuvo 10 puntos y la Unión Temporal 8.

El numeral 5.6. exigía como "INFRAESTRUCTURA OPERATIVA" que el proponente acreditara la "documentación que EVIDENCIE la disponibilidad de la infraestructura". La Unión Temporal cumplió a cabalidad tal requisito, pues uno de sus integrantes es distribuidor de licores en el departamento del Huila (LICORSA). También acreditó y evidenció con documentación que, una vez se adjudicara la invitación, tendría suficiente disponibilidad para contar con la infraestructura exigida; sin embargo, se le calificó con 6 puntos, en vez de 10.

El numeral 5.7 ídem exigía, como "Capacidad tecnológica", acreditar que se contaba con recurso humano suficientemente capacitado para desarrollar las actividades de comercialización del producto y con equipos de apoyo para agilizar el proceso de venta. En escrito de 29 de junio del 2001 se informó y se constató que los demandantes contaban con esa capacidad. En el departamento del Huila, donde LICORSA no es sólo distribuidor y comercializador, sino fabricante, ha hecho que las ventas pasen de 1.850.000 (en 1997) a 2.212.365 (en el 2000); por eso, cumplía con creces tal exigencia y sin embargo, se le calificó con 3 puntos, en lugar de 10 puntos.

En el numeral 5.9. ídem se exigía un "Volumen de adquisición" a los proponentes y tanto Representaciones Continental S.A. como los miembros de la Unión Temporal lo cumplieron; sin embargo, a estos últimos se les calificó con 8 puntos y a Representaciones Continental S.A. con 10.

d) Violaciones en la calificación de la propuesta de REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A.

El numeral 4.2 de la invitación planteaba dos formas de pago: de contado – 4.2.2.1- (caso en el cual no se solicitaba, como es obvio, el pago de intereses a la FABRICA, sino solamente el pago del producto a precio de fábrica) y a crédito – 4.2.2.2- (caso en el cual se exigió, además del pago del producto, de los impuestos y de las contribuciones, la inclusión de "INTERESES COMERCIALES a que esté sujeto el mismo").

El numeral 5.10 reguló como criterio de evaluación el pago a plazos, pero dijo que el proponente debía "INDICAR LA FORMA EN QUE SE PAGARIAN las unidades que adquirirían". Esto implicaba, obviamente, la inclusión de los intereses respectivos. Representaciones Continental S.A. no incluyó los intereses y la Fábrica de Licores del Tolima, en lugar de calificarla con 0 puntos, le asignó 10.

4. Admitida y notificada la demanda (fol. 138, 142, 157 y 161 C. 1), la Fábrica de Licores del Tolima y Representaciones Continental S.A. la contestaron oportunamente, aceptaron los hechos concernientes a la existencia del acto de adjudicación, a la existencia del contrato y a que en el mismo proceso de selección participó la Unión Temporal demandante, negaron que se hubiese efectuado mal la calificación de condiciones y factores de los proponentes respecto de los términos de referencia y propusieron las excepciones de caducidad de la acción contra el acto de adjudicación, legalidad absoluta del proceso y del contrato celebrado e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

5. El proceso se abrió a pruebas mediante auto de 15 de agosto de 2002 (fol. 183 C.1). Vencido este período, se corrió traslado a las partes (fol. 218 C.1), para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto, pero todos guardaron silencio.

6. Mediante sentencia de 22 de agosto de 2005, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda (fol. 221 a 231 C. principal), decisión que fue objeto del recurso de apelación, únicamente, por parte de CAESCA LTDA.

7. Por auto de 31 de enero de 2006 fue admitido el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia (fol. 246 C. principal) y, posteriormente, el 27 de febrero de 2006 se ordenó correr traslado a las partes, para que presentaran alegatos y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (fol. 248 C. principal).

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de las demanda, para lo cual sostuvo (fol. 229 a 231 C. principal):

“En segundo término y con relación a la prosperidad de la acción (sic) ha de advertirse que para obtener la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la ilegalidad de la resolución de adjudicación, como se desprende del contenido de la demanda, debe obtenerse primero la declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación y como consecuencia de esta si (sic) será posible la declaración de nulidad del contrato.

“En la demanda formulada no se consigna dentro de las pretensiones ninguna que se concrete en obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación. Se limita la misma, en la primera de las pretensiones (sic) a solicitar la nulidad absoluta del contrato y en la segunda a que se declare que tal nulidad ‘es (sic) consecuencia de la ilegalidad y nulidad de la resolución 397 de 4 de julio de 2001, pero en ningún sentido se plantea siquiera la nulidad de la resolución de adjudicación.

“No puede la Sala (sic) so pretexto de la interpretación de la demanda (sic) deducir del contenido de la misma una pretensión de nulidad de un acto administrativo que no se formuló, por lo que resulta imposible realizar cualquier pronunciamiento con relación a la legalidad de un acto administrativo que no ha sido cuestionado válidamente y que por ello mantiene la presunción de legalidad.

“De esta manera y en consideración a que la resolución 397 del 4 de julio de 2001, por medio de la cual se adjudica un llamado a ofertas, no fue demandada y por lo tanto mantiene la presunción de legalidad, no resulta posible, como lo pretende el demandante, declarar que la nulidad solicitada (nulidad absoluta del contrato) es consecuencia de la ilegalidad y nulidad de dicha resolución.

“Siendo ello así y no habiendo sido cuestionada, como tampoco desvirtuada la presunción de legalidad de la resolución de adjudicación, habrá (sic) de negarse las pretensiones relativas a la nulidad absoluta del contrato (sic) en tanto las mismas se sustentaban en la ilegalidad de tal decisión”.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Caesca Ltda sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos (fol. 244 a 245 C. principal):

“No se comparte la posición del Tribunal por las siguientes razones:

“2.1. En las pretensiones de la demanda sí se solicitó expresamente la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación. Así se consigna en el capítulo correspondiente de la demanda: '2. Que, tal como lo disponen los artículos 44 numeral 2º (sic) de la Ley 80 de 1993 y 87 inciso 2º (sic) del C.C.A., se declare que la nulidad solicitada es consecuencia de la ilegalidad y nulidad de la Resolución 397 de 4 de julio de 2001, mediante la cual se adjudicó la Invitación de mayo del

2001, denominada CONTRATACIÓN DIRECTA PARA LA COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE AGUARDIENTE EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA'.

"2.2. Las pretensiones contenidas en la demanda obedecen a lo dispuesto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el art. 32 de la Ley 446 de 1998), el cual dispone que: '(...) una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato (...)'. Esto quiere decir que lo que se demanda es el contrato a través de la acción contractual, con la precisión que tal nulidad deviene de la nulidad del acto de adjudicación. Así se hizo en la demanda.

"2.3 La manera como se plantearon las pretensiones (nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación) está acorde con la ley y acorde con la jurisprudencia...".

En los alegatos de segunda instancia, el apoderado de la sociedad apelante solicitó revocar la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia, porque consideró que la formulación de las pretensiones corresponde a las exigencias legales y procesales que se requieren para que puedan ser resueltas. También dijo que se debe declarar la nulidad del contrato y del acto de adjudicación, en la medida en que se encuentra probado que, además de que la propuesta presentada por Representaciones Continental S.A. debió ser rechazada, la evaluación de los factores propuestos en los términos de referencia disminuyó ilegalmente, por una parte, el porcentaje de la unión temporal y, por otra parte, aumentó la calificación de algunos ítems a favor de la que sociedad que resultó ser la adjudicataria (fol. 249 a 261 C. principal).

Los demás sujetos procesales no hicieron uso del término concedido.

IV. CONSIDERACIONES:

1.- LO QUE SE PRETENDE:

Los demandantes pretenden la declaratoria de nulidad del contrato celebrado entre la Fábrica de Licores del Tolima y Representaciones Continental S.A., en virtud de la resolución de adjudicación 397 de 4 de julio de 2001, así como el consecuencial restablecimiento del derecho.

2.- OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos, la acción de controversias contractuales caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento; particularmente, el literal e) de la misma norma establecía que "La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento ..."

En el presente asunto, el contrato fue celebrado el 10 de julio de 2001.

Siendo ello así y habiéndose presentado la demanda el 17 de agosto del mismo año, resulta evidente que:

- La acción se ejercitó antes de que transcurrieran dos años desde que se celebró el contrato cuestionado, es decir, dentro término previsto por la ley para tal efecto, y existe la posibilidad de formular pretensiones de restablecimiento del derecho dentro de la acción incoada, en la medida en que la demanda fue presentada, además, dentro de los 30 días siguientes a la expedición del acto administrativo de adjudicación. Lo anterior siempre que haya sido demandado el acto de adjudicación y solicitada expresamente la declaración de nulidad del mismo.

3.- LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Previo a resolver el fondo del asunto, se decidirá lo correspondiente a las excepciones propuestas por la Fábrica de Licores del Tolima y Representaciones Continental S.A., ésta en calidad de litisconsorte. Tales excepciones son: caducidad de la acción contra el acto proferido antes de la celebración del contrato, violación al debido proceso y al derecho de defensa del demandado, legalidad del acto de adjudicación, inexistencia del derecho e indebida acumulación de pretensiones.

Pues bien, salvo las excepciones relativas a la caducidad de la acción y a la de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, las demás que

fueron propuestas carecen de tal connotación, por cuanto no configuran un medio exceptivo, ya que ninguna de ellas se encuentra dirigida a enervar las pretensiones procesales o a extinguirlas y su formulación tiene como propósito, más bien, reargüir los supuestos fácticos sobre los cuales se erige la acción.

En relación con la excepción de caducidad, en el acápite denominado oportunidad de la acción quedó establecido que la demanda fue presentada dentro del término que la ley ha previsto para promoverla (dos años a partir del perfeccionamiento, cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato) y que, inclusive, cumple con el requisito de haber sido presentada dentro de los 30 días siguientes a aquél en que fue proferido el acto administrativo de adjudicación, si se llegare a pretender el restablecimiento del derecho como lo ha enseñado la jurisprudencia de esta Sala.

En consecuencia, no prospera la excepción.

En relación con la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, propuesta por el apoderado de Representaciones Continental S.A., resulta necesario precisar:

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, dispone:

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

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

De acuerdo con la disposición referida, la impugnación de los actos previos al contrato debe ser canalizada a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuando aquél haya sido celebrado, siendo este el caso de la Resolución 397 de 4 de julio de 2001, en tanto que el contrato se celebró antes de que ella fuera cuestionada y que la nulidad de éste se pide en razón de la nulidad de aquella (pretensión 2).

De esa manera, resulta indispensable que se pretenda **expresa e inequívocamente** la nulidad del acto de adjudicación, si lo que se pretende es que el contrato que de allí surgió se declare también nulo.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido al tema en varias oportunidades, pero resulta importante traer a colación lo que al respecto dijo también la Corte Constitucional cuando estudió la demanda de inexecutable del artículo 87 del C.C.A. modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 (sentencia C-1048 de 2001):

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

“...

“De conformidad con el artículo 1746 del código civil, la sentencia que declara la nulidad del contrato sólo ‘da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo’ y el demandante no es parte en el contrato celebrado en virtud de la adjudicación sino partícipe en el procedimiento de selección.

“Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es

un presupuesto material para la sentencia de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora.

“La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.

“Repárese como (sic) en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este.

“Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio.

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

‘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'.

“Pero 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 Estado al resolver sobre la apelación de un auto que rechazó una demanda:

‘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’.²

² Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005.

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

“Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º (sic) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado (sic) 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 (sic) 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”³ (se resalta).

Conforme a lo anterior, es necesario revisar la formulación de la pretensión que en particular atañe a la nulidad tanto del contrato como del acto de adjudicación. En la demanda se dijo:

“1. Que atendiendo lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 y 87 inciso 2º del C.C.A., tal como fue reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se declare la nulidad absoluta del contrato para la comercialización y venta de aguardiente celebrado entre la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA y REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A., como consecuencia de la Resolución 397 de 4 de julio del 2001.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 15 de febrero de 2012, radicado: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880).

"2. Que, tal como lo disponen los artículos 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 y 87 inciso 2º del C.C.A., se declare que la nulidad solicitada es consecuencia de la ilegalidad y nulidad de la Resolución 397 de 4 de julio del 2001, mediante la cual se adjudicó la Invitación de mayo del 2001, denominada 'CONTRATACIÓN DIRECTA PARA LA COMERCIALIZACION Y VENTA DE AGUARDIENTE EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA'.

Si bien, la redacción de la pretensión 2 puede llegar generar entendimientos disímiles, en cuanto a que allí, en principio, no se pidió expresamente que se declarara la nulidad del acto administrativo de adjudicación, como lo estimó el Tribunal al proferir el fallo apelado, para esta Sala existe una lectura distinta sobre la misma pretensión que resulta, además, ser la más coherente con otros planteamientos de la demanda.

En efecto, no es idóneo el análisis ni el entendimiento de las pretensiones de la demanda si éste no es consecuencia de una lectura sistémica de la misma, pues, su carácter de unidad requiere una interpretación armónica e inescindible de los demás argumentos que evidencian la litis. La Sala encuentra, luego de realizar una lectura completa de la demanda, especialmente del acápite denominado normas violadas y concepto de la violación que, efectivamente, se han formulado cargos de nulidad contra el acto administrativo de adjudicación del contrato y son el fundamento principal por el que se alega la nulidad absoluta del contrato mismo. En ese orden de ideas, equivocado afirmar que no se formuló expresamente la pretensión de declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, cuando lo cierto es que todos los cargos de nulidad recaen sobre éste.

Cuando en la pretensión 2 de la demanda se dijo: "...declare que la nulidad solicitada es consecuencia de la ilegalidad y nulidad de la Resolución 397 de 4 de julio del 2001...", sólo puede entenderse, contrario a lo que hizo el Tribunal, que sí se pretende obtener la declaración de nulidad de la resolución 397 del 4 de julio de 2001 y no sólo se está, desprevenidamente, calificándola como ilegal y nula.

Se debe concluir, entonces, sin duda alguna, que la única razón por la que se deprecia la nulidad absoluta del contrato es que el acto de adjudicación está viciado tal y como se desprende de la lectura del acápite de normas violadas y concepto de violación y que, como se dice en la pretensión 2, "la nulidad solicitada" – la del contrato- "es consecuencia de la ilegalidad y nulidad de la

Resolución 397 de 4 de julio del 2001", cuya declaración de nulidad se entiende bien pedida, no sólo porque así aparece en las pretensiones de la demanda, sino porque en esa dirección se orientaron los cargos de nulidad y con las pruebas pedidas se pretende acreditar esa situación.

No prospera la excepción.

4.- ANALISIS DEL RECURSO.

El recurso de apelación se circunscribió a censurar la decisión de primera instancia en cuanto allí se consideró que no se había demandado expresamente la nulidad del acto administrativo de adjudicación del contrato de comercialización, distribución y venta de aguardiente en el departamento del Tolima, celebrado entre la Fábrica de Licores del Tolima y Representaciones Continental S.A., como necesariamente debió hacerse si se pretendía obtener la nulidad del contrato mismo, razón que le resultó suficiente al Tribunal para negar las pretensiones de la demanda.

Como se afirmó renglones atrás, no existe ninguna razón para entender que no se integró debidamente la pretensión de nulidad contra la resolución 397 de 4 de julio del 2001 y, en ese orden de ideas, se abre paso el estudio de los cargos de nulidad que se esbozaron contra el acto de adjudicación del contrato y contra el contrato mismo.

En la demanda se formularon, básicamente, 4 cargos sobre los cuales se estructuró el pedimento de nulidad, tanto del acto de adjudicación de la invitación para contratar como del contrato mismo.

En aras de lograr una mejor organización en el estudio de las situaciones que, según la demanda, pueden coincidir con una o varias causales de nulidad de actos administrativos conforme a la ley, la Sala analizará primero aquellos cargos que, reflexivamente, podrían tener vocación de prosperidad.

Si se evidencia la invalidez de la resolución 397 del 4 de julio de 2001, quedando aún otros cargos por resolver, esta Corporación se relevará de su estudio porque resultaría inane para lo que interesa a las pretensiones de la demanda, en tanto que, resulta suficiente la acreditación de uno de los cargos propuestos para proceder a declarar la nulidad absoluta del contrato por ilicitud en el acto de adjudicación.

A.- CONDICIONAMIENTO DE LA OFERTA COMO CAUSAL DE RECHAZO.

La demandante sostiene que la Ley 80 de 1993 es clara en que los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas, siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación. Sobre este particular, sostuvo que la propuesta presentada por Representaciones Continental S.A. incorporaba condicionamientos y, por esa razón, debió ser rechazada, nunca estudiada.

En su sentir, el condicionamiento es incuestionable y aparece en el párrafo segundo de la página 283 de la oferta presentada por REPRESENTACIONES CONTINENTAL S.A., donde expresamente se consignó:

“En caso de sernos adjudicado el contrato de distribución, SU FIRMA ESTARA CONDICIONADA a que estén resueltos formalmente todos los litigios o laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima”.

Oportunamente, dentro de la etapa correspondiente del proceso de selección, la situación que se esgrime en la demanda fue advertida por la unión temporal demandante y observada por el comité jurídico de la empresa.

En relación con lo anterior, el Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima respondió la observación mediante el oficio GG-0546 de 3 de julio del 2001, donde concluyó que la manifestación no podía ser tomada en cuenta como condicionamiento para la adjudicación.

De esa manera, aseguran los demandantes, se violó el artículo 30 (numeral 6) de la Ley 80 de 1993, pues, en lugar de rechazar una propuesta que contenía un condicionamiento dada la constatación que hizo el comité jurídico el 26 de junio del 2001, ella se habilitó ilegalmente (la propuesta de REPRESENTACIONES

CONTINENTAL S.A.), pese a que la norma es clara en el sentido de que los oferentes pueden hacer manifestaciones (y, dentro de ellas, presentar alternativas y excepciones) siempre y cuando las mismas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

- VALORACIÓN PROBATORIA DEL CARGO.

Para acreditar los supuestos de hecho en los que se fundamenta el cargo, aparecen en el expediente los siguientes medios de prueba que resultan idóneos y útiles para resolverlo:

1.- A folio 1432 del cuaderno de pruebas 3 aparece el acta de recibo de la propuesta presentada, el 26 de junio de 2001, por la Unión Temporal Caesca & Licorsa, ante la Secretaría General y Jurídica de la Fábrica de Licores del Tolima.

2.- A folio 1434 del cuaderno de pruebas 3 aparece el acta de recibo de la propuesta presentada, el 26 de junio de 2001, por Representaciones Continental S.A., ante la Secretaría General y Jurídica de la Fábrica de Licores del Tolima.

3.- A folio 1436 del cuaderno de pruebas 3 aparece el acta de cierre del llamado a ofertas para la distribución, comercialización y venta del aguardiente producido por la Fábrica de Licores del Tolima, en el departamento del Tolima, donde consta que fueron presentadas dos propuestas, la primera, por la Unión Temporal Caesca Licorsa (en 431 folios) y, la segunda, por Representaciones Continental (en 371 folios).

4.- Propuesta presentada por Representaciones Continental S.A. (cuaderno pruebas 1 parte demandante), en cuyo folio 283 (fol. 353 del expediente) se lee:

“5. INTRODUCCION

“La siguiente es la propuesta de Representaciones Continental S.A. para atender la invitación de la Fábrica de licores (sic) del Tolima para participar como proponente en la adjudicación de la distribución exclusiva de sus productos en el Departamento.

"En el caso de sernos (sic) adjudicado el contrato de distribución, su firma estará condicionada a que estén resueltos formalmente todos los litigios ó (sic) laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima".

5.- Memorial de 29 de junio de 2001, por medio del cual, la Unión Temporal Caesca & Licorsa solicitó a la Fábrica de Licores del Tolima, entre otras cosas, rechazar la oferta presentada por Representaciones Continental (se transcribe textualmente) (fol. 1463 C. pruebas):

"b.- Representaciones Continental S.A. en su página 283 párrafo segundo señala textualmente:

'En el caso de sernos (sic) adjudicado el contrato de distribución, su firma estará condicionada a que estén resueltos formalmente todos los litigios ó (sic) laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima'.

"Las condiciones del pliego de invitación a proponer (sic) señala que la notificación de la resolución de la adjudicación directa, según el numeral 1.6.8 será el día 4 de julio y la firma del contrato en los cinco (5) días hábiles siguientes, los cuales según el cronograma por Uds. entregado concluyen el día 11 de julio de 2001, por tanto, si a esa fecha la Fabrica de Licores del Tolima no ha '**resuelto formalmente**', los litigios o laudos arbitrales fallados en su contra, en nuestro concepto es pagarlos a estos terceros. Representaciones Continental S.A. no cumpliría con la exigencia impuesta en el numeral 7 de la carta de presentación, lo cual implicaría que la oferta está incompleta y se enmarcaría en la **causal para rechazarla**, según el numeral 2.2.1".

6.- Oficio del 29 de junio de 2001 dirigido al Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima (fol. 1472 C. pruebas), oportunidad en la que los miembros del comité jurídico de evaluación reiteraron que, desde el 26 de junio de 2001, se dejó expresamente consignado como observación que la manifestación hecha en el folio 283 de la propuesta de Representaciones Continental S.A. "no puede ser tenido (sic) en cuenta como condicionante para la adjudicación. Sin embargo dicha manifestación no constituye un documento de aquellos que establecen los Términos de Referencia como necesarios de adjuntar".

7.- Oficio 0546 del 3 de julio de 2001, mediante el cual el Gerente de la Fábrica de Licores del Tolima respondió las observaciones presentadas por el Representante Legal de la Unión Temporal Caesca & Licorsa, informando, puntualmente, que en relación con lo manifestado en la propuesta de

Representaciones Continental S.A. ninguna de las situaciones se ubicaban en las causales de rechazo contenidas en el numeral 2.2.1 de los términos de referencia, es decir, "Estén incompletas, por no incluir alguno de los documentos que de acuerdo a (sic) los términos, se requieran adjuntar" (fol. 1482 C. pruebas).

8.- Según el acta de la audiencia de adjudicación (fol. 1495 a 1504 C. pruebas), luego de verificar que ambos proponentes cumplían en todos los aspectos con las exigencias formuladas en los términos de referencia y de calificar los nueve factores de evaluación previstos, la Fábrica de Licores del Tolima decidió que la mejor propuesta era la presentada por Representaciones Continental S.A., a quien se le otorgó un puntaje de 756 puntos sobre 1.000, de manera que, mediante resolución 397 de 4 de julio de 2001, le fue adjudicado el contrato. El segundo lugar correspondió a la Unión Temporal Caesca & Licorsa, a quien le fueron conferidos 732 puntos sobre 1.000 (fol. 1505 a 1513 C. pruebas).

Los medios de prueba que se han relacionado precedentemente le permiten a la Sala tener como probados los siguientes hechos y, por ende, concluir que:

a. Al proceso de selección del contratista, convocado por la Fábrica de Licores del Tolima y cuyo objeto era "LA COMERCIALIZACION Y VENTA DE AGUARDIENTE DENTRO DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA", se presentaron dos propuestas: por una parte, la de Representaciones Continental S.A. y, por otra parte, la de la Unión Temporal Caesca & Licorsa.

b. Resulta diáfano -y no existe duda alguna- que en la propuesta presentada por Representaciones Continental S.A. se dijo que la firma del contrato, en caso de resultar favorecida como adjudicataria, estaría sujeta al cumplimiento de una condición que pendía de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, consistente en que **"...estén resueltos formalmente todos los litigios ó (sic) laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima"**, alterando de esa forma las previsiones legales y, obviamente, de la propuesta a las que debía ceñirse su propuesta. Veamos nuevamente:

"5. INTRODUCCION

"La siguiente es la propuesta de Representaciones Continental S.A. para atender la invitación de la Fábrica de licores (sic) del Tolima para participar como

proponente en la adjudicación de la distribución exclusiva de sus productos en el Departamento.

“En el caso de sernos (sic) adjudicado el contrato de distribución, su firma estará condicionada a que estén resueltos formalmente todos los litigios ó (sic) laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima” (subrayado y negrilla fuera del texto).

Sobre la real existencia de la imposición de una condición, en la medida en que las expresiones usadas fueron claras y puntuales, no resulta posible efectuar interpretación alguna porque la claridad de su dicho impide, o mejor aún, no requiere de un trabajo de hermenéutica -como herramienta de comprensión-.

c. La Unión Temporal Caesca & Licorsa advirtió sobre la existencia de un condicionamiento en la oferta presentada por Representaciones Continental S.A. observación que desechó el Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima conforme al entendimiento que tuvo del concepto emitido por el comité jurídico mediante oficio del 29 de junio de 2001.

En esa oportunidad, los miembros del citado comité reiteraron que, desde el 26 de junio de 2001, se dejó expresamente consignado -como observación- que la manifestación hecha en el folio 283 de la propuesta de Representaciones Continental S.A. “no puede ser tenido en cuenta como condicionante para la adjudicación. Sin embargo dicha manifestación no constituye un documento de aquellos que establecen los Términos de Referencia como necesarios de adjuntar”.

En este punto debe decirse que, para la Sala, la redacción del comité jurídico respecto de la observación hecha pudo dar lugar a que se entendiera, por parte del Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima, una de estas dos cosas: la primera, que lo dicho por el oferente, simplemente, no tenía la connotación de “condicionante” para la adjudicación y, la segunda, que lo dicho por Representaciones Continental S.A. no podía admitirse, porque constituía un condicionamiento para la adjudicación.

Para la Sala, la segunda lectura es la que corresponde a lo que realmente quiso decir el comité respecto de la observación efectuada a la propuesta de Representaciones Continental S.A., pues una lectura distinta descontextualizaría y no justificaría lo que dijo al final de la observación: “sin embargo dicha manifestación (alude al condicionamiento hecho por la mencionada sociedad) no

constituye un documento de aquellos que establecen los Términos de Referencia como necesarios de adjuntar".

Es decir, el comité jurídico reprocha la manifestación de Representaciones Continental S.A. que condiciona la oferta, concretamente la firma del contrato, a la solución de unos conflictos jurídicos fallados en contra de la acá demandada; no obstante, el propio comité le resta importancia a tal condicionamiento en la medida en que, en su opinión, este último –el condicionamiento- no hacía parte de los requerimientos de admisibilidad de la propuesta conforme a las reglas del proceso.

d. Luego de verificar que ambos proponentes cumplieran en todos los aspectos con las exigencias formuladas en los términos de referencia, la Fábrica de Licores del Tolima adjudicó el contrato a Representaciones Continental S.A., otorgándole un puntaje de 756 puntos sobre 1.000. Así se dispuso mediante la resolución 397 de 4 de julio de 2001.

A la Unión Temporal Caesca & Licorsa le correspondió el segundo lugar, con 732 puntos sobre 1.000.

- ANÁLISIS DEL CARGO -condicionamiento de la oferta como causal de rechazo-.

La Sala encuentra probado que, en la propuesta presentada por Representaciones Continental S.A., se impuso un condicionamiento a las previsiones contenidas en los términos de referencia de la invitación efectuada por la Fábrica de Licores del Tolima para la distribución comercialización y venta del aguardiente dentro del departamento del Tolima, circunstancia que, en criterio de la parte demandante, debió determinar el rechazo de la propuesta presentada.

Sobre el condicionamiento de las propuestas, la ley 80 de 1993 -régimen vigente para la época en que se inició el proceso de selección y se celebró el contrato-, establece:

"Artículo 30º.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

"...

"6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación".

La norma transcrita consagra una regla conforme a la cual las propuestas deben ceñirse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, lo cual impide al proponente modificar las reglas dictadas por la entidad para la selección del contratista.

No obstante, la misma norma admite que en los temas económico y técnico se puedan presentar, válidamente, alternativas o excepciones a los parámetros fijados por la entidad, pero siempre y cuando esas alternativas o excepciones no impliquen condicionamiento alguno a las reglas dictadas para la adjudicación.

En el caso particular del condicionamiento que realizó Representaciones Continental S.A. debe decirse que él impedía admitir la propuesta presentada por dicha sociedad, porque la manifestación según la cual **"En el caso de sernos (sic) adjudicado el contrato de distribución, su firma estará condicionada a que estén resueltos formalmente todos los litigios ó (sic) laudos arbitrales fallados en contra de la Fábrica de Licores del Tolima"** concierne a la esfera jurídica del contrato, aspecto sobre el cual ninguna alternativa ni excepción admite la ley, que solo contempla o permite "alternativas y excepciones" en materias "técnicas o económicas" que "no signifiquen condicionamientos para la adjudicación" (ordinal 6º del artículo 30, atrás transcrito, de la ley 80 de 1993).

Quiere decir lo anterior que la propuesta debió ser rechazada o excluida porque, a diferencia de lo que consideró el Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima, ella incorporaba abiertamente una condición inadmisble sobre un supuesto jurídico que variaría los parámetros fijados por la ley y por los términos de referencia, aunado a que, inexplicablemente, para la habilitación únicamente se tuvo en cuenta que la propuesta estuviera completa y que a ella se integraran toda la documentación y los soportes requeridos para esa etapa del proceso.

Sobre lo último, la autoridad administrativa está en la obligación de verificar que la propuesta no sólo cumpla con las exigencias del pliego de condiciones o de los términos de referencia, sino que, además, sea respetuosa de las reglas concernientes a la contratación estatal, obligación que, obviamente, no cumplió en este caso la Fábrica de Licores del Tolima, pues, de lo contrario, sencillamente y con fundamento en la causal legal mencionada, hubiese procedido a la eliminación o rechazo de la propuesta.

En conclusión, el acto administrativo contenido en la resolución 397 del 4 de julio de 2001, proferida por el Gerente de la Fábrica de Licores del Tolima, es nulo por violación al principio de selección objetiva (arts. 24.8, 29, 26.6 y 30.6 de la ley 80 de 1993) y, por ende, el contrato de comercialización y venta del aguardiente que surgió como consecuencia de esta adjudicación es nulo de nulidad absoluta.

Ahora, la Unión Temporal Caesca & Licorsa alega que tenía la mejor propuesta y que debió ser la adjudicataria del contrato para la comercialización y venta, del aguardiente producido por la Fábrica de Licores del Tolima, dentro del departamento del Tolima, en el período comprendido entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de diciembre de 2007.

Pues bien, el análisis de las pruebas relacionadas páginas atrás evidencia que, efectivamente, la Unión Temporal demandante ocupó el segundo lugar en el proceso de selección, con un puntaje de 732 puntos sobre 1.000, adjudicado por la entidad contratante (acá demandada) luego de verificado el cumplimiento de los requisitos fijados en los términos de referencia.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala⁴ ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir adelante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico

⁴ Ver entre otras: sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056; sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 14169; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783; sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355; y sentencia del 19 de septiembre de 1994, exp. 8.071.

y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, es importante precisar que, si quien demanda el acto de adjudicación es, conforme a los informes de verificación y de calificación de los factores objetivos de escogencia, el oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad, la carga de acreditar que su propuesta era la que merecía ser favorecida con la adjudicación se satisface con sólo demostrar que el proponente vencedor del proceso de selección no cumplía la totalidad de los requisitos contemplados en el pliego de condiciones, pues, precisamente, al hallarse probado que el adjudicatario no tenía la mejor propuesta, ha de entenderse que la que merecía ser favorecida era la situada en el siguiente orden de elegibilidad, salvo que en el proceso judicial aparezca probada alguna circunstancia que implique que tampoco al proponente ubicado en segundo lugar se le habría podido adjudicar el contrato.

Ahora, cuando el acto de adjudicación es demandado por un oferente distinto al ubicado en el segundo lugar, para obtener el éxito de las pretensiones económicas resulta indispensable probar, además de la ilegalidad del acto de adjudicación, que su propuesta era mejor y más favorable que todas las que le precedieron en el orden de elegibilidad, incluyendo, desde luego, la del adjudicatario, de modo que, en esta hipótesis, las pretensiones indemnizatorias se abren paso sólo si el demandante logra demostrar en el proceso judicial que la entidad estatal adjudicó el contrato a quien no tenía derecho a ello y, además, que ninguno de los otros oferentes podía tenerlo.

En este caso, está probado que la propuesta presentada por la demandante cumplía todos los requisitos establecidos en los términos de referencia (requisitos de habilitación y factores de evaluación), razón por la que tenía derecho a ser el adjudicatario del contrato, si se tiene en cuenta que su propuesta fue la segunda y que la de Representaciones Continental S.A. debió rechazarse, como se explicó atrás.

Así las cosas, la Sala abordará el análisis de la indemnización de los perjuicios que se solicitan en la demanda, pues, naturalmente, no resulta posible adoptar una medida de restablecimiento distinta a ésta, en la medida en que el contrato fue adjudicado y, seguramente, ejecutado hace ya varios años.

5.- INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

La demandante solicita que se condene a la Fábrica de Licores del Tolima al pago de la utilidad que esperaba recibir, constitutivo de lucro cesante, por la ejecución del contrato de comercialización y venta del aguardiente de la Fábrica de Licores del Tolima, dentro del departamento del Tolima y para el período comprendido entre el 5 de julio de 2001 y el 31 de diciembre de 2007 (fol. 99 C.1).

A pesar de que se presentó en la propuesta de la demandante un ítem por A.I.U. que, en principio, proyectó la utilidad esperada por la ejecución del contrato, en esa oportunidad no se conocían los diversos precios que la fábrica fijaría para sus licores, entonces, con el fin de establecer el monto de los perjuicios, el Tribunal de primera instancia decretó un dictamen pericial que fue rendido el 1 de abril de 2003. Dicha experticia no ofrece a la Sala elementos fidedignos para colegir de allí la cuantía del perjuicio material por concepto de lucro cesante, como se pide en la demanda.

En efecto, dada la naturaleza del contrato (comercialización y venta de aguardiente) los valores que debieron ser tenidos como base para calcular el perjuicio por lucro cesante deberían corresponder al precio que la fábrica fijó para cada unidad de aguardiente en las presentaciones que se comercializarían a través de su contratista (1.5 litros, 750ml y 375ml), luego resultaba necesario calcular otros ítems que harían parte de la actividad financiera contractual entre ellos el precio de fábrica, precio oficial, precio del distribuidor, precio de venta al público, participación departamental, impuesto al consumo, IVA, así como el margen de comercialización que según el punto 4.3 de los términos de referencia se garantizaría al distribuidor, todo conforme a los términos de referencia.

Los peritos no tuvieron en cuenta esta información al momento de realizar la experticia, ni observaron los términos de referencia, ni verificaron las tablas de precios que, para la época en que se ejecutó el contrato de comercialización y venta, fijo la fábrica para su producto anisado y, en cambio, acudieron a la información puramente estadística ofrecida por el DANE para calcular el precio promedio ponderado de los aguardientes anisados con contenido de alcohol de más de 20° para la botella de 750 c.c., a nivel nacional.

Lo mismo ocurrió cuando se pretendió establecer el margen de utilidad, los porcentajes de publicidad y degustación y los márgenes de comercialización.

Así pues, el esclarecimiento del monto de la indemnización debe ser objeto de una nueva experticia dentro del trámite de liquidación de la condena, en el que se deberá calcular el valor del lucro cesante consistente en la utilidad dejada de percibir.

Atendiendo a lo anterior y en la medida en que se encuentra acreditado el perjuicio que se ha inferido a los miembros de la Unión Temporal CAESCA & LICORSA, mas no la cuantía del mismo, se emitirá una condena en abstracto, para que ante el Tribunal de primera instancia se adelante el trámite de liquidación de la condena, con estricta sujeción y observancia de lo que se pidió en la demanda en torno al reconocimiento del perjuicio material por lucro cesante (pretensión 4).

Se observará atentamente la tabla de precios fijada por la Fábrica de Licores del Tolima para el aguardiente que produjo entre julio de 2001 y diciembre de 2007, con el fin de determinar claramente precio de fábrica, precio oficial, precio del distribuidor, precio de venta al público, participación departamental y cualquier otro ítem que, conforme a los términos de referencia, hacía parte del componente financiero del contrato, para determinar así, sin dubitación alguna, la utilidad prevista para el contratista por la comercialización y venta de aguardiente en el departamento del Tolima durante el período establecido.

La cifra que resulte de la liquidación del perjuicio tendrá que actualizarse con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrán en cuenta, como índice inicial, el correspondiente a la fecha en que, hipotéticamente, terminaría el plazo de ejecución del contrato (31 de diciembre de 2007) y, como índice final, el del mes anterior a la fecha en que se resuelva

sobre el incidente de liquidación de la condena. Para hacer la actualización, se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_f = V_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde V_f es el monto actualizado de la utilidad, V_h es el valor a actualizar y los índices son los indicados en el párrafo precedente.

Sobre la suma histórica sin actualizar se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6%) anual, entre la fecha en que se debió percibir la utilidad y el mes anterior a la fecha en que se resuelva sobre el incidente de liquidación de la condena, conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C.

6.- COSTAS

No habrá lugar a condena en costas, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, de conformidad con las previsiones del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia apelada.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad de la Resolución 397 del 4 de julio de 2001 proferida por el Gerente General de la Fábrica de Licores del Tolima.

TERCERO.- DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato para la comercialización y venta de aguardiente en el departamento del Tolima, celebrado entre la Fábrica de Licores del Tolima y Representaciones Continental S.A., como producto del proceso de selección del contratista que culminó con la expedición de la resolución de adjudicación 397 del 4 de julio de 2001.

CUARTO.- CONDÉNASE en abstracto a la Fábrica de Licores del Tolima a pagar a los demandantes indemnización por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, equivalente a la utilidad económica esperada que aquellos dejaron de percibir del mencionado contrato de comercialización y venta de aguardiente.

La parte actora deberá promover el respectivo incidente de liquidación de condena ante el Tribunal de primera instancia, dentro de la oportunidad prevista por el artículo 172 del C.C.A.

QUINTO.- Sin costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA