

MEDIO DE CONTROL – Controversias contractuales / SENTENCIA ANTICIPADA – Declara probada excepción mixta de caducidad y falta manifiesta de legitimación en la causa por activa / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRACTUAL – Contra acto administrativo de adjudicación / TERMINACIÓN DEL PODER / RENUNCIA AL PODER - No requiere de auto que la acepte / REVOCATORIA DEL PODER – Debe ser aceptada mediante providencia / RENUNCIA AL PODER – Opera de pleno de derecho

(...) De la lectura del artículo 76 del CGP supra, como lo argumentó el apoderado de la parte demandante se colige que la renuncia al poder no requiere de auto que la acepte, contrario a la revocatoria del poder, la cual sí requiere de una providencia en ese sentido. Así mismo (...) no se requiere, de manera mandatoria, una decisión judicial por parte del despacho que acepte la renuncia al poder presentada por un apoderado. (...) Entonces, de la redacción del artículo 76 del CGP, la doctrina citada por el apoderado recurrente, y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la renuncia operaría de pleno derecho dentro de los 5 días siguientes del memorial presentado al despacho judicial, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido, sin necesidad de auto que la niegue o acepte. En consecuencia, al no ser necesaria la expedición de un auto, mediante el cual se acepte la renuncia del apoderado, se revocará lo pertinente del auto del 26 de marzo de 2021, relativo a la no aceptación de la renuncia presentada por el apoderado demandante y, en su lugar, se dispondrá abstenerse de hacer un pronunciamiento sobre la misma. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la renuncia y revocatoria del poder, consultar: Consejo de Estado, providencia del 14 de junio de 2019, radicado 25000-23-42-000-2019-00512-01 (AC), con ponencia de la Magistrada Marta Nubia Velásquez Rico.

SENTENCIA ANTICIPADA – Procedencia en lo contencioso administrativo / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Noción / CADUCIDAD – Declaración de oficio / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Excepción de carácter mixto / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Puede ser declarada en cualquier etapa del proceso mediante sentencia anticipada / FALTA MANIFIESTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – En cuanto a la pretensión de nulidad del contrato / SENTENCIA ANTICIPADA – Declara probada excepción mixta de caducidad y falta manifiesta de legitimación en la causa por activa

(...) La caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio y una excepción de carácter mixto que en preceptiva del artículo 182A (numeral 3°) de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021, puede declararse en cualquier estado del proceso a través de sentencia anticipada. Agotada la etapa de presentación de alegatos de conclusión, la Sala encuentra que procede declarar probada la excepción mixta de caducidad de la acción, puesto que se pretende la nulidad de la Resolución No. 2700-1 del 30 de diciembre de 2015, a través de la cual se adjudicaron los 15 cupos correspondientes al género femenino y se declaró desierta la adjudicación de los 60 cupos correspondientes al género masculino dentro del proceso de contratación No. FFDS-SAMC-011-2015, acto administrativo de carácter precontractual que, de acuerdo con lo dispuesto en el literal c) del numeral segundo del artículo 164 del C.P.A.C.A., debía demandarse en el término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso. De igual forma, corre la misma suerte la pretensión de nulidad absoluta del contrato No. 1744-2015 del 30 de diciembre de 2015, suscrito entre el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD y REMY IPS SAS, pues se fundó en el hecho de no haber sido favorecido en el acto de adjudicación, por lo que además de

configurarse la caducidad del medio de control, la demandante tampoco tendría legitimación en la causa por activa para incoar la pretensión de nulidad del contrato. (...)

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto al cómputo del término de caducidad del medio de control cuando se demanda el acto de adjudicación, consultar: Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 5 de febrero de 2021, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Rad. No. 66.277.

FUENTE FORMAL: Ley 1437 de 2011 (Art. 164, 182A); Ley 2080 de 2021 (Art. 38, 42, 86); Código General del Proceso (Art. 76, 118); Ley 1150 de 2007 (Art. 9).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA SUB SECCIÓN C

Bogotá D.C., cinco (05) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

MEDIO DE CONTROL-CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Radicado:	25000 – 23 – 26 – 000 – 2017 – 01926 – 00
Actor:	REMY IPS SAS
Demandado:	FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD Y OTROS
Tema:	SENTENCIA ANTICIPADA – DECLARA EXCEPCIÓN MIXTA DE CADUCIDAD Y FALTA MANIFIESTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA
Sentencia No:	SC03 – 0521 - 3031
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ORAL

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta lo dispuesto en numeral tercero del artículo el 182A de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021, procede la Sala a dictar sentencia anticipada en el proceso iniciado por **REMY IPS SAS**, contra el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD, DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ** y la **CLÍNICA SANTO TOMÁS SA**, en ejercicio del medio de controversias contractuales.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

En la demanda presentada el 10 de octubre de 2017¹, la Sociedad demandante **REMY IPS SAS** formuló las siguientes pretensiones:

“Pretensión principal. –

- a) *Que se revoque la Resolución No. 2700-1 del 30 de diciembre de 2015 a través de la cual se adjudicó los 15 cupos correspondientes al género*

¹ Fol. 22 c1.

femenino y se declaró desierto los 60 cupos correspondientes al género masculino dentro del proceso de contratación No. FFDS-SAMC-011-2015, teniendo en cuenta que REMY IPS SAS cumplió con el lleno de los requisitos que preveía el pliego de condiciones para estos 85 cupos.

- b) Como consecuencia de lo anterior, que se declare nulo absolutamente el contrato No. 1744-2015 de fecha 30 de diciembre de 2015 suscrito entre el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD y LA CLÍNICA SANTO TOMÁS S.A.
- c) Que se declare la viabilidad para la suscripción del contrato entre el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD y REMY IPS S.A.S por los 15 cupos de carácter femenino y los 60 cupos de carácter masculino por el término y condiciones iniciales.

Pretensión subsidiaria

- a) *En caso que no prospere la viabilidad para suscribir el contrato entre el FONDO FINANCIERO DISTRTIAL DE SALUD y REMY IPS S.A.S. por los 15 cupos de carácter femenino y los 60 cupos de carácter masculino, que se condene al Fondo Financiero de Salud Distrital, Secretaría de Salud y Alcaldía Mayor de Bogotá, al pago de los perjuicios que se estiman en cuantía de quinientos sesenta y tres millones seiscientos mil pesos moneda corriente (\$563.600.000) a favor de REMY IPS SAS.*
- b) *Se actualicen las sumas a la fecha de la sentencia,*
- c) *Se condene en costas al Fondo Financiero Distrital, Secretaría de Salud y Alcaldía Mayor de Bogotá.”*

2.2. Hechos.

En síntesis, el fundamento fáctico de la demanda se sintetiza en lo siguiente:

1. El 22 de septiembre de 2015, el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD, publicó en el SECOP, el proyecto de pliego de condiciones del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. FFDS-SAMC-011-2015, el cual tenía por objeto la contratación de los servicios de salud para la atención psiquiátrica integral y asistencia social para las personas que fueran declaradas judicialmente inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica y a quienes se les hubiese impuesto medida de seguridad o de protección consistente en la internación, para un total de 15 cupos para mujeres y 60 cupos para hombres.
2. La Sociedad REMY IPS SAS fue proponente en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. FFDS-SAMC-011-2015.
3. Mediante Resolución 2700-1 del 30 de diciembre de 2015 la Entidad Contratante resolvió:
 - (i) Que por encontrar válida la recomendación efectuada por el Comité de Contratación y Adjudicaciones de la Entidad, efectuado en fecha

18 de diciembre de 2015, adjudicar los quince (15) cupos correspondientes al género femenino a la Clínica Santo Tomás.

- (ii) Declarar desiertos los sesenta (60) cupos correspondientes al género masculino, en atención a que los proponentes que presentaron propuestas para estos cupos no se encontraban habilitados.
4. En cumplimiento de la Resolución 2700-1 del 30 de diciembre de 2015, se suscribió el contrato No. 1744-2015 del 30 de diciembre de 2015, entre el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD y la CLÍNICA SANTO TOMÁS SA.

2.3. Trámite de la demanda y contestaciones.

- El 04 de mayo de 2018 el Despacho inadmitió la demanda y concedió el término de 10 días para que se subsanara la misma. (fol. 25 c1).
- Con proveído del 10 de mayo de 2019 el Despacho admitió la demanda de controversias contractuales presentada por la sociedad **REMY IPS SAS**, en contra del **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD, DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** y la **CLÍNICA SANTO TOMÁS SA**. (fol.34-35 c1).
- El auto admisorio del líbello se notificó a las demandadas el 26 de septiembre de 2019, por lo que el término para su contestación venció el 19 de diciembre de 2020. (fol. 47-54 c1).
- **En término, el 28 de noviembre de 2019, la Clínica Santo Tomás SA contestó la demanda**, y propuso las excepciones de *“caducidad, inexistencia de interés directo actuar”* (falta de legitimación material en la causa por activa), *“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales. No se señala la causal de nulidad -normas violadas y el concepto de la violación, inexistencia de causal de nulidad, nemo auditur propiam turpitudinem allegans, y excepción genérica”*. (fol. 55-65 c1).
- **En término, el 18 de diciembre de 2019 la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero Distrital de Salud, dieron contestación al líbello**, y propusieron las excepciones de inepta demanda, improcedencia de nulidad del contrato 1744 de 2015, la de *“selección y ejecución del contrato”*, y la excepción de oficio. (fol. 119-124 c1).
- El 12 de marzo de 2020 se corrió traslado de las excepciones propuestas. (fol. 139 c1).
- Mediante el Acuerdo No. PCSJA20-11517 de 2020 el Consejo Superior de la Judicatura dispuso la suspensión de términos judiciales en todo el país a partir del 16 de marzo de 2020, la cual se prorrogó hasta el 30 de junio de

2020, siendo levantada por el Acuerdo No. PCSJA20-11567 de 2020 a partir del 01 de julio de ese año.

- Con auto del 26 de marzo de 2021 el Despacho dispuso:
 - (i) Correr traslado a las partes para alegar de conclusión, en razón a la causal de sentencia anticipada.
 - (ii) “2.2. *Otras consideraciones:*

Obra a folio 137 memorial del Doctor Juan Manuel Díaz Guerrero, mediante el cual informó al Despacho la renuncia como apoderado de la parte demandante. Así mismo, adjuntó comunicación de renuncia presuntamente radicada ante la sociedad Remy IPS SAS, y recibida por la señora Sandra Gutiérrez el “24 02 202 (sic)”.

Sin embargo, el Despacho no aceptará la renuncia al poder, pues no se tiene claro si la señora Sandra Gutiérrez, persona que recibió la comunicación de renuncia, funge o no en las dependencias de la Sociedad demandante.

Por último, se requerirá a la Sociedad demandante para que, de ser el caso, designe nuevo apoderado judicial”.

III. RECURSO DE REPOSICIÓN Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Apoderado parte demandante.

El 09 de abril de 2021, el apoderado demandante interpuso recurso de reposición en torno a la decisión de no haber aceptado la renuncia del Doctor Juan Manuel Díaz Guerrero y sustentó:

- Según el artículo 76 del CGP, la renuncia pone término al poder después de 5 días después de presentado el memorial de renuncia al Juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido, sin que se la norma tenga previsto que debe proferirse un auto admitiendo la renuncia al poder.

En el mismo sentido, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco ha disertado que *“tampoco tiene previsto la ley que se profiera un auto admitiendo la renuncia, el que existe en el caso de la revocatoria y que se justifica por cuanto a partir de su notificación se cuenta el plazo para que el revocado pueda solicitar ante el mismo juez la fijación de honorarios, posibilidad inexistente en el caso de la renuncia”.*

- No obstante, se remiten soportes que evidencian que la señora Sandra Gutiérrez sí obra en las dependencias de la Sociedad poderdante, lo que permite concluir que la comunicación de renuncia sí fue recibida por el extremo demandante.

- Manifestó que de todas maneras, el día 09 de abril de 2021 había enviado la comunicación de renuncia a los correos electrónicos para notificaciones de la Sociedad demandante, esto es, NOTIFICACIONESJUDICIALESREMY@GMAIL.COM y GERENCIA@REMYIPS.COM.CO
- Señaló que como quiera que había interpuesto recurso de reposición en contra del auto que fijó un término para presentar alegatos de conclusión y, se está cuestionando la decisión de no haber aceptado la renuncia al poder, en aplicación del artículo 118 del CGP, el término se encuentra interrumpido.

3.2. Alegatos de conclusión Clínica Santo Tomás SA.

El 12 de abril de 2021 el apoderado de la Clínica Santo Tomás SA alegó que las razones de hecho y de derecho señaladas en el escrito de contestación de la demanda subsisten íntegramente, por lo que reiteró las excepciones propuestas y manifestó que se referían fundamentalmente a la caducidad del medio de control.

3.3. El Ministerio público no rindió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Cuestión previa – recurso de reposición contra la decisión de no aceptar la renuncia al poder del apoderado de la parte demandante, Doctor Juan Manuel Díaz Guerrero.

El artículo 76 del CPG establece:

“Artículo 76. Terminación del poder.

El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la

comunicación enviada al poderdante en tal sentido. (Subrayas y negrillas agregadas).

De la lectura del artículo 76 del CGP *supra*, como lo argumentó el apoderado de la parte demandante se colige que la renuncia al poder no requiere de auto que la acepte, contrario a la revocatoria del poder, la cual sí requiere de una providencia en ese sentido.

Así mismo, el Consejo de Estado, en sentencia del 14 de junio de 2019 dentro del radicado 25000-23-42-000-2019-00512-01 (AC) con ponencia de la Magistrada Marta Nubia Velásquez Rico, consideró que no se requiere, de manera mandatoria, una decisión judicial por parte del despacho que acepte la renuncia al poder presentada por un apoderado.

“En ese sentido, aunque aparentemente hubo un desconocimiento del juez frente al memorial de renuncia al poder que presentó el abogado Morales Pacheco, lo cierto es que esta no requería, de manera mandatoria, una decisión judicial por parte del despacho.

Al respecto, en auto de 29 de febrero de 2016, se consideró:

“En cuanto a la renuncia al poder presentada, la Sala se abstendrá de hacer un pronunciamiento sobre la misma por cuanto la apoderada del Municipio de Barrancabermeja no aportó la comunicación que establece el artículo 76 del Código General del Proceso (...)”².

Ahora, con el recurso de reposición el apoderado demandante, para probar que la señora Sandra Gutiérrez sí trabajaba en las dependencias de la Sociedad demandante, aportó copia de una renuncia presentada en otro proceso ante el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá D.C., con la comunicación de la renuncia recibida por la señora Sandra Gutiérrez; así mismo, informó que el 09 de abril de 2021 había reenviado la comunicación de renuncia a los correos electrónicos de la Sociedad demandante.

Entonces, de la redacción del artículo 76 del CGP, la doctrina citada por el apoderado recurrente, y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la renuncia operaría de pleno derecho dentro de los 5 días siguientes del memorial presentado al despacho judicial, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido, sin necesidad de auto que la niegue o acepte.

En consecuencia, al no ser necesaria la expedición de un auto, mediante el cual se acepte la renuncia del apoderado, se revocará lo pertinente del auto del 26 de marzo de 2021, relativo a la no aceptación de la renuncia presentada por el apoderado demandante y, en su lugar, se dispondrá abstenerse de hacer un pronunciamiento sobre la misma.

Ahora, el artículo 118 del CGP establece que:

“cuando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley,

² M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 50.986.

este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso.”

Sin embargo, el recurso fue interpuesto contra una consideración accesoria del auto del 26 de marzo de 2021, esto es, contra la decisión de no aceptar la renuncia del apoderado demandante, que, además, no requería de pronunciamiento judicial en ese sentido. Así mismo, el tema central del auto de 26 de marzo de 2021 consistió en correr traslado para alegar de conclusión en vista de una causal de sentencia anticipada y, en aquella providencia, también se requirió a la Sociedad demandante para que, de ser el caso, nombrara un nuevo apoderado judicial.

Así las cosas, el recurso de reposición interpuesto por el abogado Juan Manuel Díaz Guerrero, no impide que se prosiga con la actuación y se proceda a realizar el siguiente análisis.

4.2. Problema jurídico

¿Está probada la excepción mixta de caducidad del medio de control y de falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad demandante y, en consecuencia, procede declararlas a través de sentencia anticipada?

4.3. Tesis

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio y una excepción de carácter mixto que en preceptiva del artículo 182A (numeral 3°) de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021, puede declararse en cualquier estado del proceso a través de sentencia anticipada.

Agotada la etapa de presentación de alegatos de conclusión, la Sala encuentra que procede declarar probada la excepción mixta de caducidad de la acción, puesto que se pretende la nulidad de la Resolución No. 2700-1 del 30 de diciembre de 2015, a través de la cual se adjudicaron los 15 cupos correspondientes al género femenino y se declaró desierta la adjudicación de los 60 cupos correspondientes al género masculino dentro del proceso de contratación No. FFDS-SAMC-011-2015, acto administrativo de carácter precontractual que, de acuerdo con lo dispuesto en el literal c) del numeral segundo del artículo 164 del C.P.A.C.A., debía demandarse en el término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso.

De igual forma, corre la misma suerte la pretensión de nulidad absoluta del contrato No. 1744-2015 del 30 de diciembre de 2015, suscrito entre el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD y REMY IPS SAS, pues se fundó en el hecho de no haber sido favorecido en el acto de adjudicación, por lo que además de configurarse la caducidad del medio de control, la demandante tampoco tendría legitimación en la causa por activa para incoar la pretensión de nulidad del contrato.

4.4. Sobre la procedencia de la sentencia anticipada.

La Ley 2080 de 25 de enero de 2021 es aplicable en el presente asunto, en el que se resolverá sobre la prosperidad de la excepción de caducidad del medio de control, en virtud de lo estipulado en el artículo 86 de la misma Ley, relativo a su vigencia y transición, en tanto que prevé lo siguiente:

“La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

*De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley **prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.***

*En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, **las audiencias convocadas**, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes** cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, **se iniciaron las audiencias o diligencias [Destaco]**, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones” (Negrilla fuera de texto).*

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021: *“Las excepciones de cosa juzgada, **caducidad**, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, **se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A**” (Negrilla fuera de texto).*

A su vez, el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 adicionó el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011 y en su numeral 3° dispuso que se podrá dictar sentencia anticipada: *“(...) **En cualquier estado del proceso**, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la **caducidad**, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva”.*

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2080 de 2021, las excepciones conocidas como mixtas, entre estas la de caducidad y falta manifiesta de legitimación en la causa, deben declararse fundadas a través de sentencia anticipada, la cual puede preferirse **en cualquier estado del proceso.**

4.5. Se encuentra probada la prosperidad de la excepción de caducidad y de falta manifiesta de legitimación en la causa por activa.

4.5.1. Caducidad.

En cuanto al específico aspecto de caducidad del medio de control, se tiene que cuando se trata de la pretensión de nulidad de actos administrativos precontractuales se rige por el literal c) del numeral segundo del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, que dispone:

“(…) La demanda deberá ser presentada: (…)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

*c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, **el término será de cuatro (4) meses** contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso; (se destaca)*

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, aplicable al proceso de contratación No. FFDS-SAMC-011-2015 del Fondo Financiero Distrital de Salud, la adjudicación en procesos de licitación pública obligatoriamente debe hacerse en audiencia pública, y la decisión se entenderá **notificada** al proponente favorecido, previo pronunciamiento de los interesados respecto de las observaciones y los informes de evaluación que preceden tal determinación. Textualmente, la aludida disposición señala:

*“ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, **que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.***

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación”.

Corresponde armonizar el artículo transcrito con lo dispuesto en artículo 65 del CPACA, sobre el deber de *publicación* de los actos administrativos de carácter general, y lo previsto en el artículo 66 *ibidem*, sobre el deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular conforme a las disposiciones establecidas en dicho Código, donde se establece como modalidad de notificación personal la que se surte en estrados, en tanto que el artículo 67 *ibidem* la describe así: “*Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos*”.

A su vez, el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 establece la obligación de las entidades contratantes de publicar en el SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días

siguientes a su expedición, de modo que a través de esa plataforma se materializa la comunicación de los actos del proceso licitatorio.

En interpretación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 se entiende que la notificación del acto de adjudicación del proceso licitatorio se surte frente al proponente adjudicatario en estrados en la audiencia de adjudicación, pero la comunicación de la decisión también se entiende cumplida a los no adjudicatarios desde que se profiere la decisión en la audiencia de adjudicación.

Este mismo entendimiento ha sido asumido por el Consejo de Estado, al sostener que:

“[E]l artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 prevé que la adjudicación en procesos de licitación pública obligatoriamente debe hacerse en audiencia pública, y la decisión se entenderá notificada al proponente favorecido previo pronunciamiento de los interesados respecto de las observaciones y los informes de evaluación que preceden tal determinación. [C]uando el acto de adjudicación se realiza en audiencia, es decir, es comunicado de manera verbal al público, la ley entiende cumplida la notificación frente al proponente adjudicatario; razonamiento que, por la forma en que se da a conocer la decisión, hace coincidir el momento en que es comunicado el acto a los demás interesados participantes en el proceso, de modo que este hito es el que marca el inicio del cómputo del plazo de caducidad”³.

Asimismo, el antecedente jurisprudencial citado descarta que el término de caducidad deba contarse desde la publicación del acto administrativo de adjudicación en el SECOP, al señalar:

“Ahora, contrario a lo manifestado por el apelante, considera la Sala que no resulta viable contabilizar el término de caducidad desde el día en que se publicó el acto administrativo en el SECOP, esto es, el 2 de julio de 2019, por cuanto, como se explicó antes, la Resolución 0922 de 2019 fue expedida, notificada, y comunicada en la audiencia pública de adjudicación al Consorcio demandante, de modo que desde esa fecha tuvo conocimiento del contenido del acto enjuiciado y por lo mismo podía acudir al aparato jurisdiccional para controvertir la legalidad del acto administrativo y petitionar el restablecimiento de los derechos que estimó lesionados”

Al respecto, de lo probado en el expediente, la Sala advierte lo siguiente:

1. Mediante Resolución 2700 del 30 de diciembre de 2015, el Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud, adjudicó los 15 cupos correspondientes al género femenino a la CLÍNICA SANTO TOMÁS, por valor de \$218.160.000.
2. Mediante la misma Resolución 2700 del 30 de diciembre de 2015, el Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud declaró desierta la adjudicación de los 60 cupos correspondientes al género masculino, en atención a que los proponentes no se encontraban habilitados.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 5 de febrero de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Rad. No. 66.277.

3. Que contra la Resolución 2700 del 30 de diciembre de 2015 no se interpusieron recursos.
4. En virtud de la Resolución 2700 del 30 de diciembre de 2015 se firmó el contrato 1744 de 30 de diciembre de 2015.

Sin embargo, a pesar de que la Resolución 2700 tenga como fecha de emisión el 30 de diciembre de 2015, la Sala encuentra que la audiencia de adjudicación de celebró el 29 de diciembre de 2015 y en ella se dio lectura al acto administrativo de adjudicación y de declaratoria de desierta de la licitación, como se evidencia en el audio de la audiencia visible en el expediente contractual del SECOP.⁴

Por esa razón, desde una interpretación garantista, la Sala tomará como punto de partida para efectuar el cómputo del término de caducidad, la fecha de publicación de la Resolución 2700 en el SECOP, esto es, el 05 de enero de 2016⁵, por lo que se tendría que los 4 meses para demandar ese acto precontractual, fenecieron el 05 de mayo de 2016.

Ahora bien, aun considerando la fecha de publicación del acto administrativo en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – **SECOP**-, la Sala advierte que el término de 4 meses con que contaba la demandante para radicar el medio de control contra ese acto precontractual, estaba vencido a la fecha de solicitud de conciliación prejudicial, esto es, 24 de abril de 2017, y a la fecha de presentación de la demanda, esto es, 10 de octubre de 2017.

De otra parte, en cuanto a la pretensión de nulidad del contrato 1744 de 2015 la demandante no cuenta con legitimación en la causa por activa, pues su argumentación gira en torno a que era la mejor proponente para ser adjudicataria del contrato, cuestión que debió formularla en ejercicio del control de legalidad contra el acto de adjudicación, y no en una controversia contractual contra el contrato 1744 de 2015.

Al respecto el Consejo de Estado en Sentencia del 06 de noviembre de 2020, radicado 66022 con ponencia del Magistrado José Roberto SÁCHICA Méndez, consideró:

“[C]omo la pretensión de nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios (...), se fundamenta únicamente en “la desviación de poder” y las irregularidades que, según la actora, se presentaron en la etapa precontractual, estima la Sala que no basta esa circunstancia para acreditar el interés directo para demandar la nulidad

⁴ https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-11-4249589&g-recaptcha-response=03AGdBq24mOjkkqJQB06Km-mZmVd4_Rguan_1UclXLPAXRAZ9WPJCITa7ePJe1S2o9E6uHGjODnWvh_52JXEQTAD87_SPWc7RGCA_OVT8wbdOfHd_A8uH2pzHXvLp-QHiysWxvX174NOvW7XQNTHERHg0XAZUA2o08e5pnmKpkWg9WULX9VeNnbguCrJLwvURXQnrF07kKPUT6RGUr8WsQM_JfRy7DDTMuDPwI5njdVI7t49flsKQZKt8JEyynNRjm30-XB2gGqjdkaYrkk4_Xr2zwoUcoV36Vjsr62jtasyoTzyDOK6svatORVrkXwj6c7ChanFoGrgQyPDccN6JB8fQMGNNSs1B688r2ACqPUED68vMkBAcknMOeKOaiFrXyV37RHk7t-6JKUMNnCH-mzH7kzAVF28E8Gzm05rhExUbMr9aTPPIW63uDjYoeylHrTmXVrfL6FEB5U893JIZaiQe7LmNENwYQ

⁵ https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-11-4249589&g-recaptcha-response=03AGdBq24mOjkkqJQB06Km-mZmVd4_Rguan_1UclXLPAXRAZ9WPJCITa7ePJe1S2o9E6uHGjODnWvh_52JXEQTAD87_SPWc7RGCA_OVT8wbdOfHd_A8uH2pzHXvLp-QHiysWxvX174NOvW7XQNTHERHg0XAZUA2o08e5pnmKpkWg9WULX9VeNnbguCrJLwvURXQnrF07kKPUT6RGUr8WsQM_JfRy7DDTMuDPwI5njdVI7t49flsKQZKt8JEyynNRjm30-XB2gGqjdkaYrkk4_Xr2zwoUcoV36Vjsr62jtasyoTzyDOK6svatORVrkXwj6c7ChanFoGrgQyPDccN6JB8fQMGNNSs1B688r2ACqPUED68vMkBAcknMOeKOaiFrXyV37RHk7t-6JKUMNnCH-mzH7kzAVF28E8Gzm05rhExUbMr9aTPPIW63uDjYoeylHrTmXVrfL6FEB5U893JIZaiQe7LmNENwYQ

del mismo, esto es, un interés sustancial, personal, serio y actual, pues no se revela uno distinto al que lo legitimaba para obtener el beneficio esperado al considerar que fue el mejor proponente.”

(...)

“En este orden de ideas, si bien la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional ha entendido que el proponente vencido es de aquellos terceros que tienen un interés directo, se debe precisar que, cuando ese interés **se relaciona únicamente con el acto de adjudicación que se considera ilegal, la legitimación de dicho proponente para pretender la nulidad del contrato depende de que no haya operado la caducidad respecto de su pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, pues de lo contrario, será un tercero llanamente o sin interés directo.**

No obstante, advierte la Sala que quien ha dejado vencer los términos para reclamar oportunamente el resarcimiento de los daños puede pretender que se declare la nulidad absoluta del contrato, siempre y cuando acredite algún otro tipo de interés directo en ello, **que no surja de su condición de proponente no beneficiario de la adjudicación del contrato, es decir, siempre que su interés no tenga relación con el acto previo,** sino con la celebración misma del contrato -situación que no ocurre en este caso-, tal como lo puede hacer también cualquier otro tercero que no haya participado en el proceso de selección y que tenga interés directo para formular esta última pretensión, como lo fue el caso, por ejemplo, en el que esta Subsección determinó que el Invías, a pesar de no haber sido parte en el procedimiento de selección que dio origen al acto acusado y a la consecencial celebración del negocio jurídico, se encontraba legitimado en la causa por activa para pretender la nulidad absoluta del contrato estatal que allí se cuestionaba, con sustento en lo siguiente:

“En el caso particular se evidencia que en el expediente reposa el convenio específico de cooperación No. 649 el 31 de mayo de 2013, celebrado entre el Invías y el departamento del Magdalena, cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo - Sitionuevo - Remolino - Guaimaro en el departamento del Magdalena. En la cláusula novena del referido convenio se acordaron las obligaciones asumidas por el ente territorial...”

“A su turno, el Instituto contrajo las siguientes obligaciones ...

‘2. Girar al DEPARTAMENTO el valor de su aporte a partir del año 2014, atendiendo lo establecido en el documento CONPES 3742 de 2013 (...), distribuido de la siguiente manera: Vigencia 2014: \$70'000.000.000, vigencia 2015: \$70'000.000.000; y vigencia 2016: \$126.900'000.000, de manera proporcional al avance de las obras, contratados y aprobadas recibidas a satisfacción por la interventoría que se contrata para tal efecto. 3.- Apoyar técnicamente al DEPARTAMENTO en las cuestiones que demande para la correcta contratación de las obras, objeto del presente convenio, suministrando igualmente los diseños Fase III con que cuenta según comunicación DT-ATL-37236’.

“En desarrollo de esa obligación, el departamento del magdalena abrió la Licitación LP-DM -07-2013, con el objeto de escoger al contratista para realizar las obras de mejoramiento de la vía Palermo -Sitionuevo - Remolino - Guaimaro, que culminó con la Resolución de adjudicación materia de impugnación y con la celebración del contrato de obra sobre el cual recae la solicitud anulatoria.

*“Así las cosas, es claro para la Sala que **el Invías se encuentra legitimado en la causa por activa para impetrar la pretensión de nulidad contra el acto de adjudicación y la de nulidad absoluta del contrato celebrado** como producto de esta, **dado que las normas que consagran la legitimación en manera alguna imponen que deba derivarse exclusivamente del hecho de haber sido un oferente no favorecido dentro del procedimiento de selección**”⁶ (negrilla fuera del texto).*

Lo mismo se puede predicar, por ejemplo, en el caso de los familiares del contratista sobre quien recae alguna clase de interdicción, evento en el cual tendrían la calidad de terceros interesados en la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, con el fin de proteger el patrimonio familiar, pues podrían sufrir un perjuicio por la celebración y la ejecución o por la inejecución de ese negocio jurídico; pero, en casos como este que se acaba de citar, a modo de ejemplo, resulta indispensable acreditar que se tiene tal clase de interés.

*Ahora bien, en concordancia con lo indicado, respecto de lo que debe entenderse por interés directo, resulta ilustrativo traer a colación lo que señala el tratadista Hernando Devis Echandía al referirse a él como el “interés en la pretensión u oposición para la sentencia de fondo” y que “hace referencia a la **causa privada y subjetiva que tiene el demandante para instaurar la demanda**, el demandado para contradecirla y el tercero para intervenir en el proceso”⁷ (se subraya); también señala que ese interés debe ser “sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual”⁸.*

(...)” (Subrayas y negrillas agregadas).

En consecuencia, toda vez que la pretensión de nulidad del contrato 1744 de 2015 se relaciona únicamente con el acto de adjudicación que se considera ilegal y, visto que respecto de esa pretensión operó la caducidad del medio de control, no tendría legitimación en la causa por activa para pretender la nulidad absoluta del contrato.

En consecuencia, la Sala encuentra verificada la configuración de la excepción mixta de caducidad y la de falta manifiesta de legitimación en la causa por activa y, se procederá a declararla a través de esta sentencia anticipada.

Por último, la Sala aclara que al no haberse interpuesto la demanda oportunamente, no procede emitir pronunciamiento de fondo frente al litigio, lo que en modo alguno implica prohijar una conducta contraria a los principios de la contratación estatal, sino acatar las disposiciones legales en materia de caducidad como expresión del principio de seguridad jurídica y el interés general, puesto que la parte demandante estaba obligada a interponer oportunamente la demanda para hacer valer sus derechos y someter a discusión sus pretensiones indemnizatorias.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2020, expediente 62.538, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁷ DEVIS ECHANDÍA. Hernando: “Teoría General del Proceso”, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2017, pág. 223.

⁸ (idem pág. 224). **i) Sustancial**, porque “no es suficiente que el demandante crea que necesita la sentencia” (idem), que resuelva de fondo las pretensiones o las excepciones, **ii) subjetivo**, porque debe predicarse en beneficio propio del demandante, **iii) concreto**, porque “debe existir en cada caso especial, respecto de una determinada relación jurídica material, y es atinente a las peticiones formuladas en determinada demanda...” (idem), **iv) serio**, porque, aunque puede ser de naturaleza económica o no, deja “de ser suficiente si se trata de un interés simplemente académico o dialéctico, aún más, si es de carácter malévolo y se dirige a causar daño al demandado, sin beneficio jurídico, moral o material para el actor” (idem, pág. 225) y **v) actual**, porque “si no existe en el momento en que se constituye la litis contestatio, no se justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia de la relación jurídica sustancial o del derecho subjetivo pretendido” (idem).

4.6. No procede condenar en costas a la parte demandante.

La condena en costas no es una regla aplicación forzosa y general, porque exige del juez la valoración de la conducta de las partes.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre la condena en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso⁹.

Las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual “*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”, situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

De otra parte, esta jurisdicción tiene como objeto, conforme prescribe el artículo 103 del C.P.A.C.A., la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y resulta adverso al alcance material de tales garantías y del patrimonio público la condena en costas, salvo que se demuestre una actuación torticera, o maniobra dilatoria o acto contrario a la buena fe o a la lealtad procesal con el juez o con las partes e intervinientes.

Analizado dicho aspecto, la Sala estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, - Subsección “C”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada oficiosamente las excepciones de caducidad del medio de control y de falta de legitimación en la causa por activa de la Sociedad demandante, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

CUARTO: Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, con las constancias de rigor, y **ARCHIVAR** el expediente.

⁹ 2. Tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse. Tomado de: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

