

REPÚBLICA DE COLOMBIA**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 17001-23-33-000-2021-00266-01 (69.108)
Actor: ANDRÉS GÓMEZ HERRERA
Demandados: EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD DE CALDAS – (EDSA EICE) Y SUSUERTE SA
Medio de control: NULIDAD
Asunto: NULIDAD DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y DE LA ADJUDICACIÓN

Síntesis del caso: la Empresa Departamental para la Salud de Caldas EDSA expidió los pliegos de condiciones para el proceso de selección del concesionario para la operación del juego de apuestas permanentes “chance” en la referida entidad territorial durante cinco (5) años. El demandante considera que el pliego es nulo porque estuvo direccionado a un solo posible oferente que era el actual concesionario del chance en el departamento y, como consecuencia, la adjudicación del contrato también está viciada.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las demandadas EDSA EICE y SUSUERTE SA en contra de la sentencia de 5 de agosto de 2022 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARASE la nulidad del “Pliego de condiciones de la licitación pública no. 001 de 2021” emitido por EDSA y de la “Resolución no. 186 de agosto 10 de 2021 -por medio de la cual se adjudica el contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas-, emitida por la empresa departamental para la salud – EDSA7.

SEGUNDO: En consecuencia, DECLARASE la nulidad del “contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas” suscrito entre EDSA y Susuerte S.A.

TERCERO: SUSUERTE S.A. continuará ejecutando la concesión otorgada por EDSA hasta tanto concluya el nuevo proceso licitatorio, el

cual deberá iniciarse a más tardar dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS por lo expuesto en precedencia.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, archívese el expediente previo las anotaciones pertinentes en el programa informático 'Justicia Siglo XXI'." (archivo ED_DRIVETRIB_51SENTENCIA(.pdf) NroActua 2, índice 2 SAMAI).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2021 (ED_DRIVETRIB_01ACTAREPARTO(.pdf) NroActua 2, índice 2 SAMAI), el señor Andrés Gómez Herrera promovió demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“Con base en los hechos, consideraciones y fundamentos de derecho que se exponen a continuación, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Administrativo de Manizales, se sirva declarar la Nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD DE CALDAS - EDSA EICE, emitió, tanto el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. 001 de 2021, como la Resolución de Adjudicación No. 186 de fecha 10 de agosto de 2021 del mismo proceso de selección, por falsa motivación.” (pág 3 ED_DRIVETRIB_02DEMANDA(.pdf) NroActua 2, índice 2 SAMAI).

2. Hechos

El sustento fáctico de la demanda es, en síntesis, el siguiente:

- 1) El 22 de junio de 2021, la Empresa Departamental para la Salud de Caldas – EDSA EICE dio apertura a la licitación pública número 001 de 2021 con el fin de escoger al contratista para operar mediante concesión el juego de apuestas permanentes “chance” en el Departamento de Caldas por un término de cinco (5) años.
- 2) La experiencia exigida a los interesados fue de diez (10) años en la operación de apuestas permanentes durante los últimos quince (15) años y haber transferido

suma superior a los \$72.000.000.000 por derechos de explotación de este tipo de apuestas en los últimos diez (10) años.

3. Cargos

Violación de normas superiores y falsa motivación

1) El artículo 5 de la Ley 1150 de 2001 dispone que los factores de escogencia y calificación deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y valor del contrato a suscribir; por su parte, el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 prevé las fórmulas válidas para determinar cuándo una propuesta es favorable para la entidad; en este caso particular no debió limitarse la experiencia en el tiempo ni exigirse *“la experiencia en cuanto a contratos de concesión o similares que haya contraído el proponente con relación al objeto”* (pág. 5 ED_DRIVETTRIB_02DEMANDA(.pdf) NroActua 2, índice 2 SAMAI).

2) Se desconoció el manual de Colombia Compra Eficiente (no se identificó con mayor especificidad el documento al que se refiere el demandante) según el cual, en contratos de obra pública, el requisito de experiencia habilitante solo puede alcanzar el 50% del valor del contrato.

3) También se presentaron otras irregularidades que determinaron la ausencia de pluralidad de oferentes porque se exigió tener un mínimo de cuatrocientos (400) puntos de ventas fijos y solo los puntos adicionales a ese número otorgaban puntaje, con lo cual *“salta a la vista entonces como una clara irregularidad, el hecho notorio de que, para poder tener este tipo de ventas dentro del departamento de Caldas, debe ser concesionario, es decir, ya tener adjudicado el contrato de concesión, por lo que, en este orden de ideas, solamente SUSUERTA SA, actual operador, podría cumplir con el puntaje requerido en dicha jurisdicción departamental.”* (pág. 5 ED_DRIVETTRIB_02DEMANDA(.pdf) NroActua 2, índice 2 SAMAI).

4) Según lo dispone el Decreto 1530 de 2003, para poder operar puntos de venta de chance estos deben ser previamente aprobados por la autoridad concedente y exhibir la licencia en cada agencia, con lo cual se confirma que solo un

concesionario podía cumplir el requisito exigido; el pliego de condiciones también exigió acreditar un mínimo de mil (1000) colocadores de apuestas y otorgó puntaje en exceso de dicho número, requisito que solo podía cumplir el operador activo de la concesión, pues, se debía contar con la red de colocadores y aportar los contratos de trabajo y su inscripción en la Cámara de Comercio. Las referidas exigencias relativas a la necesidad de tener dispuesta la red de comercialización con antelación a la suscripción del contrato era una exigencia de imposible cumplimiento para cualquiera que no fuera la empresa SUSUERTE SA.

5) Nunca se publicó en el SECOP el acta de cierre de la licitación y no se resolvieron las observaciones de la veeduría ciudadana frente al procedimiento de selección.

6) En las referidas condiciones, no se garantizó la pluralidad de oferentes ni la selección objetiva, por lo tanto, el pliego de condiciones es nulo ya que sus reglas no obedecieron a criterios de legalidad.

4. Contestación de la demanda

4.1 Empresa Departamental para la Salud de Caldas EDSA EICE

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda (ED_DRIVETRIB_22CONTESTACIONDEMAND(.pdf) NroActua 2) con los argumentos que se sintetizan a continuación:

1) Los pliegos de condiciones fueron oportunamente publicados y ninguna persona manifestó observaciones sobre estos ni tampoco interés en participar en la licitación, no se presentó ninguna veeduría ni el demandante intervino en ningún estado del procedimiento de selección con el fin de manifestar sus objeciones.

2) El contrato de concesión, finalmente suscrito con SUSUERTE SA, tenía por objeto del recaudo de dineros provenientes de un monopolio rentístico, cuyo manejo no podía dejarse en manos de cualquier persona sin experiencia, recursos o logística suficiente.

3) El pliego de condiciones no exigió tener instalados los puntos de ventas sino garantizar su disponibilidad, lo cual no era posible si permitía que tal aspecto se iniciara a trabajar desde la firma del contrato; las condiciones para operación de puntos de venta previstas en el Decreto 1530 de 2003 solo debían ser cumplidas por el contratista al momento de operar, pero, no era exigibles a los eventuales oferentes.

4) Cualquier interesado conocía que el contrato de concesión antecedente tenía una duración de cinco (5) años, por consiguiente, podía prepararse durante ese tiempo para participar en la siguiente licitación.

5) Existen en la actualidad más de 27 empresas con capacidad técnica, económica y logística registradas ante COLJUEGOS que podían participar y que manejan contratos más cuantiosos, por tanto no es cierto que la sociedad SUSUERTE SA era la única que cumplía los requisitos de participación.

6) EDSA está sometida a la vigilancia de COLJUEGOS en las licitaciones y el pliego de condiciones debía garantizar que los oferentes contaban con los recursos necesarios para operar la concesión y evitar un posible desfaldo de los recursos públicos, de modo que sí se atendió a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

4.2 SUSUERTE SA

La sociedad concesionaria fue vinculada, de oficio, en calidad de litisconsorte necesaria de la parte pasiva (mediante auto de 23 de noviembre de 2021 ED_DRIVETRIB_16ORDENAVINCULACIONL(.pdf) NroActua 2) e intervino en el proceso con el siguiente razonamiento (ED_DRIVETRIB_26CONTESTACIONDEMAND(.pdf)):

1) Las condiciones de experiencia exigidas en la licitación pública debían ser acordes con las características de la operación del juego de apuestas permanentes con el fin de garantizar las rentas destinadas al sector salud en los términos del artículo 366 de la Constitución Política.

2) La entidad contratante no violó la selección objetiva; el oferente interesado tenía la posibilidad de acreditar los puntos de venta ofrecidos con promesas de contratos de arrendamiento y no era necesario que estuviera ejecutando alguna concesión sino comprometerse a cumplir con unas condiciones mínimas de operación.

3) SUSUERTE SA cumplió con los términos, trámites y requisitos de la licitación de la cual resultó adjudicataria.

5. Sentencia de primera instancia

El 5 de agosto de 2022, el Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad del pliego de condiciones, del acto de adjudicación y, consecuencialmente, del contrato estatal de concesión suscrito entre EDSA y SUSUERTE SA (ED_DRIVETRIB_51SENTENCIA(.pdf) NroActua 2), con sustento en lo siguiente:

1) La experiencia exigida a los interesados en el proceso de selección estuvo justificada porque los derechos de explotación anuales derivados del chance en el Departamento de Caldas ascienden a la suma de \$43.787.859.395 al año, con unos gastos de administración del uno por ciento (1%) de dicho valor, por consiguiente es razonable que se hubiera exigido la suma indicada en el pliego de condiciones que equivale a \$7.200.000.000 por año de experiencia si se tiene en cuenta el plazo de diez (10) años aplicable para acreditar el requisito.

2) En sentencia de 11 de abril de 2019 el Consejo de Estado anuló parcialmente el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 que concedía facultades a Colombia Compra Eficiente para diseñar e implementar manuales y pliegos de condiciones tipo, sobre el entendido de que estos documentos no tienen fuerza vinculante salvo cuando la ley dispone su obligatoriedad, aspecto no aplicable para las licitaciones del juego de apuestas permanentes; en tal virtud, no pudo aplicarse un documento orientador expedido en relación con los contratos de obra.

3) La exigencia de puntos de venta y de colocadores de apuestas se previó para el momento del inicio de la concesión y no para el momento de la presentación de la oferta, sin embargo, el exiguo plazo previsto para que el contratista realizara los

trámites necesarios para cumplir con las exigencias del pliego impidió la libre concurrencia; en efecto, el pliego definitivo se expidió el 12 de julio de 2021 y el cierre de la licitación ocurrió el día 23 siguiente, por lo cual solo se contó con diez (10) días *“para que los interesados en participar efectuasen todos los trámites y acuerdos comerciales que les permitieran garantizar que podrían cumplir con los números de puntos de venta y vendedores exigidos por el concedente para el desarrollo de la concesión”* (pág. 14 archivo ED_DRIVETTRIB_51SENTENCIA(.pdf) NroActua 2).

4) Así las cosas, aunque existía la opción de que terceros diferentes al concesionario pudieran cumplir con los puntos de venta y vendedores exigidos mediante promesas de contrato o similares, ello no era posible en el corto lapso de diez (10) días concedido para tal efecto, circunstancia que impidió la pluralidad de oferentes, razón por la cual el cargo de nulidad de la demanda por violación de la selección objetiva prospera.

5) La ausencia de decisión de observaciones de las veedurías, de publicación de la oferta y del acta de cierre en el SECOP no pueden viciar la legalidad del pliego de condiciones porque son situaciones posteriores a su expedición; en todo caso, las supuestas observaciones que dejaron de resolverse provinieron de un documento anónimo y no de algún oferente, al tiempo que no se formularon dentro del término previsto para ello en el Decreto 1510 de 2013 (10 días siguientes a la publicación). Sin embargo, EDSA violó el principio de publicidad y transparencia porque no publicó el acta de cierre de la licitación y la propuesta del adjudicatario en el SECOP, lo cual vició el acto de adjudicación y por tanto se anula.

6) Como consecuencia de la nulidad de los actos en los cuales se fundamentó el contrato, este también es nulo por la causal del numeral 4 artículo 44 de la Ley 80 de 1993 la cual se declara de oficio; no obstante, se dispone que el concesionario continúe ejecutando el contrato mientras se surte la nueva licitación para escoger al concesionario del chance en el Departamento de Caldas.

7) No hay lugar a condena en costas porque se discute la legalidad de un acto administrativo de contenido general, asunto de interés público en los términos del artículo 188 del CPACA.

6. Los recursos de apelación

6.1 SUSUERTE SA

En la oportunidad legal, la contratista SUSUERTE SA apeló la sentencia de primera instancia (ED_DRIVETRIB_54RECURSOAPELACIONVI(.pdf) NroActua 2) con el fin de que sea revocada en su integridad, con el siguiente fundamento:

1) El término previsto en el pliego de condiciones para la presentación de las propuestas fue legal, no existe regulación de un término distinto, el tribunal no señaló las razones derivadas de la sana crítica para considerarlo insuficiente, por lo tanto, la sentencia de primera instancia se fundamentó en un análisis puramente subjetivo que no da lugar a la anulación de los actos demandados.

2) El término que normalmente se utiliza para presentar las ofertas de concesión de chance oscila entre los siete (7) y dieciséis (16) días, lo cual sustentó con un listado que contiene información sobre las licitaciones adelantadas en el país para la concesión del juego de apuestas permanentes, aspecto que bien puede ser constatado en el SECOP.

3) No puede tomarse una decisión de nulidad únicamente con base en reglas de experiencia sin sustentarlas apropiadamente; desde el primer aviso de la licitación hasta el vencimiento del plazo para ofertar transcurrió más de un (1) mes.

4) *“EDSA permitió siempre a los potenciales partícipes que presentaran sus propuestas acreditando el cumplimiento de los diversos requisitos con simples PROMESAS de contratos, por lo cual nunca esperó ni exigió que al momento de presentarse a la licitación las personas jurídicas tuvieran cumplidos materialmente los requisitos locativos, de infraestructura, laborales, etc.; sólo pidió que demostraran estar en posibilidad de cumplirlos en caso de obtener la adjudicación del contrato.”* (pág. 8 ED_DRIVETRIB_54RECURSOAPELACIONVI(.pdf) NroActua 2 – mayúsculas fijas originales).

5) En la condición de contratista no tenía control sobre las publicaciones de los documentos contractuales en el SECOP, con todo, la eventual omisión de alguna de estas constituiría un defecto puramente formal sin la potencialidad de afectar la validez del contrato y de los actos demandados, máxime si se tiene en cuenta que la publicación debía surtirse luego de su expedición; en este caso se impone privilegiar la prevalencia del derecho sustancial y la existencia del negocio jurídico.

6) Participó de buena fe en el proceso de selección y el demandante no intervino en ninguna fase de este por lo cual no tiene interés para demandar.

6.2 Empresa Departamental para la Salud de Caldas EDSA

Pretende que se revoque en su totalidad el fallo impugnado (ED_DRIVETTRIB_59RECURSOAPELACIONDE(.pdf) NroActua 2) en apoyo de lo cual expuso la argumentación que se sintetiza a continuación:

1) No hay ninguna evidencia que demuestre que existían más personas interesadas en participar en la licitación y que dicha posibilidad fue ilegalmente frustrada; no hubo manifestaciones de interés ni observaciones a los documentos precontractuales ni solicitud de ampliación del término para la presentación de las propuestas.

2) No es cierto que se quiso beneficiar al único oferente que “pudo” participar, pues, no hubo más interesados; en todo caso, desde que se dio a conocer la apertura del proceso los eventuales oferentes tuvieron más de un (1) mes para preparar sus ofrecimientos; además, el momento de expiración del plazo de la anterior concesión era ampliamente conocido desde cinco (5) años atrás.

3) La ley no dispone un plazo para la presentación de las ofertas y este puede ser fijado en forma razonable por las entidades; en otras licitaciones para la adjudicación de las apuestas permanentes a nivel nacional se fijaron plazos que oscilaron entre siete (7) y diez (10) días hábiles.

4) El reproche del tribunal podría ser aceptado si algún oferente hubiera solicitado mayor plazo en el curso del proceso, de lo contrario resulta subjetivo señalar si el plazo de 10 días era insuficiente o si debían ser 20, 30 o 60 días.

5) El término para preparar las ofertas no es únicamente el fijado en el pliego para su presentación, pues, estas pueden ser desarrolladas desde que se conocen los requisitos exigidos, tal como lo reconoció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente número 23.482, justamente a propósito de la adjudicación de apuestas permanentes.

6) La entidad no logró publicar la propuesta ganadora por dificultades con la plataforma SECOP I y solo estuvo obligada a usar SECOP II desde el 1 de octubre de 2021; la omisión de publicar el acta de cierre de la licitación fue involuntaria, no impidió que se conociera el documento, siempre estuvo a disposición de los interesados en las oficinas de la entidad y constituye una situación meramente formal que no afecta la validez del procedimiento de selección ni tampoco constituye causal de nulidad; en todo caso, la información del ofrecimiento estaba publicada en el informe de evaluación.

7) El Decreto 1510 de 2013 que se cita como fundamento del fallo de primera instancia fue derogado por el Decreto 1082 de 2015.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo¹ para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) falta de legitimación en la causa por activa del demandante para cuestionar la validez del acto administrativo de adjudicación y del contrato, (iii) validez del pliego de condiciones y, (iv) costas.

¹ No se analiza caducidad porque solo se resolverán de fondo las pretensiones de simple nulidad las cuales no están sujetas a un límite temporal para su ejercicio; frente a las demás, el demandante carece de interés como se explicará *supra*.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) El demandante acudió en ejercicio del medio de control judicial de simple nulidad con el fin de cuestionar la validez del pliego de condiciones expedido por la Empresa Departamental para la Salud de Caldas EDSA, por considerar que restringió indebidamente la libre concurrencia, no garantizó la selección objetiva y favoreció a quien ya era concesionario del chance en el departamento, único en capacidad de cumplir los requisitos exigidos; también cuestionó la legalidad del acto de adjudicación con sustento en los mismos argumentos.

2) El tribunal de primera instancia declaró la nulidad del pliego de condiciones y del acto de adjudicación por considerar que (i) el plazo para confeccionar las ofertas no garantizó la selección objetiva porque era insuficiente para que un tercero preparara las condiciones exigidas, circunstancia que favoreció indebidamente a quien ya ejecutaba la concesión y, (ii) que la no publicación de la oferta del adjudicatario y del acta de cierre de la licitación en el SECOP violaron el principio de publicidad y afectaron la validez de dichos actos; de otro lado, consideró que la anulación de los referidos actos administrativos devino en la invalidez del contrato en tanto le sirvieron de fundamento a la contratación.

3) La entidad demandada y el contratista, quien acude como litisconsorte necesario de aquella, apelaron por considerar que no se configuró ninguna causal de nulidad de los actos administrativos, en síntesis, porque (i) la ley no fija plazos para la presentación de las ofertas, (ii) ningún interesado solicitó ampliarlo ni cuestionó el determinado por la entidad, (iii) los requisitos se conocían desde la publicación de la apertura de la licitación, (iv) la necesidad a contratar desde que se fijó el plazo de la anterior concesión y, (v) la omisión de publicar algunos documentos en el SECOP fue únicamente atribuible a la entidad y no constituye causal de nulidad.

4) La Sala revoca la sentencia apelada y, en su lugar, niega las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante no tenía legitimación en la causa para cuestionar la validez del acto de adjudicación, por cuanto el asunto corresponde a una demanda de simple nulidad en la cual solo es posible decidir en forma objetiva los cargos de nulidad formulados en contra del pliego de condiciones, los

cuales no fueron probados, lo cual impone también revocar la declaración de nulidad del contrato que se fundamentó únicamente en la supuesta ilegalidad de los actos precontractuales; esta última decisión no implica un juicio de legalidad en contra del contrato, el cual no se planteó en la demanda ni el demandante tenía legitimidad para ello, de modo que se limita a revocar la decisión del tribunal sobre este punto porque no está probado el supuesto vicio en el cual este sustentó la anulación del negocio jurídico.

2. Falta de legitimación en la causa por activa del demandante para cuestionar la validez del acto administrativo de adjudicación y del contrato

1) En los términos del artículo 141 del CPACA², los medios de control judicial idóneos para cuestionar la validez de los actos administrativos proferidos con antelación a la celebración del contrato son (i) el de nulidad y (ii) el de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos de los artículos 137 y 138 del mismo código, respectivamente.

2) El pliego de condiciones demandado, por el cual se fijaron las reglas que debían regir la licitación pública número 001 de 2021 adelantada por EDSA con el fin seleccionar al contratista del juego de apuestas permanentes “chance” en el Departamento de Caldas, es un acto administrativo de carácter general que no crea, modifica o extingue alguna situación jurídica particular y concreta, sino que, regula en forma genérica un proceso de selección de contratistas; en tal virtud, es susceptible de ser demandado por cualquier ciudadano y en cualquier tiempo, según lo previsto en el artículo 137 del CPACA el cual dispone:

“ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante

² Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.*

PARÁGRAFO. *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.” (se resalta).*

3) En efecto, cualquier persona está legitimada para promover el control de legalidad abstracto de los actos administrativos generales, sin pretensiones particulares y subjetivas en favor del demandante; por lo expuesto, aunque el ciudadano Andrés Gómez Herrera no participó en la licitación pública de la referencia tiene interés legítimo para demandar la legalidad del pliego de condiciones.

4) Cosa distinta ocurre con el acto administrativo de adjudicación del contrato estatal, el cual crea, modifica y extingue situaciones jurídicas particulares por cuanto decide en forma definitiva el derecho de los interesados en la licitación pública y concluye la respectiva actuación administrativa iniciada con el acto de convocatoria, al tiempo que genera derechos y obligaciones para los futuros contratantes; por tratarse de un acto particular, el medio de control idóneo para controlarlo es el de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual solo puede ser ejercido por los afectados, según lo dispone el artículo 138 del CPACA según el cual:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.” (destaca la Sala).

5) En ese contexto, la legitimación para ejercer el medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, aún respecto de actos precontractuales, solo está radicada en el directo afectado y, en consecuencia, el ciudadano Andrés Gómez Herrera, ajeno al procedimiento de selección de que tratan los hechos de la demanda, no tiene interés legítimo para controvertir la legalidad del acto administrativo de adjudicación de la licitación pública número 001 de 2021 adelantada por EDSA, razón esta suficiente para que las pretensiones esgrimidas en contra de dicho acto no puedan prosperar.

6) En este caso concreto no es viable admitir que el medio de control ejercido en contra del acto de adjudicación es de simple nulidad, toda vez que dicho acto administrativo es de carácter particular y su eventual anulación generaría un restablecimiento automático del derecho respecto de los proponentes no adjudicatarios³, quienes eran los legitimados para enjuiciarlo y podrían, eventualmente, cuestionar la validez del contrato con sustento en ello y/o reclamar un mejor derecho frente a la adjudicación del contrato y sus posibles consecuencias económicas.

7) De igual manera, este aspecto está relacionado con un presupuesto procesal que el juez de segunda instancia debe constatar, aún de oficio⁴, e impone la

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “*artículo 137 (...). Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:*

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. (...)” (se resalta).

⁴ Código General del Proceso, “*Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*”.

revocatoria de la sentencia apelada en tanto declaró la nulidad de la referida decisión y del contrato con sustento en la nulidad de aquella, debido a que quien funge como demandante no estaba habilitado para controvertir la referida decisión administrativa.

8) Por consiguiente, se declara probada la falta de legitimación en la causa del señor Andrés Gómez Herrera para controvertir el acto administrativo de adjudicación y, por tanto, la decisión de fondo se centra en los reproches de validez respecto del pliego de condiciones.

3. Validez del pliego de condiciones

1) El tribunal de primera instancia no podía, válidamente, anular el pliego de condiciones sobre la base de un cargo de nulidad diferente a los planteados en la demanda; esta se estructuró sobre la consideración de que el proceso de selección estuvo direccionado en favor de un oferente por razón de los requisitos de experiencia, capacidad financiera y requerimientos técnicos comerciales que solo este cumplía; sin embargo, la sentencia apelada se fundamentó, parcialmente, en el hecho según el cual se concedió un plazo insuficiente para la confección de la propuestas y acreditación de los requisitos y que fue esto lo que favoreció al adjudicatario y único oferente, censura que no fue planteada en la demanda.

2) La Sala acoge los argumentos de los recursos de apelación según los cuales la determinación de la insuficiencia del referido plazo por parte del tribunal resulta ampliamente subjetiva y carente de respaldo en situaciones concretas y verificables; para este caso concreto, ningún interesado en la adjudicación presentó observaciones al proyecto de pliego ni solicitó ampliación del plazo de la licitación o planteó la necesidad de un término mayor para preparar un ofrecimiento.

3) Sobre este punto, debe advertirse que la ley no dispone un término fijo para la presentación de las propuestas y, en este específico caso, no hay pruebas de que el concedido por la entidad contratante impidió la libre concurrencia al proceso o la selección objetiva, situación que no puede establecerse en forma empírica en

ausencia de elementos demostrativos, tal como la sentencia de primera instancia lo reconoció al señalar lo siguiente:

*“Si bien no existiría un término específico que debiera ser otorgado por la entidad concedente para acreditar tales situaciones, a ojos de esta Sala y **por criterios de experiencia y sana crítica, el término de 10 días para lograr tales gestas resulta claramente insuficiente y beneficia en forma directa a quien ya ejercía como cesionario del contrato de concesión (...)**”* (pág. 15 ED_DRIVETRIB_51SENTENCIA(.pdf) NroActua 2 – negrillas de la Sala).

4) Las reglas de la sana crítica que el tribunal invocó son admitidas en el ordenamiento jurídico para efectos de valorar las evidencias, en los términos del artículo 176 del CGP, pero, no están habilitadas para sustituir la carga de la prueba; en este caso, se reitera, ningún interesado solicitó un plazo mayor durante la licitación ni se justificó su necesidad en sede administrativa ni en el curso de este proceso, de modo que pueda afirmarse, sin hesitación, que el plazo concedido fue insuficiente para que se hicieran presentes otros posibles interesados sobre cuya existencia e imposibilidad de concurrir a la licitación no obra ninguna prueba en el expediente.

5) Por otra parte, en relación con la ausencia de publicación en el SECOP de la oferta del adjudicatario y del acto de cierre de la licitación son irregularidades posteriores a la expedición del pliego de condiciones y, por ende, no tienen la virtualidad de afectar su validez; se trata de situaciones de hecho que no tienen sustento en el contenido del acto administrativo general demandado por lo cual no configuran la causal de nulidad de “falsa motivación” alegada en la demanda ni tampoco permiten advertir una violación de la ley derivada del mencionado acto administrativo demandado.

6) Contrario a lo que estimó el demandante, la ley no prohíbe establecer requisitos que permitan determinar la aptitud de los oferentes para la ejecución de los contratos ni hay elementos de juicio que permitan señalar que estos fueron irrazonables porque imponían condiciones no necesarias para la ejecución del futuro contrato; de otro lado, no se alegó una norma jurídica concreta superior que indique la limitante para la determinación de la experiencia como requisito

habilitante y el pliego de condiciones no exigía contar con los puntos físicos ni con el personal sino ofertar la posibilidad de contar con este.

7) De conformidad con lo expuesto, la Sala revoca la decisión apelada toda vez que no se desvirtuó la legalidad del pliego de condiciones.

4. Costas

Aunque la sentencia fue revocada, no se impone condena en costas en ninguna de las instancias porque el medio de control de simple nulidad se ejerció únicamente en procura de un interés público sin pretensiones subjetivas en favor del demandante, quien resultó vencido, lo anterior en los términos del artículo 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1°) **Revócase** la sentencia de 5 de agosto de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en su lugar se dispone:

PRIMERO. Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa del señor Andrés Gómez Herrera para pretender la nulidad del acto de adjudicación de la licitación pública número 001 de 2021 y, por lo tanto, **abstiénese** de decidir el fondo y mérito de esa súplica de la demanda.

SEGUNDO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. Abstiénese de condenar en costas

2°) **Abstiénese** de imponer condena en costas de segunda instancia.

Expediente: 17001-23-33-000-2021-00266-01 (69.108)

Demandante: Andrés Gómez Herrera

Controversias contractuales

3°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(con aclaración de voto)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de Subsección
(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

(con aclaración de voto)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.