

## **LICITACIÓN PÚBLICA – Acto Administrativo – Declaratoria desiertas – Acción procedente**

Asimismo esta Sala de Subsección en lo que atañe a la acción procedente para cuestionar el acto que declara desierta una licitación, así como lo referente a la oportunidad para intentarla, ha considerado que “si se hace un recuento de la situación vigente en la materia hasta la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, encontramos lo siguiente: frente a los actos administrativos precontractuales, de acuerdo con el caso, serían procedentes las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según la pretensión invocada por el accionante; respecto del acto de adjudicación o de declaratoria de desierta de la licitación o proceso de escogencia, la acción pertinente sería la de nulidad y restablecimiento del derecho, por así disponerlo el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, y para la declaración de desierta, la relación jurídica que se desprende del artículo 77 indicado, en concordancia con el 50 incisos 1º y final CCA, en la medida en que constituye un acto definitivo dentro del procedimiento contractual que le pone fin al proceso de selección... Con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998 la situación jurídica de los actos previos a la celebración del contrato y de las acciones pertinentes para su control la podemos reconducir en los siguientes términos: el artículo 87 CCA fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446, haciéndose claridad de que unos son los actos producidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual previa a la existencia del contrato, y otros los producidos durante la ejecución o liquidación con ocasión también de la actividad contractual. Para los primeros se indica perentoriamente que las acciones procedentes en los eventos de suscitarse algún litigio serán las de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de 30 días hábiles para ambas acciones. Los segundos continúan dentro de la regla ordinaria desarrollada por la jurisprudencia, de que su impugnación será a través de la acción contractual.” Sin embargo, el artículo 87 del código Contencioso Administrativo con la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 aclaró que una vez celebrado el contrato “la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.” Al respecto esta Corporación ha establecido que los actos administrativos que se han proferido antes de la celebración del contrato son controvertibles mediante las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual, pero debe quedar claro que la escogencia de la acción pertinente no queda al arbitrio del demandante pues 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.

## **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Fundamento – Finalidad – Seguridad jurídica**

Sobre la caducidad de la acción se sabe que éste es un fenómeno jurídico que implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones habida cuenta de que ha transcurrido el término que perentoriamente ha señalado la ley para ejercitar la correspondiente acción. La seguridad jurídica y la paz social son las razones que fundamentalmente justifican que el legislador limite desde el punto de vista temporal la posibilidad de aducir ante el juez unas concretas pretensiones y por ello se dice que la caducidad protege intereses de orden general. Los términos para que opere la caducidad están siempre señalados en la ley y las normas que los contienen son de orden público, razones por las cuales son taxativos y las partes no pueden crear término alguno de caducidad. La caducidad opera de pleno derecho, es decir que se estructura con el solo hecho de transcurrir el tiempo prefijado para ello, y por lo tanto el juez puede y debe decretarla aún de oficio cuando aparezca que ella ha operado. La caducidad produce sus efectos frente a todas las personas sin que sea admisible ninguna consideración sobre determinada calidad o condición de alguno de los sujetos que interviene en la relación jurídica o que es titular del interés que se persigue proteger mediante la respectiva acción.

Finalmente la caducidad, precisamente por ser de orden público, no puede ser renunciada, no se suspende y no se interrumpe sino en los limitados casos exceptuados en la ley. Pues bien, de todas estas características que se han mencionado emerge que una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el término prefijado en la ley.

## **LICITACIÓN PÚBLICA – Acto Administrativo – Actos definitivos**

Ahora bien, en lo que respecta a los actos administrativos que declaran desierta una licitación, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo “son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”, y, al concordar este precepto con el artículo 77 de la

Ley 80 de 1993, se entiende que el acto que declara desierta una licitación es un acto definitivo porque le pone fin al proceso de selección y por consiguiente su impugnación, como se viene diciendo, debía hacerse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y contaba con un término de caducidad de cuatro (4) meses que se contaba a partir de su notificación, comunicación o publicación, aunque, bajo la vigencia de la Ley 446 de 1998, el término de caducidad es de 30 días.

### **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Transparencia – Notificaciones**

[...] con relación al principio de publicidad, éste debe entenderse como uno de los principios que orientan la actuación administrativa, según el cual “las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código o la ley” y por lo tanto toda decisión administrativa debe ser dada a conocer para asegurar así el debido proceso en sus componentes, entre otros, de defensa y contradicción. Ahora, la publicidad también permite hacer efectivo el principio de transparencia que debe regir en las actuaciones de la Administración, en especial si se trata de su actividad contractual. Entonces, el principio de publicidad de la actividad de la administración persigue, a no dudarlo, permitir el control de las actuaciones y las decisiones de las autoridades de tal suerte que se pueda hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa.

Nótese, entonces, que la finalidad de la publicidad de las actuaciones administrativas es posibilitar que el administrado se entere de ellas para que, en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa, pueda controvertirlas si a bien lo tiene. Si ésta es entonces la razón de ser, esto es posibilitar la impugnación para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, se sigue que el derecho de contradicción y de defensa se hizo efectivo si aparece demostrado que el administrado era sabedor de lo decidido por la administración. Ser sabedor de lo decidido por la administración es tanto como estar notificado de la actuación, pero por supuesto que la notificación, para que exista certeza de su ocurrencia, requiere de una atestación que dé cuenta de ella sin lugar a dudas.

Esto se logra unas veces con la constancia que deja el funcionario encargado de surtirla manifestando que de lo resuelto fue enterado en legal forma al administrado, y en otras, cuando el mismo administrado da cuenta de que conoce materialmente la decisión que adoptó la administración, esto es cuando su conducta permite concluir que conoce el acto que debía ser comunicado, no tanto por los datos que permiten identificarlo sino fundamentalmente por su contenido. Pero además, como atrás se expresó, la notificación o comunicación es decisiva para determinar si la acción se ha ejercitado dentro del tiempo que la ley exige so pena de caducidad y es ésta la razón para que el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo pida que la demanda se acompañe “una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución”

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

**Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09733-01(33049)**

**Actor: CONSORCIO MELO ÁLVAREZ PROYECTISTAS Y OTROS**

**Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA**

## Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora<sup>1</sup> contra la sentencia del 5 de agosto de 2005<sup>2</sup> proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que resolvió negar las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Lo pretendido

El 13 de enero de 1994<sup>3</sup>, las sociedades “**Melo y Álvarez Proyectistas y Constructores Asociados Limitada**” y “**Cajigas Dávila Asociados Limitada**”, en forma individual y en representación del consorcio por ellas constituido, presentaron demanda contra el **Área Metropolitana de Bucaramanga**, para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 077 del 14 de julio de 1993, “por la cual se declara desierta la licitación pública No. 001 de 1993”, expedida por el Sr. Alcalde Metropolitano de Bucaramanga.

2.- Que se declare la nulidad de los actos administrativos que decidieron eliminar los consorcios que habían presentado propuestas, dentro de la Licitación No. 001 de 1993 y recomendar al Sr. Alcalde Metropolitano de Bucaramanga la adjudicación de la licitación, tales actos son: la decisión adoptada por la Junta Metropolitana de Bucaramanga en sesiones de fechas 20 de mayo de 1993 según consta en el acta 005; 23 y 24 de junio de 1993 según consta en el acta 006 y la del Comité Técnico de Licitaciones de fecha 20 de mayo de 1993.

3.- Que como consecuencia de las nulidades solicitadas, se declare que el consorcio conformado por las sociedades demandantes tenía derecho a que se le adjudicará la Licitación No. 001 de 1993 por parte del Área Metropolitana de

---

<sup>1</sup> Fls.658 C.P

<sup>2</sup> Fls.617-647 C.P

<sup>3</sup> Fls.4 - 21 C.1

Bucaramanga, en lo referente a la construcción del viaducto La Flora – Bucaramanga.

4.- Que a título de restablecimiento del derecho se condene al Área Metropolitana de Bucaramanga al pago de la totalidad de los perjuicios materiales causados a los demandantes con la expedición de los actos acusados, consistentes en *“el valor de lo que habrían recibido de haber ejecutado el contrato por concepto de gastos de administración, imprevistos y utilidad (A.I.U) equivalentes al veintitrés por ciento (23%) del valor total de las obras, más la actualización monetaria correspondiente y los intereses comerciales desde la fecha de la resolución hasta la sentencia definitiva”*.

5.- Que a título de restablecimiento del derecho se ordene, para efectos del registro de proponentes, tener en cuenta como obra ejecutada la construcción del viaducto La Flora – Bucaramanga, contemplada en los pliegos de condiciones de la Licitación No. 001 de 1993 abierta por el Área Metropolitana de Bucaramanga.

**2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así<sup>4</sup>:**

Mediante Resolución No. 0018 del 24 de febrero 1993 proferida por el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga se ordenó la apertura de la Licitación No. 001 de 1993, la cual tenía por objeto la construcción y pavimentación del viaducto La Flora – Bucaramanga.

En virtud de lo anterior, el 23 de abril de 1993 las sociedades “Melo y Álvarez Proyectistas y Constructores Asociados Limitada” y “Cajigas Dávila Asociados Limitada”, presentaron su propuesta dentro de los términos establecidos en el pliego de condiciones, la cual fue evaluada junto con las demás ofertas, por el Comité Técnico de Licitaciones del Área Metropolitana de Bucaramanga en mayo de 1993, que recomendó el siguiente orden de elegibilidad: (i) Consorcio Cajigas Dávila Asociados Limitada – Melo y Álvarez Proyectistas y Constructores Asociados Limitada; (ii) Consorcio Arinci Ltda – Gonzales Puyana Asociados Ltda; (iii) Otacc Ltda.y; (iv) Conconcreto S.A.

---

<sup>4</sup> Fls.5-9 C.1

Sin embargo, el mismo Comité Técnico de Licitaciones, el 20 de mayo de 1993 le recomendó al señor Alcalde de Bucaramanga como posibles adjudicatarios de la licitación en cuestión, las siguientes firmas: (i) Otacc Ltda; (ii) Beltrán Pinzón y Cia Ltda y (iii) Conconcreto S.A., descartando al “Consortio Cajigas Dávila Asociados Limitada – Melo y Álvarez” por cuanto consideró que *“el documento que contiene la voluntad de presentar conjuntamente la propuesta, debía estar suscrito y autenticado con anterioridad a la compra del pliego de condiciones y a la visita de la obra”*.

A su vez, la Junta del Área Metropolitana de Bucaramanga, en sesión celebrada el 20 de mayo de 1993, recomendó nuevamente eliminar los consorcios y definió un nuevo orden de elegibilidad, encabezado por la sociedad Beltrán Pinzón y Cia Ltda., no obstante, el Director Ejecutivo del Área Metropolitana solicitó el concepto de cuatro abogados externos a la entidad, los cuales coincidieron en afirmar que no había razones para eliminar a los consorcios.

Posteriormente, los días 23 y 24 de junio de 1993 la Junta del Área Metropolitana de Bucaramanga se reunió nuevamente y el Alcalde de dicho municipio sostuvo que él era *“autónomo en su decisión, que si poseía la competencia para hacerlo la declaratoria desierta, y que de no ser posible, la adjudicaría eliminando los consorcios”*.

Finalmente, el Alcalde del Área Metropolitana de Bucaramanga mediante Resolución de 14 de julio de 1993 decidió declarar desierta la licitación No. 001 de 1993 por cuanto consideró que *“revisando el procedimiento evaluativo de las propuestas en sus aspectos legales, técnicos y económicos, se aprecia que no fueron tenidos en cuenta en forma rigurosa los criterios de adjudicación y las ponderaciones de éstos criterios consagrados en el pliego de condiciones”*.

Al respecto los hechos de la demanda textualmente informan que, *“18º) Esta Resolución le fue comunicada a mis mandantes mediante carta No. SEAM – OJ 01041-93 de fecha 11 de agosto de 1993 y contra ella no procede ningún recurso”*.

### **3. El trámite procesal**

Admitida la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas<sup>5</sup> por cuanto consideró:

*“a) El ingeniero Ramón Álvarez Hernández, vinculado a la sociedad consorciada Melo y Álvarez Projectistas y Constructores Limitada asistió y participó en la reunión convocada por el área, en la cual se conocieron, discutieron e introdujeron correcciones al pliego de condiciones de la licitación 001 de 1993.*

*b) La propuesta del consorcio demandante se desvió de los términos de referencia del pliego, en aspectos formales relacionados con la seguridad de la información consignada en algunos ítems de la propuesta y por su exclusiva culpa introdujo factores de perturbación sobre la solidez del contrato de constitución del consorcio.*

*c) El consorcio demandante no era la mejor propuesta, integralmente considerados todos los factores de adjudicación que debían ser estimados en el procedimiento concursal.*

*Es así como el estudio del Comité Técnico, por ejemplo, no hizo evaluaciones comparativas de la capacidad técnica de las propuestas, limitándose a verificar los mínimos de la convocatoria (...).”*

El 17 de mayo de 1994, se decretó la práctica de pruebas<sup>6</sup> y concluida esta etapa, mediante auto de 16 de junio de 1999 se procedió a correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión<sup>7</sup>, oportunidad que fue aprovechada por aquellas, pero éste último no rindió su concepto.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El día 5 de agosto de 2005 el Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia de primera instancia<sup>8</sup>, en la que negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión el *A quo* manifestó:

*“(...) Para el Tribunal, cabe dentro de una razonable interpretación la decisión de impedir la participación de los consorcios, en el caso específico, al conformado por las firmas Melo Álvarez – Cajigas Dávila Asociados, por cuanto la norma señalaba que para la compra de pliegos se requiere que uno de los integrantes del consorcio los haya retirado, y solo se puede ser integrante de un consorcio si este existe, pues es parte de un todo que debe existir, de donde en una simple interpretación gramatical y lógica integrantes es quien lo integra, por ende si la norma ordena que el pliego lo compre un integrante de por sí se debió “integrar” al consorcio.*

*(...)*

---

<sup>5</sup> Fls.144-156 C.1

<sup>6</sup> Fls. 158-160 C1.

<sup>7</sup> Fl. 499 C.1.

<sup>8</sup> Fls.617-656 C.P

No es dable desprender que las propuestas pueden a la par contener errores que se reflejen en el análisis evaluativo, y así lo señala el Alcalde Metropolitano, con razones probadas; así el informe del Comité Técnico visto a los (fls. 75 a 167 cdno 2), señala que se dio un correcto análisis técnico y financiero de conformidad con el pliego de condiciones, calificando en primer lugar la propuesta presentada por el consorcio Cajigas Dávila Asociados Ltda – Melo y Álvarez Asociados Ltda., informe corroborado por la prueba pericial que señala que el análisis detallado del pliego de condiciones, de las propuestas presentadas para el grupo II de la licitación pública No. 001 -93 del Área Metropolitana de Bucaramanga, para la construcción de las obras del programa Plan Vial Metropolitana fase II permite concluir de manera clara que el informe del Comité Técnico de licitaciones de dicha entidad, fechado en mayo de 1993, fue bien elaborado y que el orden de elegibilidad consignado en su numeral 6 es correcto”, de lo cual no existe discusión alguna.

(...)

Se aduce igualmente que se incurrió en falsa motivación en tanto que si se repara en la motivación de la Resolución No. 0077 de 1993, se encuentra que son dos los motivos que tuvo la administración para declarar desierta la licitación 001 de 1993 “que hubo errores en la evaluación de las propuestas y que como consecuencia de ello éstas son inconvenientes”.

(...)

La decisión es coherente con la motivación, se basó en el concepto emitido por el Comité Técnico, existieron vicios del procedimiento evaluativo, y en esta etapa no tenía interés alguno la demandante dado que ya había sido excluida, sin que tenga relevancia el hecho de haber sido analizada su propuesta por la Junta Metropolitana.

Respecto a que se transgredió el artículo 33 del Acuerdo Metropolitano No. 062 de 1991 toda vez que “no se eliminaron las propuestas cuyos oferentes en alguna forma participaron en la elaboración de los pliegos de condiciones” no es válido, no existe prueba que en ello hubiesen participado oferentes, lo que da lugar al rechazo de la propuesta es la intervención en estudios o proyectos de la obra respectiva o participación en la elaboración de los diseños o pliegos de condiciones, conductas estas que no se observan realizadas por los integrantes del consorcio demandante.

Pero era mejor para la entidad y la ciudadanía clausurar sin adjudicación un proceso en el cual confluían tantas irregularidades, la eventual participación de miembros de la Sociedad Santandereana de Ingenieros (S.S.I) en las Juntas Metropolitanas de 20 de mayo de 1993, acta No. 005 y de 23 de junio de 1993 (fls. 41 a 95 cdno uno), y que eran componentes de las firmas proponentes (asistió el ing. Ramón Álvarez representante legal de Melo y Álvarez, si bien no fue a título personal sino como miembro de la Sociedad Santandereana de Ingenieros, no le cambia la posición de privilegio frente a otros oferentes), se dieron privilegios que riñen con claridad y transparencia al poder intervenir y opinar sobre aspectos del pliego, así no participarán en su elaboración.

En conclusión; (sic) no existieron procedimientos erróneos, falsa motivación o desviación de poder en la decisión tomada por el Alcalde metropolitano, y por ende se denegarán las pretensiones de la demanda”.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 24 de agosto de 2005, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación<sup>9</sup> que fue sustentado mediante escrito radicado el 26 de marzo de

---

<sup>9</sup> Fls.658 C.P

2007<sup>10</sup>, mediante el cual solicitó que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su solicitud, la parte actora manifestó que:

1.- De la lectura del numeral 2.6 de los pliegos de condiciones se desprende que se permitía *“la participación de los consorcios como proponentes o participes dentro del proceso licitatorio, siempre que ellos cumplan con los requisitos que allí se establecen, documento escrito reconocido ante Notario, con un representante que deberá ser miembro o representante de cualquiera de los consorciados, con responsabilidad solidaria y mancomunada”*.

En consecuencia, adujo el apelante que *“bastaba con el que una persona que fuera parte del consorcio, independientemente del momento de su existencia, (sic) retirara los pliegos, la exigencia de los apartes señalados, se limitó a que para su participación era necesaria la prueba de la existencia y representación del consorcio”*.

En este orden de ideas, consideró que la interpretación que hizo el Alcalde y que corroboró el *A quo* del numeral 2.6 del pliego de condiciones, era equivocada y *“existe nulidad del acto controvertido, porque se excluyó de manera totalmente arbitraria a mi mandante dentro del proceso de contratación de la licitación y como consecuencia se le debe establecer el derecho que se le violentó”*.

2.- El documento de constitución del consorcio carece de la fecha de suscripción, es decir, que *“el consorcio existe desde el momento mismo en que los consorciados deciden participar, independientemente de las fechas de la diligencia de reconocimiento notarial de las firmas y su contenido, pues en su texto puede apreciarse que el objeto del mismo era la participación en dicha licitación”*.

3.- Contrario a lo manifestado por el Tribunal de Primera Instancia, considera el apelante que la decisión de declarar desierta la licitación, no es potestativa, sino que es reglada, puesto que el proceso de contratación administrativa está sujeto a señalamientos claros y precisos consagrados en la ley y a los principios legales establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

---

<sup>10</sup> Fls.687-691 C.P

4.- El A quo incurrió en el error de concluir que el consorcio fue excluido del proceso de licitación por cuanto:

*“(...) no había cumplido con el requisito de su celebración antes de la compra del pliego por uno de los integrantes, no valía la decisión del Comité Técnico de Evaluación ni el orden de elegibilidad, porque la exclusión había sido en derecho.*

*Evidentemente esto no es cierto, mi mandante constituyó el consorcio de acuerdo con lo reglado en los pliegos de la licitación y su exclusión no obedeció a razones legales sino a razones distintas, entre ellas impedir la adjudicación al Consorcio que para entonces se encontraba en el primer puesto en el orden de elegibilidad.*

*La declaratoria de la licitación como desierta obedeció a razones distintas del interés público y eso se halla probado dentro del proceso, es más el mismo Tribunal acepta que el informe del Comité Técnico fue bien elaborado y que el orden de elegibilidad consignado en su numeral 6º es correcto de lo cual no existe discusión alguna y admite como válido el peritaje practicado como prueba que en esta parte es acogida. Como puede entonces entenderse que la simple voluntad del Alcalde pueda terminar con un proceso sin tener las facultades para hacerlo y que el juzgador se escude en la presunción de legalidad para determinar la legitimidad del acto de terminación?.*

#### **IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

En consideración a que el expediente entró al Despacho Ponente para elaboración del fallo el 17 de agosto de 2007<sup>11</sup> (se encuentra dentro del turno) y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

#### **V. CONSIDERACIONES**

1.- Por averiguado se tiene que es deber del juez, en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda<sup>12</sup> extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.

Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la *causa petendi* y los razonamientos jurídicos de manera

---

<sup>11</sup> Fls.714 C.P

<sup>12</sup> Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de agosto de 2011 (20144) y 13 de febrero de 2013 (24612).

armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración<sup>13</sup>, eso sí, sin desquiciar los ejes basales de la misma demanda<sup>14</sup>.

Siendo esto así, de la lectura integral del libelo demandatorio, particularmente la *causa petendi*<sup>15</sup> y los fundamentos jurídicos<sup>16</sup> en el *sub judice* se verifica que, pese a que la demanda dijo acudir a la acción de controversias contractuales, lo verdaderamente pretendido por los accionantes es la nulidad de una serie de actos administrativos y el restablecimiento de su derecho, en razón a lo cual el trámite no puede ser otro que el correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Al respecto, también vale la pena señalar que la Resolución No. 077 del 14 de julio de 1993, expedida por el Alcalde Municipal de Bucaramanga, mediante la cual declaró desierta la Licitación Pública No. 001 de 1993, **ostenta la calidad de acto pre-contractual.**

3. Asimismo esta Sala de Subsección en lo que atañe a la **acción procedente** para cuestionar el acto que declara desierta una licitación, así como lo referente a la oportunidad para intentarla, ha considerado que

*“si se hace un recuento de la situación vigente en la materia hasta la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, encontramos lo siguiente: frente a los actos administrativos precontractuales, de acuerdo con el caso, serían procedentes las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según la pretensión invocada por el accionante; respecto del acto de adjudicación o de declaratoria de desierta de la licitación o proceso de escogencia, la acción pertinente sería la de nulidad y restablecimiento del derecho, por así disponerlo el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, y para la declaración de desierta, la relación jurídica que se desprende del artículo 77 indicado, en concordancia con el 50 incisos 1º y final CCA, en la medida en que constituye un acto definitivo dentro del procedimiento contractual que le pone fin al proceso de selección... Con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998 la situación jurídica de los actos previos a la celebración del contrato y de las acciones pertinentes para su control la podemos reconducir en los siguientes términos: el artículo 87 CCA fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446, haciéndose claridad de que unos son los actos producidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual previa a la existencia del contrato, y otros los producidos durante la ejecución o liquidación con ocasión también de la actividad contractual. Para los*

---

<sup>13</sup> Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436.

<sup>14</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 16 de marzo de 2015, Exp. 31.429, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>15</sup> Cfr. Fls 20-22, c1

<sup>16</sup> Donde el actor se refiere a la teoría del enriquecimiento sin causa. Cfr. Fls 22-25, c1.

*primeros se indica perentoriamente que las acciones procedentes en los eventos de suscitarse algún litigio serán las de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de 30 días hábiles para ambas acciones. Los segundos continúan dentro de la regla ordinaria desarrollada por la jurisprudencia, de que su impugnación será a través de la acción contractual.”<sup>17</sup>*

Sin embargo, el artículo 87 del código Contencioso Administrativo con la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 aclaró que una vez celebrado el contrato *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”*<sup>18</sup>

Al respecto esta Corporación ha establecido que los actos administrativos que se han proferido antes de la celebración del contrato son controvertibles mediante las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual, pero debe quedar claro que la escogencia de la acción pertinente no queda al arbitrio del demandante pues 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<sup>19</sup>.

Asimismo, 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 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”<sup>20</sup>.*

---

<sup>17</sup> J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Contencioso administrativo*. t. III, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 251-252.

<sup>18</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, sentencias de 28 de marzo y 7 de junio de 2012, Exps. 21.669 y 22.341 (respectivamente), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 14 de mayo de 2014. Exp.: 30681

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.

4. Sin embargo, en lo que respecta al acto administrativo que declara desierta la licitación, cuya acción pertinente para debatir su legalidad es “la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, **el término de caducidad** antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, era el de cuatro meses que consagraba el inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, hoy numeral 2º del mismo artículo de esa misma codificación.<sup>21</sup>

En conclusión, con relación al acto que declara desierto el proceso de licitación la Sala ha considerado que la acción a incoar es la de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>22-23</sup>, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo<sup>24</sup> y que el término para demandarlo, es el previsto en el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece:

*“Artículo 136.- Caducidad de las acciones.*

*(...)*

*2. La de restablecimiento del derecho caducara al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.*

5. Sobre **la caducidad de la acción** se sabe que éste es un fenómeno jurídico que implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones habida cuenta de que ha transcurrido el término que perentoriamente ha señalado la ley para ejercitar la correspondiente acción.

La seguridad jurídica y la paz social son las razones que fundamentalmente justifican que el legislador limite desde el punto de vista temporal la posibilidad de aducir ante el juez unas concretas pretensiones y por ello se dice que la caducidad protege intereses de orden general.

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. 21.669, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006. Exp.: 16.041: “Es pertinente advertir, que lo expuesto, no opera para los actos de la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, porque en tal evento, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que no se trata de un acto precontractual, toda vez que no da lugar a la celebración de un contrato, razón por la que el término para demandar estos actos, es aquel previsto en el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 98 de la Ley 446 de 1998, de conformidad con el cual el término para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto”.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 14 de agosto de 2003. C.P. Exp.: 22848.

<sup>24</sup> Artículo 85.- Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Modificado. Decreto 2304 de 1989, art. 15. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho: también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal (o de otra clase), o la devolución de lo que pagó indebidamente.

Los términos para que opere la caducidad están siempre señalados en la ley y las normas que los contienen son de orden público, razones por las cuales son taxativos y las partes no pueden crear término alguno de caducidad.

La caducidad opera de pleno derecho, es decir que se estructura con el solo hecho de transcurrir el tiempo prefijado para ello, y por lo tanto el juez puede y debe decretarla aún de oficio cuando aparezca que ella ha operado.

La caducidad produce sus efectos frente a todas las personas sin que sea admisible ninguna consideración sobre determinada calidad o condición de alguno de los sujetos que interviene en la relación jurídica o que es titular del interés que se persigue proteger mediante la respectiva acción.

Finalmente la caducidad, precisamente por ser de orden público, no puede ser renunciada, no se suspende y no se interrumpe sino en los limitados casos exceptuados en la ley.

Pues bien, de todas estas características que se han mencionado emerge que una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el término prefijado en la ley.

**6.** Ahora bien, en lo que respecta a **los actos administrativos<sup>25</sup> que declaran desierta una licitación**, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo **“son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”**, y, al concordar este precepto con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, se entiende que el acto que declara desierta una licitación es un acto definitivo porque le pone fin al proceso de selección y por consiguiente su impugnación, como se viene diciendo, debía hacerse mediante la acción de

---

<sup>25</sup> Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente 21.578. *“la actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.”*

nulidad y restablecimiento del derecho y contaba con un término de caducidad de cuatro (4) meses que se contaba a partir de su notificación, comunicación o publicación<sup>26</sup>, aunque, bajo la vigencia de la Ley 446 de 1998<sup>27</sup>, el término de caducidad es de 30 días<sup>28</sup>.

7. Asimismo, con relación al **principio de publicidad**, éste debe entenderse como uno de los principios que orientan la actuación administrativa<sup>29</sup>, según el cual *“las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código o la ley”*<sup>30</sup> y por lo tanto toda decisión administrativa debe ser dada a conocer para asegurar así el debido proceso en sus componentes, entre otros, de defensa y contradicción.

Ahora, la publicidad también permite hacer efectivo el principio de transparencia que debe regir en las actuaciones de la Administración, en especial si se trata de su actividad contractual<sup>31</sup>

Entonces, el principio de publicidad de la actividad de la administración persigue, a no dudarlo, permitir el control de las actuaciones y las decisiones de las autoridades de tal suerte que se pueda hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, tal como lo expresó el Consejo de Estado al señalar, en relación con los actos individuales, que:

*“la notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa, toda vez que por medio de ella se coloca al administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. También es importante la notificación para determinar el surgimiento o la extinción de otros derechos diferentes al directamente relacionado con la decisión gubernamental, como son precisamente los derechos de acción, cuyo ejercicio puede estar restringido en el tiempo...”*<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2011, Exp. 18.116, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>27</sup> La Ley 446 de 1998 entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año puesto que de acuerdo con su artículo 163 ella entraría a regir a partir de su publicación y ésta se hizo en el Diario Oficial No. 43.335 de aquella fecha.

<sup>28</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, sentencia de 7 de junio de 2012, Exp. 22.341, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>29</sup> Artículo 209 de la Constitución política.

<sup>30</sup> Inciso 7º del artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

<sup>31</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2011, Exp. 18.116, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de mayo 4 de 1990, expediente 2286.

Nótese, entonces, que la finalidad de la publicidad de las actuaciones administrativas es posibilitar que el administrado se entere de ellas para que, en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa, pueda controvertirlas si a bien lo tiene.

Si ésta es entonces la razón de ser, esto es posibilitar la impugnación para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, se sigue que el derecho de contradicción y de defensa se hizo efectivo si aparece demostrado que el administrado era sabedor de lo decidido por la administración.

Ser sabedor de lo decidido por la administración es tanto como estar notificado de la actuación, pero por supuesto que la notificación, para que exista certeza de su ocurrencia, requiere de una atestación que dé cuenta de ella sin lugar a dudas.

Esto se logra unas veces con la constancia que deja el funcionario encargado de surtirla manifestando que de lo resuelto fue enterado en legal forma al administrado, y en otras, cuando el mismo administrado da cuenta de que conoce materialmente la decisión que adoptó la administración, esto es cuando su conducta permite concluir que conoce el acto que debía ser comunicado, no tanto por los datos que permiten identificarlo sino fundamentalmente por su contenido.

Pero además, como atrás se expresó, la notificación o comunicación es decisiva para determinar si la acción se ha ejercitado dentro del tiempo que la ley exige so pena de caducidad y es ésta la razón para que el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo pida que la demanda se acompañe *“una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución”*

8. Así las cosas, la Sala concreta que para la época en la que se adelantó el proceso de licitación, esto es 1993 y se presentó la demanda – 13 de enero de 1994 –, **la norma que regulaba el término de caducidad de las acciones era la contenida en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989** y, en virtud de la naturaleza del acto que hoy se demanda (acto administrativo de carácter definitivo) la acción correspondiente es la de nulidad y restablecimiento del derecho que estaba sometida al término de caducidad de cuatro meses (arts. 84 y 136 -inc. 4°- C.C.A.,

mods. arts. 14 y 23 dec. ley 2.304 de 1989)<sup>33</sup>, contabilizados desde la fecha en que la parte actora tuvo conocimiento del contenido del acto, a través de los medios de publicidad ofrecidos por la entidad demandada.

9. Bajo estos parámetros se decidirá el **caso en concreto**, donde el acto administrativo que se impugna es la Resolución No. 0077 de 14 de julio de 1993, proferida por el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga, mediante la cual declaró desierta la licitación pública No. 001 de 1993<sup>34</sup>, cuyo pliego de condiciones se diseñó con el objeto de adjudicar la construcción y pavimentación del viaducto La Flora<sup>35</sup>, en el área metropolitana de la mencionada municipalidad, y dentro de la cual, el 23 de abril de 1993, presentaron propuesta el Consorcio Melo y Álvarez Ltda., y Cajigas Dávila Asociados Ltda<sup>36</sup>, aquí demandantes.

Sin embargo, la demanda que dio origen a este proceso se instauró el 13 de enero de 1994, esto es, antes de entrar en vigencia la Ley 446 de 1998 toda vez que ésta entró a regir el 8 de julio de este último año, de manera que se reitera que el término de caducidad que por entonces regía era el de cuatro meses (4) y no el de 30 días que luego fijó la citada Ley 446 de 1998, por lo que ésta última no puede ser aplicada, porque, en primer lugar, se le estaría dando un efecto retroactivo pues vulneraría el derecho que había adquirido el contratista bajo el imperio de la ley anterior consistente en poder demandar dentro del término de cuatro meses la legalidad del acto y, en segundo lugar, porque si bien las leyes concernientes a la ritualidad y sustanciación de los juicios prevalecen sobre las anteriores, cuando entró a regir la nueva ley el término anterior de caducidad ya había empezado a correr lo que hizo que se rigiera por la ley vigente al tiempo de su iniciación, tal como dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Ahora bien, el interrogante que se abre paso consiste en establecer si la demanda se presentó oportunamente, frente a lo cual se requiere tener en cuenta que el acto administrativo cuya nulidad se pretende se produjo el 14 de julio de 1993, pero sólo fue comunicado al Consorcio demandante y a sus integrantes hasta el 11 de agosto del mismo año, como bien lo informó el acápite de hechos del escrito de demanda y lo ratificó la copia que de dicha comunicación obra en el plenario,

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de junio de 2000. Exp.: 16.002. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010. Exp.: 19.056.

<sup>34</sup> Fls.8-9 y 11-12 C.2ª

<sup>35</sup> Cuaderno 3 y cuaderno 16.

<sup>36</sup> Cuaderno 2 y cuaderno 19

en la cual se observa que, como se dijo, el 11 de agosto de 1993, el Secretario Ejecutivo del Área Metropolitana de Bucaramanga, se dirigió al “Consortio Cajigas Davila Asociados Ltda – Melo y Álvarez Asociados Ltda”, para entregarle una copia de la Resolución 077 de 1993 y devolverle la garantía de seriedad de la oferta por él presentada, documento en el que consta el recibido por la sociedad Cajigas Davila Asociados Ltda, miembro del consorcio demandante.

Así las cosas, en el caso concreto el término de caducidad sólo puede contabilizarse desde la fecha en que la Resolución cuya legalidad se demanda fue comunicada a los demandantes, es decir desde el 11 de agosto de 1993.

De manera que los 4 meses legalmente establecidos para que se produjera el fenómeno de la caducidad se verificaron el sábado 11 de diciembre de 1993, día no hábil, situación por lo cual la fecha máxima para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 077 de 14 de julio de 1993, venció el día 13 de diciembre de 1993.

Visto lo anterior, en consideración a que la demanda fue presentada el día 13 de enero de 1994, la Sala de Subsección declarará que operó el fenómeno de la caducidad y negará las pretensiones de la demanda.

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**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 5 de agosto de 2005, y en su lugar dispone:

**PRIMERO:** declarar que operó el fenómeno de la **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
**Presidente**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Magistrado**