



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 88001233300020170000301 (63.430)
Demandante: Compañía de Vigilancia COVISUR de Colombia Ltda. y Cooperativa Autónoma de Seguridad C.T.A. – integrantes de la unión temporal CC SAI-
Demandado: Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Medio de control: Controversias Contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia – Ley 1437 de 2011

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El objeto de la controversia, regida bajo la normativa del CPACA, tiene por fin determinar si procede la nulidad absoluta de un contrato de prestación de servicios, derivado de la declaratoria de nulidad de su acto de adjudicación y el consecuente restablecimiento del derecho de la parte demandante, quien considera que presentó la mejor propuesta en el proceso de selección. El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones, señalando que el departamento accionado desconoció lo prescrito en el pliego de condiciones, al otorgar un puntaje que no le correspondía a la propuesta de la sociedad adjudicataria.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Se trata de la decisión proferida el 13 de diciembre de 2018, en la que el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina adoptó las siguientes determinaciones (se transcribe conforme obra):

“PRIMERO: DECLÁRASE fundado el impedimento expresado por el H. Magistrado Dr. José María Mow Herrera, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

“SEGUNDO: DECLÁRASE probada la excepción de caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de

adjudicación contenido en la Resolución No. 001988 del 01 de junio de 2016, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

“TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 001988 del 01 de junio de 2016, por medio de la cual se adjudicó el proceso de licitación pública No. 006 de 2016, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

“CUARTO: DECLÁRASE la nulidad absoluta del Contrato No. 822 de 2016, suscrito entre el Departamento Archipiélago de San Andrés., Providencia y Santa Catalina y Su Oportuno Servicio Ltda., según lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

“QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

“SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda”¹

El anterior proveído resolvió la demanda cuyas (i) pretensiones, (ii) hechos principales y (iii) fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

2. El 18 de enero de 2017², la Compañía de Vigilancia Covisur de Colombia Ltda. –en adelante COVISUR– y la Cooperativa Autónoma de Seguridad C.T.A. COAUTONOMA C.T.A. –en adelante COAUTONOMA–, en calidad de integrantes de la unión temporal CC SAI, presentaron demanda, por intermedio de apoderado judicial³, contra el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –en adelante el departamento–, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe literal, incluyendo eventuales errores):

“1. Se declare que la propuesta de la UNIÓN TEMPORAL CC SAI, (...) se constituye en la mejor oferta presentada en la licitación pública No. 06 de 2016, tramitada por el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

“2. Se declare que la propuesta de la UNIÓN TEMPORAL CC SAI, objetivamente, debió haber sido la adjudicataria del contrato, por haber cumplido los requisitos habilitantes y obtenido el mayor puntaje en los criterios ponderables conforme a los pliegos de condiciones.

“3. Se declare la NULIDAD del contrato No. 822 suscrito el 13 de junio de 2016 entre el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA y la empresa SU OPORTUNO SERVICIO LTDA.

“4. Se declare la nulidad del acto de administrativo de adjudicación de la licitación pública No. 06 de 2016, acto administrativo precontractual.

“5. Se declare la NULIDAD de la Resolución No. 01988 de junio 01 de 2016, mediante la cual se adjudica a la empresa SU OPORTUNO SERVICIO

¹ Folio 507 del cuaderno principal.

² Folio 118 del cuaderno 1.

³ Folios 29 a 31 del cuaderno 1.

LTDA. el contrato correspondiente a la licitación No. 006 de 2016, acto administrativo precontractual.

“6. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene el Restablecimiento del Derecho a las DEMANDANTES: COMPAÑÍA DE VIGILANCIA COVISUR DE COLOMBIA LTDA. – COVISUR COLOMBIA LTDA. y de la COOPERATIVA AUTÓNOMA DE SEGURIDAD C.T.A. – COAUTÓNOMA C.T.A., empresas integrantes de la UNIÓN TEMPORAL CC SAI.

“7. Se condene a la Demandada al pago, a favor de las Demandantes, de la suma de Trescientos Noventa y Siete Millones Ciento Setenta Mil Novecientos Diez Pesos M/cte (\$397'170.910), o a la suma que se determine en el proceso, por concepto de restablecimiento del derecho, por causa y con ocasión de la indebida adjudicación de la licitación No. 06 de 2016.

“8. Se condene a la DEMANDADA al pago de los perjuicios causados a las Demandantes por causa de la no adjudicación del contrato y los gastos en que ha incurrido para defender sus derechos y agotar el requisito de procedibilidad para instaurar la demanda, por la suma de Siete Millones Cuatrocientos Noventa y un mil Doscientos Sesenta Pesos M/Cte (\$7'491.260), o la que determine el Despacho.

“9. Sírvase señor Juez CONDENAR a la Demandada al pago de intereses moratorios.

“10. Sírvase señor Juez CONDENAR a la Demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con esta actuación.

“11. Se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA”⁴.

Hechos principales

3. Como supuestos de hecho, adujo la actora que el departamento adelantó la licitación pública No. 06 de 2016, cuyo objeto era la contratación de los servicios de vigilancia con medio humano, arma de fuego y equipo de comunicaciones, sin canino, en los inmuebles de dicha entidad territorial.

4. La aludida licitación pública cerró el 16 de mayo de 2016, con dos ofrecimientos presentados, el de la unión temporal CC SAI y el de la empresa Su Oportuno Servicio Ltda. El 20 de mayo siguiente, la entidad publicó el informe de evaluación, en el que solo habilitó a esta última sociedad, comoquiera que la propuesta de la unión temporal CC SAI fue calificada como no hábil, por el aspecto jurídico.

5. Señaló que la unión temporal CC SAI formuló varias observaciones al anterior informe, en virtud de las cuales puso de presente a la Administración las deficiencias en la evaluación de la oferta presentada por Su Oportuno Servicio Ltda.; no obstante, afirmó, que el departamento no dio respuesta de fondo a sus reparos.

⁴ Folios 2 y 3 del cuaderno 1.

6. Igualmente, adujo que el Gobernador del departamento estaba inhabilitado para conocer y decidir el proceso de selección, dado que, antes de ser elegido en dicho cargo, era el representante legal de la sociedad Productora de Energía de San Andrés y Providencia S.A. E.S.P., en la que dos de los miembros de la junta directiva son, a su vez, socios de Su Oportuno Servicio Ltda.

7. Afirmó que, pese a las advertidas inconsistencias, mediante la Resolución 1988 del 1 de junio de 2016, el departamento adjudicó la licitación pública No. 06 de 2016 a Su Oportuno Servicio Ltda. Posteriormente, el 13 de junio de ese mismo año, fue suscrito el respectivo contrato de prestación de servicios 822 de 2016.

Fundamentos de derecho

8. La parte actora aseveró que se desconocieron las Leyes 47 y 80 de 1993, 915 de 2004 y 1150 de 2007, así como los Decretos 19 de 2012 y 1082 de 2015. Concretó el alcance de su argumentación, en los siguientes términos:

9. Conforme con el numeral 2.6.3.6. del pliego de condiciones, el proponente debía anexar el salvoconducto de las 41 armas requeridas; sin embargo, Su Oportuno Servicio Ltda. sólo aportó dicho documento respecto de 39 armas, razón por la cual su propuesta debió ser rechazada, toda vez que se configuró la causal prevista en el numeral 3.10.13 del pliego de condiciones, que prescribía que debían rechazarse las ofertas que omitieran la inclusión de información o de los documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas.

10. Igualmente, señaló que Su Oportuno Servicio Ltda. incumplió el pliego de condiciones, en lo referente a: (i) la certificación del número total de personas requeridas para prestar el servicio, puesto que, en aplicación de la jornada laboral, se requerían 90 guardas como mínimo para el cumplimiento del contrato y la sociedad adjudicataria sólo ofreció la labor de 68 guardas –numeral 2.6.3.7.-; (ii) su propuesta económica contenía el cobro de 7 turnos por debajo de la tarifa mínima regulada por la Superintendencia de Vigilancia, lo cual configuró la causal de rechazo de que trata el numeral 3.10.4; y, (iii) se le asignaron indebidamente 100 puntos por equipos de comunicación, dado que el pliego exigía la oferta de “celulares y/o avanteles” y la referida sociedad ofreció únicamente 60 radios portátiles análogos.

11. A su vez, sostuvo que la entidad desconoció las normas sobre control poblacional en la isla, al aceptar la propuesta de Su Oportuno Servicio Ltda. cuando su Administrador no tenía la tarjeta expedida por la Oficina de Control, Circulación y Residencia –OCCRE–, requisito necesario para trabajar de forma permanente en el departamento.

12. Manifestó que la resolución de adjudicación de la licitación pública No. 06 de 2016 adolece de falsa motivación, toda vez que se demostró que la propuesta de la adjudicataria no era la mejor para la Administración.

13. Adicionalmente, indicó que el acto administrativo enjuiciado fue proferido con desviación de poder, toda vez que los funcionarios competentes actuaron de forma arbitraria, al (i) desconocer las observaciones presentadas por la unión temporal CC SAI, (ii) modificar el numeral 3.2.4. sobre la tarjeta de circulación OCCRE mediante la Adenda 1, en contravía del Decreto Ley 2762 de 1991, (iii) no responder la petición de revocatoria directa del acto de adjudicación, y (iv) no publicar de forma oportuna en el SECOP las actuaciones administrativas y el contrato.

Contestación de la demanda

14. Mediante auto del 7 de febrero de 2017⁵, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la demanda, y ordenó, tanto la vinculación de Su Oportuno Servicio Ltda. como litisconsorte necesario por pasiva, como la notificación de dicha decisión a la entidad demandada, al litisconsorte necesario, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

15. La entidad demandada se opuso a las pretensiones formuladas y señaló que no es cierto que el pliego de condiciones subordinó la escogencia del contratista al porte de la tarjeta OCCRE de los supervisores a contratar, pues lo que establecieron las reglas precontractuales es la aplicación del Decreto 2762 de 1991, el cual, además de determinar los derechos de residencia y circulación en la isla, fija las condiciones para el trabajo temporal, de manera que esta tarjeta *“no es la única forma de trabajar legalmente en el Archipiélago, pues existen otras figuras como el permiso temporal de trabajo”*⁶.

16. Manifestó que no es cierto que no se hubiere dado respuesta a las observaciones presentadas por la unión temporal CC SAI, toda vez que esto sí aconteció; precisó que la sola formulación de un cuestionamiento no obliga a la entidad a aceptarlo, pues ésta se encuentra en la obligación de valorarlo y de decidir, bajo su criterio, si lo comparte o no.

17. Sostuvo que no se configuró una falsa motivación de la resolución debatida, toda vez que ésta se fundó en la información aportada por Su Oportuno Servicio Ltda., la cual se presume veraz hasta la existencia de una decisión penal que decida lo contrario.

18. Asimismo, adujo que tampoco se configuró una desviación de poder, comoquiera que (i) la tarjeta OCCRE es una medida preferencial pero no excluyente de participación de los raizales y residentes en los procesos de contratación, (ii) Su Oportuno Servicio Ltda. acreditó tener una agencia en la isla, cuyo administrador es poseedor de la tarjeta de residencia y circulación, (iii) la entidad cumplió con el deber de publicidad del proceso de selección, (iv) no se configuró alguna de las causales de que trata el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, que daban cabida a la configuración de un conflicto de intereses respecto

⁵ Folios 120 a 122 del cuaderno 1.

⁶ Folio 147 del cuaderno 1.

del Gobernador del departamento y (v) la propuesta de la sociedad adjudicataria era la mejor, puesto que cumplió con todas las condiciones fijadas en el pliego de condiciones.

19. Por último, propuso las excepciones de: (i) *caducidad de la acción*, por cuanto el plazo para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho venció en octubre de 2016 y la demanda se interpuso en enero de 2017 y (ii) *falta de legitimación por activa*, toda vez que la unión temporal CC SAI, al no ser parte del contrato 822 de 2016, no ostenta interés directo para pedir la nulidad del mismo.

20. Su Oportuno Servicio Ltda. no contestó la demanda.

Fundamentos de la providencia recurrida

21. En la sentencia de primer grado⁷, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

22. Indicó que se configuró la caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho de la Resolución 1988 del 1 de junio de 2016, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública 06 de 2016, dado que el término de 4 meses, de que trata el artículo 164 del CPACA, se cumplió el 10 de enero de 2017 y la demanda se instauró hasta el 18 de ese mes y año.

23. A su vez, estudió de fondo los reproches esgrimidos contra el acto de adjudicación, en virtud de lo cual coligió que: (i) no hubo incumplimiento del armamento y del personal mínimo requerido en las reglas precontractuales por parte del proponente adjudicatario; y, (ii) el departamento calificó de forma errada la propuesta de Su Oportuno Servicio Ltda., dado que no demostró la existencia de una sucursal o agencia en dicha entidad territorial, a través de autorización expedida por la Superintendencia de Vigilancia, de conformidad con lo prescrito en el Decreto 356 de 1994 y el pliego de condiciones, y tampoco acreditó que el representante o administrador de dicha agencia o sucursal tuviere la tarjeta de residencia OCCRE, razón por la cual consideró que se configuró una falsa motivación del acto de adjudicación, constitutiva de la causal de nulidad del contrato estatal de que trata el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

24. Por lo anterior, declaró la nulidad tanto de la resolución de adjudicación como del aludido contrato estatal; sin embargo, no accedió a las peticiones de restablecimiento formuladas, comoquiera que se configuró la caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

II. LOS RECURSOS INTERPUESTOS

Síntesis de los recursos de apelación:

⁷ Folios 486 a 508 del cuaderno principal.

- El formulado por la entidad demandada

25. El departamento elevó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, con el fin de que ésta sea revocada en su integridad, dado que la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho está caducada.

- El presentado por la parte actora

26. Por su parte, los demandantes manifestaron que la sentencia debatida es incongruente, puesto que la acción formulada es la de controversias contractuales y no la de nulidad y restablecimiento del derecho. En esa medida, no se configuró el aludido fenómeno procesal de la caducidad, por cuanto la demanda se instauró dentro de los dos años previstos en la ley.

27. En adición a lo anterior, volvió sobre los reparos de fondo esbozados contra la evaluación del proponente adjudicatario, en los términos que esgrimió desde la primera instancia.

28. Igualmente, sostuvo que sí procede el restablecimiento de los perjuicios solicitados, toda vez que la unión temporal CC SAI presentó el mejor ofrecimiento y, además, el medio de control ejercido fue el de controversias contractuales y no el de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual facultaba a los actores a pedir tanto la nulidad del contrato estatal como la indemnización de los perjuicios que les fueron ocasionados; además, la demanda fue presentada dentro de los dos años previstos en la ley para la formulación del medio de control de controversias contractuales.

Trámite en segunda instancia

29. El 4 de febrero de 2019, el Tribunal de primera instancia concedió los recursos de apelación⁸, los cuales fueron admitidos el 16 de septiembre de ese mismo año por esta Corporación⁹; luego, el 28 de octubre siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁰.

30. La actora reiteró los argumentos que esgrimió en su alzada e indicó que quien fue Gobernador del departamento accionado, para la época de los hechos de que trata el *sub examine*, suscribió un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación por los delitos que cometió en ejercicio de dicho cargo, entre ellos, el ser autor del punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales respecto del contrato 822 de 2016 suscrito entre Su Oportuno Servicio Ltda. y el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dado que participó en la calificación de las propuestas del proceso de selección que dio cabida a la celebración de dicho negocio jurídico, sin ser parte del Comité Evaluador y sin haber declarado su impedimento, por haber laborado durante 16 años en la Sociedad Productora de

⁸ Folio 524 del cuaderno principal.

⁹ Folio 536 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 539 del cuaderno principal.

Energía de San Andrés y Providencia S.A. E.S.P., empresa de la cual era socio el representante legal de Su Oportuno Servicio Ltda.

Por su parte, la entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

31. Mediante auto del 22 de noviembre de 2021, esta Sala, de oficio: (i) tuvo como prueba la providencia del 18 de septiembre de 2019 proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la radicación 00124, aportada por la parte demandante con sus alegatos de conclusión de segunda instancia; (ii) ordenó la incorporación como prueba documental de la sentencia del 2 de octubre de 2019, proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, también dentro del radicado 00124 y (iii) dispuso el traslado de los anteriores medios probatorios decretados por un término común de cinco (5) días a los sujetos procesales.

El anterior proveído fue notificado electrónicamente a las partes el 25 de noviembre de 2021. Asimismo, el traslado común de cinco días corrió del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2021, según el informe secretarial suscrito el 17 de enero de 2022, término en el cual ninguno de los sujetos procesales se pronunció.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

32. Conforme con los argumentos planteados en los recursos de apelación, la Sala se propone estudiar, en primer lugar, si se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad respecto de las pretensiones formuladas y, de ser afirmativo ese cuestionamiento, analizar si, en todo caso, es procedente el examen de la evaluación de las propuestas de la licitación pública No. 06 de 2016, para advertir si se desconoció o no el pliego de condiciones y si se presentaron los defectos de fondo aludidos por la parte actora, tal como lo realizó y concluyó el *a quo*.

Motivación de la sentencia

(i) Contabilización del plazo de caducidad respecto de las pretensiones acumuladas en el sub lite

33. Como se advirtió párrafos atrás, en el presente caso la actora acumuló las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales, dado que formuló las referentes (i) a la petición de declaratoria de nulidad de la Resolución de adjudicación 1988 del 1 de junio de 2016 y su respectivo restablecimiento y (ii) la relativa a la solicitud de nulidad absoluta del contrato 822 de 2016.

34. En esa medida, le corresponde a la Sala verificar que se cumplan los presupuestos que establece el artículo 165 del CPACA¹¹, que dan cabida a la acumulación de las mismas, a saber: 1) que sean conexas, 2) que el juez sea competente para conocer todas las pretensiones, 3) que éstas no se excluyan entre sí, excepto si se proponen como principales y subsidiarias, 4) que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas, y, 5) que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

En virtud de la anterior figura, resulta procedente acumular diferentes clases de pretensiones, siempre que se cumplan los anteriores requisitos; en estos términos, la condición de que sean conexas entre sí se constata en el presente asunto, pues tanto la petición de declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación –Resolución 1988 del 1 de junio de 2016- como la pretensión de nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios 822 de 2016, tienen origen en lo acontecido en la licitación pública 06 de 2016. Asimismo, esta Sala es competente para conocer de ambas pretensiones, las cuales, además, se tramitan por el mismo procedimiento, esto es, el contemplado en la Ley 1437 de 2011 para decidir todos los litigios respecto de los cuales no existe trámite especial –artículo 179 del CPACA-.

35. Respecto del fenómeno jurídico de la caducidad, se observa en el expediente que la audiencia de adjudicación fue celebrada el 27 de mayo de 2016 y reanudada el 1 de junio siguiente; a ésta asistieron, entre otros, el representante de la unión temporal CC SAI –como consta en la lista de asistencia a la misma¹²-, razón por la cual se comprueba que, en efecto, la Resolución 1988 del 1 de junio de 2016 le fue comunicada a dicho proponente en esa misma fecha.

36. En este punto, vale aclarar que la Sala no comparte el criterio esgrimido por el *a quo*, en virtud del cual manifestó que el término de caducidad debe contarse desde el momento en que se publicó la resolución de adjudicación en el SECOP pues, sin perjuicio de la obligación a cargo de las entidades estatales de publicar en tal plataforma todos los documentos y los actos administrativos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, la caducidad debe contabilizarse a partir del día siguiente a la notificación del acto de adjudicación, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, se realiza en estrados en el curso de la audiencia de adjudicación al proponente adjudicatario. A su vez, a los demás interesados participantes en el

¹¹ Artículo 165. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

“4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento”.

¹² Folios 9 a 13 del cuaderno 2.

proceso que se encuentran presentes en la audiencia se les comunica la anterior decisión.

37. En este orden de ideas, comoquiera que la comunicación del acto enjuiciado se produjo el 1 de junio de 2016 –día en que se celebró la audiencia de adjudicación- el término de caducidad de 4 meses consagrado para debatir dicho acto, según lo previsto en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, empezó a correr el 2 de ese mismo mes y año y feneció el 2 de octubre de 2016.

38. No obstante, como el 23 de septiembre de 2016 la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 17 Judicial II Ambiental y Agraria, a partir de ese día se suspendió el término de caducidad, es decir, restando 10 días para que ocurriera este fenómeno jurídico.

El término de caducidad se reanudó el 17 de diciembre de 2016, día siguiente a la expedición de la constancia a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001¹³. De esta forma, la interesada tenía hasta el 26 de diciembre de 2016 para presentar la demanda, pero como esta última fecha aconteció dentro de la vacancia judicial, dicho término se extendió al primer día hábil siguiente, como lo determina el artículo 118 del CGP¹⁴, es decir, al 11 de enero de 2017; por ende, como el libelo introductorio se instauró el 18 de enero de 2017¹⁵, es evidente que ello ocurrió fuera del plazo previsto en la ley para tal fin.

39. En relación con la pretensión de nulidad absoluta del contrato 822, celebrado el 13 de junio de 2016¹⁶, se observa que el medio de control fue instaurado dentro del término previsto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que prevé que “[c]uando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento...”; lo anterior, toda vez que, para la fecha en que se radicó la demanda -18 de enero de 2017-, no habían transcurrido los dos años contados desde el día siguiente a su suscripción.

(ii) Implicaciones de la declaratoria de caducidad de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente al examen de la nulidad absoluta del contrato celebrado

40. Como se ha indicado, bajo las normas del CPACA, es viable acumular la pretensión de nulidad del acto de adjudicación con la nulidad absoluta del contrato, siempre que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas. Si se advierte, como en este asunto, que la demanda fue interpuesta de forma

¹³ Folio 42 del cuaderno 1.

¹⁴ Sobre el cómputo de términos, aplicable al *sub examine* en virtud de la remisión normativa consagrada en el artículo 306 del CPACA, el artículo 118 del C. G. del P. determina:

“... Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

“En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado” (se subraya).

¹⁵ Folio 11º del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 43 a 46 del cuaderno 2.

extemporánea frente a una de éstas, al ser pretensiones autónomas e independientes, el proceso habrá de continuar respecto de aquella que no está caducada, lo que se traduce, en principio, en que debe analizarse la solicitud de nulidad absoluta del contrato.

41. Sin embargo, para la Sala ésta no resulta en una opción válida en el caso concreto, dado que resultaría contradictorio y carente de coherencia que, al encontrar caducada la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, lo que denota que no se desvirtuó la presunción de legalidad del mismo, proceda el juez a analizar si anula o no el contrato suscrito, con sustento precisamente en la supuesta ilegalidad del acto de adjudicación.

42. A juicio de esta Sala, debe realizarse una lectura armónica e integral de la demanda e identificar si, al estudiar la pretensión que fue interpuesta en tiempo se terminaría decidiendo la pretensión que fue formulada de forma extemporánea; así, tal como acontece en el *sub lite*, dada la inescindible conexidad entre ambas pretensiones, resulta improcedente estudiar la validez del acto de adjudicación como fundamento de la solicitud de declaratoria de nulidad del contrato, cuando el ataque referente a dicho acto previo no prosperó.

De esta manera, no es posible que por la vía de analizar la pretensión de nulidad absoluta del contrato, se pueda interpretar que el término de caducidad previsto para enjuiciar el acto de adjudicación, se extienda en estos casos; es más, como ya no es posible emprender un juicio de reproche contra dicho acto previo, ha de entenderse que su atributo de legalidad pasó de ser una presunción –susceptible de control judicial– a erigirse en carácter definitivo, por haber operado el fenómeno jurídico de caducidad respecto de esta última.

43. Sobre esta circunstancia, que impide la prosperidad de la referida pretensión de nulidad absoluta del contrato, esta Sala manifestó lo siguiente (se transcribe *in extenso* dada su relevancia para este asunto):

“En el caso concreto, aun cuando la pretensión de nulidad absoluta del contrato no fue formulada expresamente a título consecencial de la de nulidad del acto de adjudicación enjuiciado, respecto de la cual ha operado la caducidad de la acción, en todo caso converge una particularidad que se opone a su prosperidad.

“De la lectura de la demanda y del escrito de la apelación se evidencia que la pretensión de nulidad absoluta del contrato no se edificó sobre la base de alguna causal de ilegalidad prevista en el Estatuto de Contratación Estatal o el derecho común, desligada y diferente de aquella sustentada en la invalidez del acto en que se fundamentó su celebración, es decir, de la nulidad del acto de adjudicación. Tampoco se estructuró en la ocurrencia de un vicio sobreviniente a la expedición del acto acusado y anterior a la celebración del contrato.

“En ese sentido debe tenerse en consideración que, al no ser procesalmente procedente adentrarse de fondo en el estudio de la validez del acto que adjudicó la licitación, en el que se condensaron todos los supuestos vicios en que incurrió el ente precontratante demandado en desarrollo del procedimiento de selección, correlativamente el estudio de la nulidad del contrato basada en la invalidez de ese acto no tiene vocación de prosperidad, lo que lleva a negar esta última pretensión.

“Ello se explica en la medida en que el acto supuestamente ilegal que le sirvió de fundamento jurídico a la celebración del contrato y en el que descansa la causal de nulidad absoluta del acuerdo de voluntades se encuentra amparada por la presunción de legalidad, toda vez que no fue objeto de impugnación por parte del afectado y que, por contera, goza de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad”¹⁷ (se resalta).

44. Así las cosas y dado que el fundamento de la solicitud de nulidad absoluta del contrato 822 de 2016 se edifica en los vicios en que supuestamente se incurrió en la expedición de la resolución de adjudicación, no hay lugar, en principio, a estudiar los reproches formulados bajo la pretensión contractual, siendo lo procedente negar esta última; lo anterior, tiene sustento en que un análisis de la causal de nulidad alegada significaría desconocer el feneamiento de la oportunidad que la ley le otorgó a la parte interesada para discutir la legalidad del acto de adjudicación y, además, resultaría en un desatino pasar por alto la extinción de la oportunidad procesal para enjuiciar el acto previo y permitir que bajo la figura de la nulidad absoluta del contrato se estudien los cargos contra el acto de adjudicación, cuando, con evidencia, la parte interesada dejó vencer el plazo que la ley le concedió para formular dicha contradicción.

Se precisa, eso sí, que en vigencia de la Ley 1437 de 2011, a diferencia de lo ocurrido con el artículo 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, los actos previos a la celebración del contrato estatal no se tornan en inseparables de éste una vez se ha suscrito, toda vez que se contemplaron como unos actos separables y autónomos cuya impugnación debe realizarse de forma independiente, a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, y respecto de los cuales es viable la acumulación de pretensiones, siempre que se cumpla, entre otros, con el presupuesto de la caducidad, en aras de que proceda su estudio conjunto¹⁸.

45. Por consiguiente, pese a que se trata de un proceso en el cual se acumularon pretensiones, y en vigencia del CPACA procede el trámite de la pretensión respecto de la cual no operó el fenómeno de la caducidad, es evidente que en

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2020, radicación 47001-23-33-000-2014-00045-02(62538), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁸ En efecto, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se introdujeron varios cambios a la forma de controlar por vía judicial los actos previos a la celebración del contrato estatal, pues aunque se conservó como mecanismo adecuado para su debate jurisdiccional el de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, se modificó el término de 30 días previsto en el artículo 87 del CCA, antes referenciado, y no se mantuvo la directriz que indicaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía pedirse la nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

De modo que con esta modificación el Legislador buscó dotar de independencia la contradicción de los actos precontractuales, al eliminar la previsión que establecía que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los mismos –los actos previos- solo podía invocarse como fundamento de la solicitud de nulidad absoluta del contrato; por tanto y aun en el escenario de la suscripción del negocio jurídico, procede debate de los actos previos solo a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término establecido para dichos mecanismos procesales, es decir, dentro de los 4 meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo –literal d del numeral 2 del artículo 164 del CPACA-; por ende, se insiste, en la legislación actual deben demandarse de forma independiente las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación, mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, y la de nulidad absoluta del contrato, a través del medio de control de controversias contractuales, con la anotación que es posible acumularlas, siempre que se ejerciten en el término previsto en la ley para cada una de ellas.

casos como el de la referencia, en los que la pretensión que subsiste se funda en la ilegalidad del acto de adjudicación, no es posible tramitar la relativa a la solicitud de nulidad del contrato de forma autónoma, pues, se itera, se sustentó precisamente en los vicios advertidos respecto de su acto de adjudicación, cuyo control jurisdiccional ya expiró; por tanto, no se accederá a la petición de nulidad absoluta del contrato en los términos solicitados por la parte actora, con la precisión de que esta determinación se adopta en concordancia con la *causa petendi* invocada en la demanda, cual fue la nulidad del acto de adjudicación.

(iii) La declaratoria de nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios de que trata el sub lite

46. A partir del criterio antes expuesto, se impone precisar que, si bien no tiene cabida la petición de nulidad absoluta del contrato 822 de 2016 con fundamento en la ilegalidad del acto previo de adjudicación, la Sala advierte que habiéndose instaurado oportunamente el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA, dicha normativa, en conjunto con las disposiciones especiales que en la materia trae la Ley 80 de 1993, atribuyen al juez la facultad oficiosa para declarar la nulidad absoluta del contrato si alguna de sus causales se encuentra plenamente demostrada en el proceso; lo anterior, se explica dada la gravedad de los vicios invalidantes de los negocios jurídicos, cuya sanción de nulidad absoluta busca garantizar la prevalencia del orden público, aun si para ello se requiere la intervención del juez.

47. En efecto, esta facultad es transversal al ordenamiento jurídico, hallándose prevista en el artículo 1742 del Código Civil¹⁹, e incorporada de manera especial en la Ley 80 de 1993 en orden a las finalidades públicas y el interés general que definen la causa y objeto de la contratación estatal. Así, el inciso primero del artículo 45 de la citada Ley 80 consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando éstos adolezcan de tales vicios, de modo que la Sala no puede pasar por alto la configuración de alguna de las otras causales que dan lugar a declarar de oficio la nulidad absoluta del referido negocio jurídico, pues frente a éste no queda atada al análisis de aquella planteada por el actor.

En esa medida, si se demuestra la concreción de alguna de las hipótesis reguladas en el derecho común que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos, o si se configura alguno de los supuestos previstos en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993²⁰,

¹⁹ "Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

²⁰ "1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

"2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

"3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

"4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

"5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".

el juez está llamado a declarar su nulidad absoluta, la cual, se precisa, no es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes.

48. Conviene señalar que, si bien en aras de proteger el orden jurídico la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone —y la jurisprudencia desarrolla— en garantía de la seguridad jurídica, los cuales, de resumida manera, se concretan en cuatro premisas²¹: (i) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones, (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes, y (iv) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C.²², elementos cuya observancia pasa a verificarse para el *sub lite* así:

49. En relación con el primero de los mencionados requisitos, se requiere que el vicio que afecta la validez surja de manera ostensible o patente, es decir, que debe ser tan palmario que no requiera de un mayor esfuerzo para ser evidenciado, ni implique para ello realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos o relacionados con el mismo acto o contrato viciado. Frente a este último aspecto, debe advertirse que, en materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “*cuando esté plenamente demostrada en el proceso*”²³, aspecto que resalta los componentes del contrato estatal, y por ende, las particularidades del mismo a la luz de la valoración de los elementos de su existencia y validez que, si bien, frente a algunos comparten los mismos rasgos del contrato civil o comercial, adquieren una dimensión diversa debido a la funcionalidad de la herramienta convencional de cara al logro de los fines y cometidos que con él se persiguen.

50. Al *sub examine*, la parte actora aportó, con la presentación de sus alegatos de segunda instancia y fue decretada como prueba de oficio por esta Corporación, la providencia del 18 de septiembre de 2019, mediante la cual la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia aprobó el preacuerdo suscrito

²¹ Al respecto, ver las sentencias de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) del 6 de febrero de 2019, expediente 61.720, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez y (ii) del 3 de octubre de 2012, radicación 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²² Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

²³ “*La jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no puede ser entendida en el sentido de haber instalado una facultad omnimoda para fallar extra petita, en caso de la evidencia de cualquier violación legal. Lo correcto es entender que la jurisdicción en materia de controversias contractuales ha establecido la posibilidad de reubicar la pretensión dentro del contexto fáctico que se evidenció en el plenario y de aplicar la ley pertinente, con independencia de la forma y el tenor literal en que la causa haya sido expuesta por las partes. Es decir, se reconoce la potestad para decidir sobre la violación de la ley imperativa y decretar la nulidad del contrato aunque no haya sido invocada en el proceso, sin embargo, en caso alguno puede desconocerse el derecho constitucional al debido proceso. De lo anterior se concluye que le está vedado al Juez apartarse de lo que demuestren las pruebas expuestas en el plenario, esto es, que sigue siendo un elemento ‘sine qua non’ que existan las pruebas de la causal de nulidad y que hayan estado expuestas a la oportunidad de su contradicción, aunque las partes hayan guardado silencio sobre ello*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.270. C.P Marta Nubia Velásquez Rico. La cita original es de la sentencia del 18 de abril de 2016 (exp. 30.682) dictada por la misma Sala.

entre el señor Ronald Housni Jaller –ex Gobernador del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina– y la Fiscalía General de la Nación, en donde el primero de los referidos aceptó la comisión de múltiples punibles durante el ejercicio del mencionado cargo de elección popular.

Puntualmente, en relación con el contrato de prestación de servicios 822 de 2016 bajo examen, la Corte Suprema de Justicia indicó (se transcribe *in extenso* dada su relevancia en el presente asunto):

“Sobre este cargo es de señalar que tanto en el acta del preacuerdo puesta a consideración de la Sala, como en la diligencia de formulación de imputación se le atribuyó coautoría del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme al artículo 410 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004 en concordancia con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, en atención a que el procesado ‘intervino en el trámite y celebración del contrato en el que se vulneraron los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva previstos en los artículos 123 de la C.P., 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993’.

“Conforme a dicha imputación, en el trámite el encartado incurrió en las siguientes irregularidades: 1) Suscribió Acta 007 de 27 de mayo de 2016 en la audiencia de adjudicación del contrato sin ser integrante del comité evaluador y 2) Profirió la resolución 001988 del 1 de junio de 2016 que adjudicó el contrato 822 de 2016 a la firma Su Oportuno Servicio Ltda., con el argumento de haber sido la propuesta recomendada de manera ‘unánime’ por los integrantes del comité evaluador, cuando en realidad fue una selección adoptada por dos miembros que no representaban la mayoría absoluta de los cuatro que integraban el comité.

“(…)

“Del mismo modo, se le imputó que se hallaba impedido para calificar las propuestas en razón al conflicto de intereses por haber laborado con la firma SOPESA de la cual Villalba Beltrán y Villalba Redondo eran miembros de la junta directiva y a la vez socios de la firma Su Oportuno Servicio Ltda., que fue favorecida con la adjudicación del contrato, como se lo informó la representante legal del otro proponente.

“(…)

“En este orden de ideas, la Sala no pone en duda la claridad y legalidad de la imputación relacionada con este cargo, el cual, conforme al desarrollo fáctico –detalladamente conocido y conscientemente aceptado por el encartado- se ajusta a la hipótesis delictual de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tanto en la etapa del trámite como de su celebración, por lo que se impartirá la aprobación del preacuerdo por este cargo”²⁴.

51. Igualmente, al examinar el desarrollo del referido proceso penal, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 00124 y previa verificación de la aceptación de cargos expresada por Ronald Housni Jaller, en su obrar como Gobernador del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y el reintegro por parte de éste del producto

²⁴ Folios 574 y 575 del cuaderno principal.

del incremento patrimonial de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004²⁵, profirió la sentencia del 2 de octubre de 2019²⁶ a través de la cual condenó al citado procesado, a título de dolo, como coautor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, por cuanto “*en ejercicio de sus funciones tramitó y celebró el contrato de prestación de servicios núm. 822 de 2016, sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues suscribir el acta de audiencia de adjudicación del contrato sin ser miembro del comité evaluador y proferir la Resolución 001988 de 2016 adjudicándolo de manera irregular al plasmar que la propuesta ganadora fue recomendada unánimemente, cuando en realidad no fue así, vulneró con ello de manera consciente y voluntaria el bien jurídico tutelado, amén de que a sabiendas de las irregularidades, lo suscribió*”. Asimismo, como sustento de lo anterior, aseveró que se demostró que dicha condena devino del acuerdo con la contratista Su Oportuno Servicio Ltda., y en virtud del control total del proceso contractual que tuvo, que lo condujo a tramitar y celebrar el contrato sin constatar el cumplimiento real de sus requisitos legales esenciales.

52. En este orden de ideas, es evidente el vicio que se edificó desde la génesis del contrato 822 de 2016, puesto que quien fungió como representante legal del departamento demandado para la época de los hechos aquí estudiados, es decir, el funcionario responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual de la entidad –numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993²⁷– aceptó que tramitó el proceso de selección que culminó con la adjudicación y suscripción del mencionado negocio jurídico en contravía de las prescripciones legales que regulan la etapa precontractual y posterior celebración del contrato estatal.

53. En efecto, las conductas configuradoras del ilícito penal fueron: (i) la participación del procesado en la evaluación de las propuestas sin ser integrante del comité evaluador, (ii) la afirmación de que dicho comité recomendó por unanimidad la adjudicación del contrato a Su Oportuno Servicio Ltda., cuando en los antecedentes administrativos aparecía que esa recomendación sólo fue realizada por dos de los cuatro miembros del mencionado comité y que uno de esos dos evaluadores fue el entonces Gobernador del departamento, pese a que el artículo 11 del Manual de Contratación de la entidad proscribía la posibilidad de que éste fuere integrante de dicho comité; y, (iii) encontrarse impedido el entonces Gobernador para participar en este proceso de selección, porque había laborado durante 16 años en la Sociedad Productora de Energía de San Andrés y Providencia S. A. E.S.P. “SOPESA”, en los cargos de representante legal, secretario, tesorero y gerente general, sociedad de la cual dos de sus socios eran a su vez socios de la empresa Su Oportuno Servicio Ltda. –proponente adjudicataria de la licitación pública 06 de 2016-.

²⁵ “ARTÍCULO 349. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

²⁶ Consultada en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

²⁷ Esta norma establece que: “la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma”.

54. De esta forma, comoquiera que la conducta ilícita que dio origen al contrato sub examen ya fue calificada como delictiva por la Corte Suprema de Justicia a la luz del artículo 410 del Código Penal que tipifica el punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*²⁸, conducta que es defraudatoria del interés general y de los principios constitucionales y de orden público que informan y son espíritu fundante del ejercicio de la gestión contractual de la administración, se configura, sin duda, uno de los eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los contratos, de conformidad con lo previsto en sus artículos 1519 y 1741²⁹, a los cuales remite expresamente el artículo 44 de la Ley 80 de 1993³⁰, a saber, adolecer el contrato de objeto ilícito, por contravenir las normas legales relativas a los procesos de selección.

55. Con este panorama viene bien precisar, que la causal de nulidad por objeto ilícito tiene lugar cuando se transgrede una prohibición legal o constitucional, o por inobservancia de las previsiones de orden público en materia contractual, de manera que, entre otros eventos, cuando se desconocen los principios de selección objetiva y de transparencia en la contratación estatal y, en general, todas aquellas disposiciones que regulan los procesos de selección de contratistas, ello de forma ineludible redundará en la presencia de un vicio de origen que tiñe de ilegalidad el nacimiento mismo del negocio jurídico al convertir en ilícito uno de sus elementos de validez.

Esta Colegiatura ha manifestado, al respecto, lo siguiente:

“En segundo lugar los artículos 6 y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que —... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...’ y que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...’, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y

²⁸ “ARTICULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de (...)”

²⁹ “Artículo 1519: Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación (...).”

“Artículo 1741: La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos (...) son nulidades absolutas”.

³⁰ Sobre el particular, esta Sala ha dicho: “Ahora bien, desde la perspectiva de la Ley 80 de 1993 debe tenerse en cuenta que (...), en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar -en la contratación estatal-, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que -bueno es reiterarlo-, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos, razón por la cual también por esta vía se encuentra configurada la nulidad absoluta del aparte pertinente de la cláusula segunda del contrato en mención, pues, como de manera precedente se expresó, la prórroga automática pactada por las partes viola de manera flagrante los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia consagrados positivamente, no sólo en la Ley 80 de 1993, sino también en la Constitución Política de 1991” (Consejo de Estado - Sección Tercera – Subsección A, el 26 de febrero de 2015, radicación 63001-23-31-000-1999-01000-01(30834). Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón).

1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

“Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

“Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

“Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción.

“(…)

“Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que es nulo como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba”³¹ (se subraya).

56. Así las cosas, los vicios que dieron lugar a la celebración del contrato 822 de 2016 –que fueron aceptados voluntaria, libre y conscientemente por el entonces Gobernador del departamento, según expuso en el curso del proceso penal–, constituyen una evidente inobservancia a los mandatos que rigen la actividad precontractual por parte del mencionado procesado –encargado de la gestión contractual del departamento- quien fue condenado penalmente como coautor del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, delito que bajo la ley penal reprocha el actuar del “servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”; lo que permite advertir, de forma palmaria, que tal comportamiento deliberado es, sin duda, transgresor del orden público de la Nación y arrasa la licitud del objeto, pues en éste prevaleció el acuerdo de adjudicar el contrato estatal a un determinado contratista, inclinándose por desconocer la ley y materializando sus prohibiciones, por encima de los principios superiores atribuidos desde la cúspide normativa a la función administrativa que se adelanta en sede de contratación estatal y al marco legal dispuesto para su diáfana realización.

Resulta forzoso concluir que el citado negocio jurídico adolece de objeto ilícito por violación de las reglas de selección objetiva impuestas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como del principio de transparencia, dado que conforme con las

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

providencias de la Corte Suprema de Justicia, ya aludidas, se demostró que el entonces funcionario público –Gobernador del departamento- dio trámite a la adjudicación y posterior celebración del contrato sin observar los requisitos legales esenciales contemplados en la normativa aplicable, todo ello como parte de un actuar deliberado de quien, en lugar de atender los mandatos de probidad, rectitud y transparencia en la actividad contractual del Estado, exhibió una conducta reprochable, que hizo parte de una multiplicidad de actos de corrupción que, a no dudarlo exhiben el vicio de ilicitud en el objeto de un contrato nacido en tales condiciones.

57. Aunado a lo expuesto, resalta la Sala que, como indicó en párrafos previos, la anterior determinación está basada en unas pruebas que fueron decretas de oficio por esta Sala, en atención a la información reportada por la demandante en sus alegatos de conclusión de segunda instancia. De modo que, se trata de un vicio plenamente probado dentro del proceso, derivado de la comisión de un delito, gestado y materializado en la selección del contratista del negocio jurídico 822 de 2016, pruebas que, además, no fueron controvertidas por alguno de los sujetos procesales.

58. Ahora, respecto de la concreción de los otros elementos que se deben observar para el decreto oficioso de la nulidad del negocio jurídico, se advierte, con claridad, que el contrato 822 de 2016 fue invocado en la presente controversia como fuente de obligaciones, puesto que la parte actora pidió su nulidad. Asimismo, se acreditó que las partes intervinientes en dicho contrato fueron vinculadas al presente proceso, por cuanto, a través del auto admisorio de la demanda, se ordenó notificar personalmente dicha decisión al departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –parte contratante- y a Su Oportuno Servicio Ltda. – contratista-; además, obra constancia en el expediente de la efectiva realización de las mencionadas notificaciones³².

59. A su vez, no han transcurrido los diez (10) años de la prescripción extraordinaria³³ contemplada en el artículo 1 de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pues el contrato 822 se celebró el 13 de junio de 2016³⁴; por ende, cualquier nulidad absoluta que tenga dicho negocio jurídico, al día de hoy, aún no se ha saneado por la prescripción extraordinaria.

60. Por consiguiente y ante la constatación de la configuración de las premisas acabadas de desarrollar, la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios 822 celebrado el 13 de junio de 2016, suscrito entre el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y

³² Se advierten las constancias de las notificaciones surtidas al departamento a folios 127 y 133 del cuaderno 1 y a Su Oportuno Servicio Ltda. a folios 127, 133 y 137 del cuaderno 1.

³³ La prescripción extraordinaria de que trata la norma se refiere a la prevista en el artículo 1742 del Código Civil, es decir, la extintiva de la acción de nulidad absoluta. De modo que transcurrido el plazo de 20 años -10 años con la entrada en vigencia de la Ley 791 de 2002- "*las personas a quienes el legislador les concedía facultad para incoarla ya no podrán hacerlo, ni el juez decretarla de oficio, pues ha precluido el término para ello y, por consiguiente, el acto que contenía el vicio queda purgado, esto es, saneado por ese aspecto*" (sentencia C-597 de 1998 de la Corte Constitucional).

³⁴ Folios 43 a 46 del cuaderno 1, el plazo de dicho contrato se extendió hasta el 31 de diciembre de 2016, según se estipuló en su cláusula sexta.

Su Oportuno Servicio Ltda., por encontrar configurada la causal de objeto ilícito, en los términos antes explicados.

(iv) Las restituciones mutuas

61. La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

En esa medida, en el derecho civil, las restituciones mutuas constituyen una forma de evitar que se configure un enriquecimiento sin justa causa para ninguna de las partes. Sin embargo, cuando la nulidad se haya dado por objeto o causa ilícita, el Código Civil, en su artículo 1525³⁵, establece una excepción a dicha restitución, dado que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita "a sabiendas".

62. Por su parte, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato estatal nulo, en los siguientes términos:

"Artículo 48.- De los Efectos de la Nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

"Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

"Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

63. En este orden de ideas, en el régimen de la contratación estatal, la declaración de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita solo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante. De modo que, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago.

³⁵ "...la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, es de un gran contenido ético, fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo. El orden jurídico impide ir en contravía de la regla moral de las obligaciones que desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (*nemo creditur turpitudinem suam allegans*).

"De ahí que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido" (Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicación 76001 -31 -03-009-2000-00659-01, 28 de agosto de 2017).

64. Sumado a lo anterior, a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita no se extiende la prohibición consagrada en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*, toda vez que la expresión “repetirse” implica que alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio³⁶.

65. Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícitas es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público, aspecto respecto del cual no aparece ninguna prueba que demuestre tal beneficio en el *sub examine*, razón por la que no hay lugar a las restituciones mutuas³⁷.

66. Finalmente, en relación con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022, cuyo artículo 61 adicionó el artículo 187 del CPACA, al establecer que *“[c]uando la sentencia sea declaratoria de responsabilidad en los medios de control de reparación directa y de controversias contractuales y el daño haya sido causado por un acto de corrupción, el juez deberá imponer, adicional al daño probado en el proceso, una multa al responsable de hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual atenderá a la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica ...”*, resulta vital indicar que si bien en el presente asunto la decisión de declarar de oficio la nulidad del contrato estatal se fundó en la providencia penal de la Corte Suprema de Justicia, que tenía por sustento actos de corrupción del entonces Gobernador del Departamento de la entidad demandada vinculados a la celebración del contrato 822 de 2022 –en calidad de coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales–, lo cierto es que la sanción que crea esta ley no es aplicable al *sub lite* conforme al principio de irretroactividad de la ley.

67. En efecto, el aludido principio, aplicable con rigor en materia sancionatoria, hace parte de la garantía al debido proceso que prescribe *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”*; de modo que como los actos de corrupción acá advertidos ocurrieron con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 2195 del 18 de enero de 2022, no procede su aplicación retroactiva, pues la preexistencia de la ley se refiere al hecho generador del daño (conducta u omisión) y no al momento de expedición de la sentencia, principio en el que confluyen otras garantías como la *lex certa* y *lex previa*, que conforman el elemento de la tipicidad de las conductas bajo cualquier ámbito de responsabilidad sancionatoria, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional³⁸ de manera consistente e invariable.

³⁶ Sentencia C- 207 de 2019 de la Corte Constitucional.

³⁷ En este sentido, la Subsección C de esta Sección se decidió negar las restituciones mutuas en sentencia del 15 de diciembre de 2017, radicación 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045).

³⁸ En Sentencia C-386 de 1996 la Corte Constitucional, indicó: *“... uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada”*.

68. Sumado a lo anterior, el autor del punible fue el entonces Gobernador del departamento, quien no fue vinculado al presente asunto –la parte demandada es la entidad territorial-; por ende y en aras de no vulnerar su derecho al debido proceso, tampoco habría lugar a la imposición de una multa a su cargo.

Costas

69. En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, normativa que establece, en su artículo 365, que ésta debe imponerse “a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”. A su vez, el numeral 4 de ese mismo artículo prescribe que “cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”.

70. Vistos los argumentos que sirven de sustento a esta providencia, se concluye que, en principio, procedería la condena en costas, puesto que a ambas partes se les resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación, por cuanto (i) en relación con el departamento si bien no se declaró la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues dicha petición se encontraba caducada, lo cierto es que sí se declaró la referida nulidad de oficio por parte de la Sala, en atención a que se configuró la causal de objeto ilícito; y, (ii) respecto de la parte actora, quien también apeló la decisión, se decide acceder a la solicitud de nulidad del negocio jurídico, pero por una causal distinta a la que esgrimió en la demanda, dado que, como se vio, el estudio de la causal que alegó no era procedente, en la medida que operó la caducidad respecto de ésta.

71. En esa medida y como, en estricto sentido, ninguno de los cargos expuestos por cada una de las partes recurrentes, la demandante y la demandada, tuvo vocación de prosperidad, no habrá lugar a condenar en costas a favor ni en contra de ninguno de los extremos procesales, comoquiera que, en realidad, operó una suerte de compensación, dado que a ambas partes les fue resuelto de manera desfavorable los argumentos que sustentaron en sus recursos de alzada, tal como esta Sala se pronunció en recientes oportunidades³⁹.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

³⁹ Al respecto, ver la sentencia del 21 de mayo de 2021, radicación 250002336000 201501315 01 (57822).

MODIFICAR la sentencia del 13 de diciembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR que operó la caducidad respecto de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho invocada respecto de la Resolución 1988 del 1 de junio de 2016, por medio de la cual el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina adjudicó la licitación pública 6 de 2016.

SEGUNDO: DECLARAR, de oficio, la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios 822 del 13 de junio de 2016, suscrito entre el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Su Oportuno Servicio Ltda., con fundamento en las consideraciones expuestas en esta providencia.

TERCERO: NO HAY LUGAR a restituciones mutuas.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: ABSTENERSE de condenar en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁴⁰
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

⁴⁰ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.