

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL / INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

[H]a de señalarse que, desde que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público evaluó jurídicamente las ofertas que se presentaron en la licitación que abrió para contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada en sus diferentes dependencias ubicadas en la ciudad de Bogotá, la unión temporal de la cual hacía parte integrante VISE LTDA. mostró su inconformidad en cuanto a la afirmación que se hizo en relación con que dicha figura asociativa se encontraba incurso en una causal de inhabilidad, por el supuesto vínculo de parentesco que existía entre uno de los miembros de la junta directiva de dicha sociedad y el ministro de turno. [...] De cara al caso concreto y teniendo en cuenta la norma en mención, ha de señalarse que la supuesta inhabilidad [literal b), numeral i), artículo 8 de la Ley 80 de 1993] se concretó desde el mismo momento en que la unión temporal de la que hacía parte la sociedad VISE LTDA. presentó oferta en la licitación [...], pues es una de aquellas que obra de pleno derecho y que, por consiguiente, no requiere de declaración mediante acto administrativo. En la evaluación que se hizo de la referida oferta se consignó que dicha figura asociativa se encontraba incurso en causal de inhabilidad, situación que fue cuestionada por la parte actora el 25 de noviembre de 2002, [...] para efectos del conteo de caducidad, deba tenerse en cuenta esa fecha, pues a partir de ahí resulta razonable entender que VISE LTDA. conoció de la existencia de la inhabilidad en la que habría incurrido. No está de más precisar que, aun cuando la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA. retiró la oferta que había presentado el 23 de octubre de 2002, tal circunstancia no impedía su evaluación, en razón de que la oferta es irrevocable según lo dispuesto en el artículo 846 del Código de Comercio, por lo que, de todas formas, se habría ocasionado la inhabilidad referida desde el mismo momento en que dicha figura asociativa participó en la licitación que adelantó el Ministerio de Hacienda. [...] [C]omo uno de los reproches de la demanda consistió en la afirmación de la supuesta inhabilidad que recayó en VISE LTDA [...] -hecho que, según indicó, le impidió presentarse a licitaciones y celebrar contratos con el Estado-, que fue conocida desde el 25 de noviembre de 2002 por lo ya expuesto, el término de caducidad de los 2 años para demandar en reparación directa venció el 26 de noviembre de 2004 y teniendo en cuenta que el libelo se presentó el 30 de noviembre de 2005, la Sala concluye que operó el fenómeno de la caducidad. En ese mismo sentido debe computarse el término de caducidad en cuanto al otro reproche de la demanda, consistente en la omisión que se le endilgó a la entidad demandada por no pronunciarse de manera definitiva en relación con la supuesta inhabilidad, pues a partir del 25 de noviembre de 2002 debe entenderse que cesó la supuesta omisión, toda vez que en esa fecha VISE conoció de la existencia de la inhabilidad por la participación en la licitación que adelantó el Ministerio de Hacienda. Por consiguiente, también operó la caducidad en lo que a este punto concierne.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / CÓDIGO DE COMERCIO ARTÍCULO 846

INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

hay dos tipos de inhabilidades: (i) las que requieren de la existencia de un acto administrativo para su configuración (por ejemplo, el que declara la caducidad o el que dispone la destitución) y (ii) las que simplemente se concretan con la ocurrencia del hecho, bien sea por la participación en la licitación, por la celebración del contrato o por el vencimiento del plazo para su firma, es decir, que estas últimas inhabilidades operan de pleno derecho, por ende, no requieren de

declaración mediante acto administrativo. Esta diferencia adquiere relevancia porque las inhabilidades enunciadas en el punto (i) se extienden por el término de 5 años a partir de la ejecutoria del correspondiente acto, mientras que las del punto (ii), bajo el entendido de que operan de pleno derecho y de que no requieren ser declaradas mediante acto, se extienden por el mismo lapso de 5 años pero contado desde la ocurrencia del respectivo hecho.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 8

ETAPA PRECONTRACTUAL / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE

Para la Sala, haciendo una lectura íntegra de los supuestos fácticos de la demanda [...] [L]a acción que procedía, en efecto, era la de reparación directa y no otra: la acción de controversias contractuales no era pertinente, porque la discusión no gira en torno a un contrato; las de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho tampoco, pues, a pesar de que se hizo referencia a unos hechos y omisiones que se surtieron en la etapa precontractual [...] lo cierto es que en la demanda no se cuestionó ningún acto -expedido durante la aludida etapa- susceptible de ser enjuiciado por medio de estas dos acciones. A lo anterior se agrega que, cuando por vía judicial se pretende cuestionar las actuaciones de la Administración dentro de la etapa precontractual, generalmente procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando medien actos administrativos susceptibles de ser atacados por este medio. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, aunque la parte demandante cuestiona actuaciones surtidas en la licitación que adelantó el Ministerio de Hacienda, [...] lo cierto es que los informes de evaluación de las ofertas, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, son actos de trámite que no constituyen actos administrativos de ser atacados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] [C]omo en este caso no se evidencia que la propuesta presentada por la unión temporal que integraba VISE LTDA. hubiere sido rechazada por el Ministerio de Hacienda en la licitación [...], ni tampoco se cuestiona ningún acto expedido durante la etapa precontractual que pudiese ser enjuiciado por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción que procedía era la de reparación directa, máxime cuando en la demanda se alega que lo acaecido (actuaciones y omisiones en relación con la supuesta inhabilidad) en la licitación le impidió participar en procesos de selección y/o celebrar contratos con el Estado.

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

[H]a de remitirse a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba que la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que, cuando no se pueda determinar con precisión la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, en virtud del derecho al acceso a la administración de justicia -artículo 229 C.P.- y del principio pro actione, el conteo del término de caducidad inicia desde que se tenga pleno conocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido .

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 229

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02719-02(49668)

Actor: VISE LTDA.

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN – como no se rechazó la oferta de la demandante en la licitación y teniendo en cuenta que en la demanda no se cuestiona ningún acto expedido durante la referida etapa precontractual susceptible de ser enjuiciado por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción procedente es la de reparación directa / INHABILIDADES – unas requieren de la existencia de acto administrativo para su configuración, mientras que otras se concretan con la ocurrencia del hecho, bien sea por la participación en la licitación o por la celebración del contrato, es decir, no requieren ser declaradas mediante acto / CADUCIDAD – el término de 2 años de la caducidad se computa a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho o de la omisión causante del daño.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 16 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C en Descongestión, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, como consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Se afirma en la demanda que el Ministerio de Hacienda incurrió en actuaciones y omisiones en la licitación No. 007 de 2002, relacionadas con la supuesta inhabilidad

en que incurrió la unión temporal de la cual hacía parte la sociedad demandante, VISE LTDA., que trajo consigo la consecuencia de que a dicha sociedad se le cercenara la posibilidad de presentarse a licitaciones y/o de celebrar contratos con el Estado.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su modificación

1.1. En escrito presentado el 30 de noviembre de 2005, la sociedad Vigilancia y Seguridad LTDA. (en adelante VISE), por conducto de apoderado, interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“1.- La nulidad de la decisión contenida en el numeral 5º del Oficio de fecha 21 de noviembre de 2005, número de radicación 2-2005-035482 según la cual VISE LTDA. no podrá contratar con el citado Ministerio en el término de cinco años.

“2.- Que se declare que la Nación - Ministerio de Hacienda (...) es responsable de los perjuicios de todo orden, sufridos por la demandantes con ocasión de los actos y contratos ilegalmente surtidos a que se refiere esta demanda, y que se probarán a lo largo de este proceso”¹.

1.2. A la referida demanda se le impartió el trámite correspondiente; sin embargo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, atendiendo a lo dispuesto por el Consejo de Estado mediante auto del 26 de marzo de 2009² -que declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia, en cuanto el oficio demandado no constituía acto

¹ Folios 1-2 del cuaderno No. 1 del tribunal.

² Esto se lee en la aludida providencia: “**Teniendo en cuenta que la manifestación de voluntad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es un acto administrativo, es evidente la improcedencia de la acción que se ejerció en el caso concreto (...) El acto jurídico demandado no es administrativo, por cuanto no fue expedido en ejercicio de las potestades del poder público y, por consiguiente, no es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa (...) El Consejo de Estado es competente para decretar las nulidades advertidas durante el trámite de la primera instancia y, como en este caso, **la jurisdicción de lo contencioso administrativa no conoce de la nulidad de actos, diferentes a los administrativos, se advierte la configuración de la causa proveniente por falta de competencia.** Por todo lo anterior, se declarará la nulidad de oficio de lo actuado, a partir del auto que admitió la demanda y, en aplicación del prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se ordenará devolver el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **con el objeto de que verifique los presupuestos de la acción pertinente**, a cuyo efecto podrá inadmitir la demanda en los términos del artículo 143 del CCA y 85 del CPC” (se destaca) (folios 298-305 del cuaderno No. 1 del tribunal).**

administrativo y ello, además, tornaba improcedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, volvió a evaluar el libelo y lo inadmitió con el fin de que se adecuara a la acción correspondiente³.

1.3. En cumplimiento de lo ordenado, el 22 de julio de 2010, la parte actora adecuó la demanda a la **acción de reparación directa** y formuló las siguientes pretensiones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“1. Declarar que la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA, es responsable por los daños y perjuicios de todo orden ocasionados a la sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA., como resultado de los hechos y omisiones ilegalmente surtidos por el citado Ministerio con ocasión de la presentación de la Oferta por parte de la empresa VISE LTDA., en Unión Temporal con Vigilancia Acosta Ltda., y Guardianes Líder Ltda., a la Licitación Pública No. 007 – 2002, omisiones acaecidas dentro del proceso y acciones por fuera de este.

“2. Condenar, en consecuencia, a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA, como reparación del daño ocasionado, a pagar a la sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA., los perjuicios de orden material actuales y futuros, los cuales se estiman en cuantía aproximada de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10'000.000.000) o la suma que resulte demostrada en el trámite del presente proceso (...).”⁴.

2. Los hechos

Como fundamento fáctico, en síntesis, se narró lo siguiente:

WISE LTDA., junto con otras dos sociedades, conformaron una unión temporal para participar en la licitación No. 007 de 2002 que abrió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público -cuyo jefe de cartera era el señor Roberto Junguito Bonett-, con el fin de contratar la prestación de servicios de vigilancia privada en sus instalaciones.

Uno de los miembros de la junta directiva de WISE LTDA. era el señor Roberto Junguito Pombo, quien, según la demanda, fue reemplazado el 18 de octubre de 2002, esto es, antes de que la unión temporal presentara oferta el 23 de octubre de 2002, la cual fue retirada el 7 de noviembre del mismo año.

³ Folios 317-318 del cuaderno No. 1 del tribunal.

⁴ Folios 322-362 del cuaderno No. 1 del tribunal.

El 13 de noviembre de 2002, el Ministerio de Hacienda publicó los informes de evaluación de las ofertas y la presentada por la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA. la catalogó como <<retirada>> en todos los ítems.

Se dijo que, en el curso de una licitación en otra entidad pública realizada el 22 de noviembre de 2002 y en la cual también participaba VISE LTDA., uno de los oferentes puso en conocimiento un documento expedido el 24 de octubre de 2002 por la asesora del Grupo de Contratos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contentivo de un <<estudio preliminar>> que se había hecho a la oferta presentada por la unión temporal que integraba la mencionada sociedad.

En ese <<estudio preliminar>> se afirmó que, si bien dicha figura asociativa en la <<Carta de Presentación>> manifestó que no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad, del certificado de existencia y representación legal de VISE LTDA. se desprendía que el señor Roberto Junguito Pombo hacía parte de su junta directiva, <<quien posee un vínculo de parentesco con el representante legal del Ministerio de Hacienda (...), en primer grado de consanguinidad, lo que conlleva a que la oferta se encuentra en una de las causales de inhabilidad indicadas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993>>.

A juicio de la parte actora, el referido documento no constituía acto administrativo y, por ende, no era demandable, pero aquel presentaba ciertas inconsistencias, de un lado, porque ese <<estudio preliminar>> se expidió con posterioridad al retiro de la oferta, por lo cual, por sustracción de materia, no procedía su evaluación y, de otra parte, por cuanto se hicieron afirmaciones *a priori* en relación con el parentesco entre los señores Roberto Junguito Pombo y Roberto Junguito Bonett, sin prueba alguna que acreditara tal circunstancia.

Mediante oficio de fecha 25 de noviembre de 2002, VISE LTDA. le informó al Ministerio de Hacienda que el señor Roberto Junguito Pombo no era miembro de la junta directiva de dicha sociedad para el momento en que la unión temporal presentó la oferta en la licitación No. 007 de 2002, pues el 18 de octubre de 2002 se le había aceptado su renuncia. El 26 de noviembre de 2002, en el transcurso de la audiencia de adjudicación, el representante legal de VISE LTDA. insistió en la inexistencia de vínculo alguno entre el señor Roberto Junguito Pombo y la referida sociedad para el 23 de octubre de 2002, día en que la unión temporal presentó oferta en dicha licitación.

A través de la Resolución No. 2522, expedida el 26 de noviembre de 2002 por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se adjudicó la licitación No. 007 de 2002 a la unión temporal Suravig Ltda. - Alpha Seguridad Privada - Sepecol y se ordenó hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta de Seguros del Estado S.A. respecto de la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA., por un valor de \$229'054.911, cobro que, según el libelo, no se impuso por la existencia de la supuesta inhabilidad.

El 6 de diciembre de 2002, VISE LTDA. radicó un nuevo documento ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual le solicitó que desestimara la manifestación preliminar que había realizado en relación con la oferta presentada por la unión temporal *-de la cual hacía parte-* en la licitación No. 007 de 2002, pero dicha cartera ministerial, en escrito del 17 de enero de 2003, señaló que no iba a pronunciarse sobre ello, porque la oferta había sido retirada.

En la demanda se dijo que, pese a que no existía pronunciamiento definitivo sobre la supuesta inhabilidad que recaía en VISE LTDA., en otras licitaciones las empresas de la competencia presentaban el *<<estudio preliminar>>* del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para soportar que dicha sociedad se encontraba inhabilitada. Ante esta situación, el 19 de febrero de 2003, VISE LTDA. le solicitó al referido Ministerio que le informara si, con ocasión de la expedición de la Resolución No. 2522 del 26 de noviembre de 2002, había quedado inhabilitada para participar en procesos licitatorios y/o para contratar con cualquier entidad del Estado durante 5 años, contados a partir de la fecha de ese acto administrativo.

El 26 de febrero de 2003, en respuesta a dicha solicitud de VISE LTDA., el Ministerio de Hacienda señaló que hasta el momento no había declarado inhabilidad mediante acto administrativo respecto de la unión temporal *-de la cual hacía parte VISE LTDA.-* que presentó oferta en la licitación No. 007 de 2002; no obstante lo anterior y según la demanda, VISE LTDA. conoció que, en julio de 2003, la subsecretaria jurídica de ese Ministerio le informó a la Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada (ANDEVIP) que *<<si bien no había declarado inhabilidad por acto administrativo, consideraba que la empresa [refiriéndose a VISE LTDA] estaba inhabilitada, porque la inhabilidad opera de pleno derecho>>*.

En agosto de 2003, la Subsecretaría de Planeación y Gestión de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá rechazó a VISE LTDA. en una licitación pública, con fundamento en el concepto que el Ministerio de Hacienda dirigió a ANDEVIP.

Con ocasión de esta situación, en escrito del 8 de noviembre de 2005, VISE LTDA. presentó una petición ante la Secretaría General del Ministerio de Hacienda, por medio de la cual le solicitó que le informara si a la fecha podía presentar oferta o celebrar contratos con dicha cartera ministerial, a lo cual el referido ente dio respuesta mediante oficio del 21 de noviembre de 2005 y le señaló que no había declarado inhabilidad mediante acto administrativo respecto de la unión temporal *-de la cual hacía parte VISE LTDA.-* para contratar con el Estado, pero seguidamente agregó *<<siendo una inhabilidad que obra de pleno derecho, no requiere pronunciamiento por parte de la entidad y menos aun cuando la oferta en cuestión fue retirada, evento en el cual el Ministerio PERDIÓ COMPETENCIA para pronunciarse en torno a la misma>>.*

A juicio de la parte actora, tal respuesta le ocasionó perjuicios a VISE LTDA., porque le cercenó la posibilidad de presentarse a licitaciones y, en efecto, de contratar con el Ministerio de Hacienda, causándole una afectación al buen nombre y diversos conflictos en las licitaciones a las que se presentaba, en cuanto otras entidades públicas tomaban como referencia el pronunciamiento emitido por ese ministerio para rechazar la participación de VISE LTDA. en los procesos de contratación.

3. Trámite en primera instancia

La demanda⁵ de reparación directa fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 26 de agosto de 2010⁶, notificado en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público.

3.1. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Propuso la excepción de caducidad de la acción, con fundamento en que, si el hecho lesivo (acciones y omisiones) fue el tratamiento

⁵ Como se dijo, inicialmente se había presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pero el Consejo de Estado declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia –y, además, señaló que el oficio demandado no constituía acto administrativo y que, por tanto, dicha acción no era la adecuada-, por lo que el demandante adecuó su libelo a la acción de reparación directa.

⁶ Folios 547-549 del cuaderno No. 1 del tribunal.

de la situación de la inhabilidad originada en el curso de la licitación No. 007 de 2002, debía demandarse dentro de los 2 años siguientes, pero el libelo se interpuso hasta el 30 de noviembre de 2005.

Además, señaló que, si lo que se perseguía era la indemnización por el supuesto daño ocasionado por el concepto que en julio de 2003 rindió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a ANDEVIP *-consistente en que la inhabilidad surgida en relación con la unión temporal de la que hacía parte VISE LTDA. en la referida licitación operó de pleno derecho-*, la acción de reparación directa estaría caducada, en cuanto la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2005. Incluso, la parte demandada dijo que debe entenderse que operó el fenómeno jurídico de la caducidad, aun si se considerara que el daño se concretó en agosto de 2003, cuando la Subsecretaría de Planeación y Gestión de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá rechazó la oferta de VISE LTDA. en un proceso licitatorio con fundamento en el referido concepto de ANDEVIP⁷.

3.2. Vencido el período probatorio, el Tribunal *a quo*, a través de auto del 9 de julio de 2013⁸, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

La entidad demandada insistió en la excepción de caducidad⁹ y VISE LTDA. reiteró lo expuesto en su libelo¹⁰, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C en Descongestión, mediante sentencia del 16 de agosto de 2013, declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada y, como consecuencia, negó las pretensiones del libelo, con fundamento en las siguientes consideraciones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“(...) se tiene que durante varios meses del 2002 el actor tuvo conocimiento del concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público donde aducía la inhabilidad que tenía VISE LTDA., para contratar con el Estado por

⁷ Folios 1-162 del cuaderno No. 5 del tribunal.

⁸ Folios 139-140 del cuaderno No. 17C del tribunal.

⁹ Folios 141-211 del cuaderno No. 17C del tribunal

¹⁰ Folios 212-224 del cuaderno No. 17C del tribunal

cinco años. Para contabilizar la caducidad se tomará como fecha el 22 de noviembre de 2002 en la cual VISE LTDA. ofertaba en otra licitación y un tercer oferente dio a conocer el concepto de inhabilidad emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este fue el momento en que el actor de esta demanda tuvo conocimiento del concepto antes aludido y del presunto perjuicio que se estaría ocasionando con el mismo, al no poder contratar más con esta entidad.

“Es decir que la caducidad corrió desde el 23 de noviembre de 2002 hasta el 23 de noviembre de 2004. Se tiene que la demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2005, resulta evidente que la acción fue interpuesta por fuera del término para hacerlo”¹¹.

5. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

Señaló que la demanda de reparación directa se presentó dentro de la oportunidad legal prevista, por cuanto el término de caducidad no podía computarse desde el 22 de noviembre de 2002, como lo hizo el *a quo*, sino a partir del 21 de noviembre de 2005, fecha en la que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió un oficio a través del cual le informó a VISE LTDA. que la supuesta inhabilidad en la que había incurrido en la licitación No. 007 de 2002 <<operaba de pleno derecho>>.

En efecto, dijo que a partir de la expedición del referido oficio -y no en otro momento- a VISE LTDA. se le cercenó la posibilidad de licitar con el Ministerio de Hacienda y con el sector público, pues desde ese momento tuvo conflictos en las distintas licitaciones a las cuales se presentaba y, por ende, de ahí se generaron diversos perjuicios¹².

6. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación mediante auto del 11 de julio de 2014¹³. Posteriormente, a través de providencia del 21 de agosto de

¹¹ Folios 226-231 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folios 232-236 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folios 247-248 del cuaderno del Consejo de Estado.

2014¹⁴, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

La entidad demandada reiteró lo expuesto a lo largo del proceso y solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia¹⁵, mientras que la parte actora insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por lo que pidió la revocatoria de la sentencia proferida por el *a quo*¹⁶.

El Ministerio Público guardó silencio

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 16 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C en Descongestión y por tratarse de un proceso de doble instancia por razón de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 129 del CCA¹⁷, dado que la pretensión mayor¹⁸ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁹ a la fecha de presentación de la demanda²⁰.

2. Acción procedente

El debate en este asunto se contrae a establecer si la demanda objeto de estudio se interpuso o no por fuera de la oportunidad legal prevista; sin embargo, antes de abordar lo pertinente, esta Subsección considera necesario hacer unas breves

¹⁴ Folio 250 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Folios 251-312 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Folios 313-315 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ "ARTÍCULO 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión".

¹⁸ En la demanda se pidió la suma de \$10.000'000.000, por perjuicios materiales, sin especificar la modalidad (daño emergente o lucro cesante), por lo que debe entenderse que esa es la pretensión mayor.

¹⁹ A la fecha de presentación de la demanda 500 SMLMV equivalían a \$190'750.000.

²⁰ La demanda se presentó el 30 de noviembre de 2005, por lo que la norma de competencia aplicable es la Ley 954 de ese mismo año.

precisiones en cuanto a la acción procedente y al trámite que se ha surtido al respecto.

Pues bien, como se observa en el acápite de antecedentes de esta providencia, inicialmente VISE LTDA. había interpuesto demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se declarara la nulidad del Oficio del 21 de noviembre de 2005, en su numeral 5, con número de radicación 2-2005-035482, expedido por la secretaria general de dicha cartera ministerial -que, según dijo, indicaba que dicha sociedad no podía contratar con ese Ministerio por el lapso de 5 años- y, en esa medida, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le impartió el trámite correspondiente, tanto así que, mediante auto que profirió el 4 de mayo de 2006²¹, admitió el libelo y decretó la suspensión provisional de los efectos del mencionado oficio.

El Consejo de Estado, que conoció en un primer momento de este proceso en virtud del recurso de apelación que interpuso la entidad demandada contra el auto que decretó la medida cautelar referida, revocó tal decisión y destacó que el oficio atacado no era un acto administrativo y que, por tanto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida resultaba improcedente, en los siguientes términos:

“Como se observa, es evidente que el Oficio 2-2005-035482 no es un acto administrativo porque, por su naturaleza jurídica, desde su ámbito sustantivo, no se advierte la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que produzcan efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto y, por tanto, sin consecuencias vinculantes.

“Se observa además, que no basta la simple manifestación de la Administración como lo es, en este caso, la respuesta al derecho de petición elevado por la parte demandante, en tanto no creó, modificó ni extinguió situaciones jurídicas vinculantes respecto del peticionario y, por tanto, esa decisión no es un acto administrativo.

“(…).

²¹ Esto se decidió en la providencia aludida: “(...) 2. Por reunir los requisitos de forma que ordena la ley, se admite la demanda presentada por la sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA. –VISE LTDA.-, quien actúa a través de apoderado, contra la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (...) 8. Decretase la suspensión provisional de la decisión o acto administrativo contenido en el numeral 5 del oficio de 21 de noviembre de 2005, proveniente de la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto en él se expresa **‘por considerar que esta situación, siendo una inhabilidad que obra de pleno derecho, no requiere pronunciamiento por parte de la entidad’** (...)” (destacado del texto) (folios 71-72 del cuaderno No. C3).

“En aplicación de dichas normas, esta Corporación ha establecido en numerosas providencias que, cuando la fuente del daño alegado es una decisión adoptada por la Administración a través de un acto administrativo, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

“Teniendo en cuenta que la manifestación de voluntad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es un acto administrativo, es evidente la improcedencia de la acción que se ejercitó en el caso concreto, defecto que no da lugar a su rechazo como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, sino que genera su inadmisión, para que la parte demandante adecúe la demanda a la que sea procedente.

“Se precisa además, que si bien en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, para suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo, la misma exige, para su análisis y resolución, que exista acto administrativo.

“Por esta razón, la Sala considera improcedente el estudio de la suspensión provisional solicitada, en el entendido de que carece de competencia para analizar la legalidad de lo que no es un acto administrativo.

“(…).

“3. La nulidad procesal en este caso

“(…).

“En este caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento de una demanda en la cual se pretende la impugnación de un ‘acto’ que no es administrativo, cuando carecía de competencia para ello.

“Y si se tiene en cuenta que los artículos 128, 132 y 134B del C.C.A. señalan que el Consejo de Estado, los Tribunales y los Jueces Administrativos, pueden conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos, cabe deducir que, cuando se pretende la nulidad de ‘actos’ que no son administrativos, no existe competencia para conocer de este tipo de pretensiones.

“En consideración a lo anterior, se declarará oficiosamente la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda, para que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronuncie sobre su inadmisión (….)”²².

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de todo lo actuado y ante la advertencia de que el oficio atacado no constituía acto administrativo, el Tribunal

²² Auto del 26 de marzo de 2009, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del entonces magistrado Ramiro Saavedra Becerra (folios 149-156 del cuaderno No. C3).

Administrativo de Cundinamarca, por auto del 8 de julio de 2010, señaló que la parte actora debía subsanar la demanda <<*bien sea adecuándola a la acción de reparación directa, sobre los hechos relativos al aducido incumplimiento de los deberes legales del Ministerio de Hacienda en la apreciación sobre la inhabilidad, o bien ajustando las pretensiones y los hechos a los actos administrativos que se hubieren producido por la demandada en su actuación precontractual, según el caso*>>²³.

En cumplimiento de ello, la parte actora adecuó su demanda a la **acción de reparación directa** y solicitó que se declarara la responsabilidad del Ministerio de Hacienda, por los perjuicios ocasionados a VISE LTDA. como consecuencia de los <<*hechos y omisiones ilegalmente surtidos*>> por dicho Ministerio con ocasión de la oferta que esta sociedad presentó en la licitación pública No. 07 de 2002; según se indicó en el libelo, <<*omisiones acaecidas dentro del proceso [licitatorio] y acciones por fuera de este*>>.

Para la Sala, haciendo una lectura íntegra de los supuestos fácticos de la demanda, lo que se cuestiona concretamente es lo siguiente: **i)** la omisión en la que habría incurrido la entidad al no pronunciarse de manera definitiva en relación con la supuesta inhabilidad que recayó en la unión temporal *-de la cual hacía parte integrante VISE LTDA.-* cuando presentó la respectiva oferta en la licitación pública No. 007 de 2002 y **ii)** los hechos relacionados con las respuestas <<*ambiguas*>> que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público daba a otros entes o entidades, en el sentido de que, si bien no había declarado inhabilidad alguna mediante acto administrativo en dicha licitación, acto seguido señalaba que aquella operó de pleno derecho y no requería de pronunciamiento por parte de la entidad, situación esta última que, a juicio de la parte actora, le cercenó la posibilidad de presentarse a licitaciones y/o de contratar con el Estado.

Siendo así, la acción que procedía, en efecto, era la de reparación directa y no otra: la acción de controversias contractuales no era pertinente, porque la discusión no gira en torno a un contrato; las de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho tampoco, pues, a pesar de que se hizo referencia a unos hechos y omisiones que se surtieron en la etapa precontractual (licitación pública No. 007 de 2002), lo cierto es que en la demanda no se cuestionó ningún acto *-expedido durante la aludida etapa-* susceptible de ser enjuiciado por medio de estas dos acciones.

²³ Folios 317-318 del cuaderno No. 1 del tribunal.

A lo anterior se agrega que, cuando por vía judicial se pretende cuestionar las actuaciones de la Administración dentro de la etapa precontractual, generalmente procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando medien actos administrativos susceptibles de ser atacados por este medio. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables en acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁴.

En este caso, aunque la parte demandante cuestiona actuaciones surtidas en la licitación que adelantó el Ministerio de Hacienda, relacionadas concretamente con la afirmación de que la <<evaluación>> se hizo respecto de la propuesta presentada por la unión temporal de la que hacía parte de VISE LTDA., en el sentido de que se encontraba incurso en causal de inhabilidad, lo cierto es que los informes de evaluación de las ofertas, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación²⁵, son actos de trámite que no constituyen actos administrativos de ser atacados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conviene señalar que, en caso de que se hubiere rechazado la propuesta de la referida figura asociativa por la situación de inhabilidad consignada en la <<evaluación>>, cuestión que no ocurrió en el *sub examine*, eventualmente se hubiera abierto la posibilidad de demandar esa decisión por vía nulidad y restablecimiento del derecho, en razón de que para ese proponente se hubiera

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, expediente No. 39.066, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁵ “No cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa. Es, un acto de trámite -preparatorio- no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación (...) No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993). Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente No. 24.845, M.P. Mauricio Fajardo Gómez).

puesto fin a su participación en la licitación y, por ende, constituiría un acto definitivo y no de mero trámite²⁶.

En ese orden, como en este caso no se evidencia que la propuesta presentada por la unión temporal que integraba VISE LTDA. hubiere sido rechazada por el Ministerio de Hacienda en la licitación No. 007 de 2002, ni tampoco se cuestiona ningún acto expedido durante la etapa precontractual que pudiere ser enjuiciado por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción que procedía era la de reparación directa, máxime cuando en la demanda se alega que lo acaecido (actuaciones y omisiones en relación con la supuesta inhabilidad) en la licitación le impidió participar en procesos de selección y/o celebrar contratos con el Estado.

3. Caducidad de la acción de reparación directa

Aclarado lo anterior y para efectos de determinar si la demanda formulada por VISE LTDA. se presentó o no dentro de la oportunidad legal prevista, ha de remitirse a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba que la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que, cuando no se pueda determinar con precisión la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, en virtud del derecho al acceso a la administración de justicia -artículo 229 C.P.- y del principio *pro actione*, el conteo del término de caducidad inicia desde que se tenga pleno conocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido²⁷.

²⁶ Sobre este particular, esta Subsección ha señalado: “*Con todo, en este punto conviene recordar las consideraciones expuestas en un pronunciamiento de esta Subsección, en el cual se consideró que atendiendo a las circunstancias que rodearan cada caso concreto, la decisión de rechazo eventualmente podría ser objeto de demanda de nulidad, en tanto para ese proponente se pondría fin a su participación en el proceso y, en tal virtud, constituiría un acto definitivo y no de mero trámite*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente No. 52.733).

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2018, exp. 58.081; posición reiterada en: Consejo de Estado,

Pues bien, de acuerdo con lo alegado en la demanda y teniendo en cuenta lo previsto en la norma en mención, así como la pauta jurisprudencial fijada por esta Corporación, la Sala considera necesario referirse a los documentos que obran en el plenario, a fin de determinar a partir de cuándo VISE LTDA. tuvo conocimiento de las actuaciones por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, en su criterio, le truncaron la posibilidad de presentarse a licitaciones y/o de contratar con el Estado.

En el expediente, entre otras, reposan las siguientes pruebas documentales:

- Resolución No. 1981 expedida el 26 de septiembre de 2002, por medio de la cual la secretaria general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio apertura a la licitación pública No. 007 de 2002, para contratar la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada en las diferentes dependencias de dicha cartera ministerial, localizadas en la ciudad de Bogotá²⁸.

- El 23 de octubre de 2002, el representante de la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA. (demandante) presentó oferta en la referida licitación²⁹.

- El 7 de noviembre de 2002, el representante de la respectiva unión temporal envió comunicación con destino al Grupo de Contratos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la cual le manifestó *<<toda vez que la licitación de la referencia se encuentra aún en etapa de evaluación, atentamente me permito manifestarles que **retiramos la propuesta** presentada a dicha licitación>>*³⁰ (se destaca).

- Días después, la asesora del Grupo de Contratos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió un documento *-sin fecha-* que denominó *<<Evaluación Jurídica – Licitación Pública No. 7 de 2002>>* y lo puso en conocimiento de la secretaria general de la correspondiente cartera ministerial. Esto se lee (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, exp. 28.980, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁸ Folios 161-163 del cuaderno No. 10 de pruebas

²⁹ Folio 448 del cuaderno No. 1.

³⁰ Folio 72 del cuaderno No. 16 de pruebas.

“De conformidad con escrito del 7 de noviembre de 2002, el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL VISE LTDA., VIGILANCIA ACOSTA LTDA. y GUARDIANES LÍDER SEGURIDAD LTDA., retira la oferta presentada en dicha licitación.

*“Por lo tanto se evalúan las 3 ofertas restantes y se expone el **estudio preliminar** efectuado desde el día 24 de octubre de 2002, hasta la fecha de retiro de la oferta UNIÓN TEMPORAL VISE LTDA., VIGILANCIA ACOSTA LTDA. y GUARDIANES LÍDER SEGURIDAD LTDA.”³¹ (se destaca).*

En ese mismo documento, en relación con el estudio preliminar que se hizo respecto de la oferta presentada por la unión temporal que integraba VISE LTDA., se consignó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“1.7. CALIDADES DEL OFERENTE

“(…)”

*“1.7.3. Carta de presentación (folios 2-3). El oferente manifiesta en este documento no estar incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad de las señaladas en la ley y en la Constitución Política y que no se encuentran en ninguno de los eventos de prohibiciones especiales para contratar. **No obstante lo anterior, el certificado de existencia y de representación legal de la firma VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA., que obra a folio 20 de la oferta, señala que la Junta Directiva está integrada a primer renglón entre otras personas, por el señor ROBERTO JUNGUITO POMBO, quien posee vínculo de parentesco con el representante legal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en primer grado de consanguinidad, lo que conlleva a que la oferta se encuentre en una de las causales de inhabilidad indicadas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993**³² (se destaca).*

- El 25 de noviembre de 2002, el representante de la unión temporal de la cual hacía parte integrante VISE LTDA. le solicitó a la secretaria general del Ministerio de Hacienda que corrigiera la afirmación que se había realizado en el estudio preliminar, en cuanto a que dicha unión temporal se encontraba incurso en causal de inhabilidad. Esto se lee (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Habiéndose retirado la oferta no podía el Ministerio entrar a pronunciarse sobre una inhabilidad, en relación con una propuesta retirada, que como tal ya no se encontraba participando en el proceso. Pero es que adicionalmente, tal inhabilidad no existe (...) **Por tanto la afirmación que lleva consigo una sanción, de la cual los competidores en otros procesos están haciendo uso para descalificar nuestras ofertas, carece de todo soporte legal** (...) Esta situación es particularmente grave, **puesto que en otros procesos en***

³¹ Folio 455 del cuaderno No. 1 del tribunal.

³² Folio 468 vto del cuaderno No. 1 del tribunal.

curso, los competidores están solicitando se aplique a partir de la afirmación del Ministerio de Hacienda, la inhabilidad a que se refiere el literal b) del numeral 1) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, con lo cual es posible que se causan perjuicios de magnitudes incalculables, que pueden llevar a la desaparición de las empresas que conforman la Unión Temporal. Teniendo en cuenta que la Unión Temporal renunció a la participación del proceso, **solicitamos que el Ministerio retire cualquier afirmación en relación con la evaluación de la oferta, más aun cuando no existe inhabilidad alguna**, y cuando una afirmación en este sentido debe proceder de un acto administrativo resultante de un debido proceso”³³ (se destaca).

- Mediante Resolución No. 2522 expedida el 26 de noviembre de 2002, la secretaria general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público le adjudicó la licitación pública No. 007 de 2002 a la unión temporal Suravig Ltda. – Alpha Seguridad Privada Ltda. – Sepecol Ltda. y, además, hizo efectiva la póliza de seriedad de la oferta de Seguros del Estado S.A. en relación con la unión temporal de la cual hacía parte integrante VISE LTDA., por haberla retirado del proceso de selección³⁴. Frente a este último punto, conviene señalar que, mediante Resolución No. 516 expedida el 17 de marzo de 2003, la secretaria general de dicho Ministerio decidió no hacer efectiva la respectiva póliza, porque se extinguió la obligación por pago³⁵.

- El 6 de diciembre de 2002, el representante de la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA., dándole alcance a la comunicación que radicó el 25 de noviembre de 2002 ante la secretaria general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señaló que el proceso licitatorio se había definido sin que dicha cartera ministerial hubiese declarado inhabilidad sobre esa figura asociativa y, seguidamente, solicitó que <<en el caso de llegar a pronunciarse sobre la supuesta inhabilidad a la que hizo referencia su despacho [se refiere al Ministerio de Hacienda] en el informe de evaluación (...) en relación con la unión temporal VISE (...) se abstenga de declarar la inhabilidad en relación con el citado proponente o con cualquiera de sus integrantes>>³⁶.

- El 19 de febrero de 2003, el representante legal de VISE LTDA., en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la secretaria general del Ministerio de Hacienda lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

³³ Folios 471-473 del cuaderno No. 1 del tribunal.

³⁴ Folios 505-526 del cuaderno No. 1 del tribunal.

³⁵ Folios 929-939 del cuaderno No. 8 de pruebas.

³⁶ Folios 528-529 del cuaderno No. 1 del tribunal.

“(...) por medio de la presente solicito respetuosamente me informe si con ocasión de la expedición de la Resolución No. 2522 del 26 de noviembre de 2002, nuestra compañía VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA se encuentra inhabilitada para participar en los procesos licitatorios y/o contratar con cualquier entidad del Estado, durante cinco años a partir de la fecha de la citada resolución.

*“Legítimo mi interés por dicha información en que nuestra compañía, dentro del giro normal de sus actividades comerciales requiere participar en dichos procesos, **situación que se ha visto afectada por la existencia de la supuesta inhabilitad**³⁷ (se destaca).*

- El 27 de febrero de 2003, la subdirectora jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en respuesta a la petición formulada por VISE LTDA., manifestó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“(...) me permito informarle que este Ministerio, hasta la fecha no ha declarado mediante acto administrativo inhabilitación de contratar con el estado a la UNIÓN TEMPORAL VISE LTDA (...), Unión que presentó oferta dentro de la licitación No. 07 de 2002, para contratar servicio de vigilancia y seguridad privada armada en las diferentes dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, localizadas en la ciudad de Bogotá D.C. de la cual usted hacía parte (...)”³⁸.

- El 3 de julio de 2003, el presidente ejecutivo de ANDEVIP dirigió comunicación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el propósito de que le informara acerca de si la sociedad VISE LTDA. se encontraba inhabilitada o no para contratar con el Estado, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Ante las noticias recientemente, publicadas en el periódico El Tiempo el pasado 29 de junio en torno a la empresa de Vigilancia y Seguridad VISE LTDA, queremos que usted nos informe si dicha empresa se encuentra inhabilitada para contratar con el Estado, en razón que en los diferentes procesos licitatorios se ha presentado para confusiones impidiendo en muchos casos el principio de selección objetiva que exige la Ley 80 de Contratación Estatal.

“(...)”

“Es preciso anotar que es necesario que las entidades públicas y privadas conozcan si la inhabilitación se produce de manera automática ante los hechos presentados en la licitación del Ministerio de Hacienda que menciona el artículo de prensa o si requiere de un acto administrativo para que quede en firme, y de ser así porque no se ha pronunciado el Ministerio”³⁹.

³⁷ Folio 493 del cuaderno No. 1 del tribunal.

³⁸ Folio 494 del cuaderno No. 1 del tribunal.

³⁹ Folio 123 del cuaderno No. 21 de pruebas

- El 12 de agosto de 2003, la subdirectora jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en respuesta a la solicitud elevada por ANDEVIP, señaló (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“A la fecha el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no ha declarado mediante acto administrativo inhabilidad para contratar con el Estado, a la UNIÓN TEMPORAL VISE LTDA (...), por considerar que esta situación, **siendo una inhabilidad que obra de pleno derecho, no requiere pronunciamiento por parte de la Entidad** y menos aun cuando la oferta en cuestión fue retirada, evento en el cual el MINISTERIO perdió competencia para pronunciarse en torno a la misma”⁴⁰ (se destaca).*

- El 13 de agosto de 2003, la gerente general de VISE LTDA., en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la secretaria general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que corrigiera la afirmación *-en cuanto a la supuesta inhabilidad que recayó en la referida sociedad-* que hizo en el concepto que expidió con destino a ANDEVIP. Esto se lee (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Desde el estudio jurídico preliminar el Ministerio de Hacienda efectúa una cita equivocada de la Ley 80 de 1993, situación que debido al retiro de la oferta no se controvertió. No obstante tanto en el periódico El Tiempo como en el concepto recién expedido a ANDEVIP a que se hace referencia, se reitera tal equivocación cuando señalan: ‘son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales de conformidad con lo señalado en el literal d) del numeral 2) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (...).

“Tanto en el estudio preliminar, como en las declaraciones a El Tiempo y en la carta a ANDEVIP, con la cita equivocada de la ley, aparece que por virtud del literal d) del artículo segundo de la Ley 80 de 1993 VISE LTDA estaba inhabilitada para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, lo cual no es cierto, porque VISE LTDA para la época de la presentación de la oferta, no estaba incurso en ninguna de las causales del numeral primero del artículo 8, tal es así, que sin ninguna restricción de tipo legal simultáneamente se presentó a otras licitaciones con plena aptitud jurídica por cuanto no tenía ninguna inhabilidad que le impidiera participar en licitaciones o celebrar contratos con las entidades estatales”⁴¹ (se destaca).

- El 8 de noviembre de 2005, el representante legal de VISE LTDA., en ejercicio del derecho de petición, le solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que le informara si a la fecha podía presentarse a licitaciones y/o celebrar

⁴⁰ Folios 495-498 del cuaderno No. 1 del tribunal.

⁴¹ Folios 1130-1132 del cuaderno No. 8 del tribunal.

contratos del Estado, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“1. Si a la fecha la empresa mencionada puede presentar oferta o celebrar contratos con el Ministerio de Hacienda sin que sea considerada inhábil en virtud de los hechos acaecidos en la Licitación 007 de 2002 de la misma entidad.

*“El presente derecho de petición lo realizo con el objeto de conocer con precisión esta circunstancia que incide en forma directa en cuanto a la capacidad contractual con ese Ministerio, de la empresa que represento. Esta respuesta es fundamental, toda vez que mediante respuesta a nuestro derecho de petición de febrero 23 de 2003, **nos señalan que no han declarado inhabilidad por acto administrativo y a un derecho de petición presentado por ANDEVIP en julio de 2003, la Subdirectora Jurídica le señaló que estamos inhabilitados de pleno derecho**⁴² (se destaca).*

- El 21 de noviembre de 2005, la secretaria general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en respuesta al derecho de petición formulado por la gerente general de VISE LTDA., indicó, entre otras cosas, lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)

*“5. A la fecha el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no ha declarado mediante acto administrativo inhabilidad para contratar con el Estado a la UNIÓN TEMPORAL VISE LTDA (...), por considerar que esta situación, **siendo una inhabilidad que obra de pleno derecho, no requiere pronunciamiento por parte de la entidad** y menos aun cuando la oferta en cuestión fue retirada, evento en el cual el Ministerio PERDIÓ COMPETENCIA para pronunciarse en torno a la misma”⁴³(se destaca).*

Como acaba de verse, ha de señalarse que, desde que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público evaluó jurídicamente las ofertas que se presentaron en la licitación que abrió para contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada en sus diferentes dependencias ubicadas en la ciudad de Bogotá, la unión temporal de la cual hacía parte integrante VISE LTDA. mostró su inconformidad en cuanto a la afirmación que se hizo en relación con que dicha figura asociativa se encontraba incurso en una causal de inhabilidad, por el supuesto vínculo de parentesco que existía entre uno de los miembros de la junta directiva de dicha sociedad y el ministro de turno.

En efecto, hubo un cruce de correspondencia entre la respectiva unión temporal y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues la primera le pidió a dicha

⁴² Folios 537-538 del cuaderno No. 1 del tribunal.

⁴³ Folios 1351-1355 del cuaderno No. 10 del tribunal.

cartera ministerial que corrigiera la afirmación que realizó respecto de la supuesta inhabilidad, en razón de que esta, en su criterio, llevaba consigo una sanción y de la cual sus competidores en otros procesos licitatorios sacaban provecho para descalificar las propuesta que presentaba VISE LTDA. (25 de noviembre de 2002). Incluso, luego de la expedición del acto de adjudicación de la licitación correspondiente (26 de noviembre de 2002), el mismo representante legal de la sociedad demandante le solicitó al Ministerio que le informara si se encontraba inhabilitada o no para participar en procesos licitatorios y/o para contratar con el Estado, en cuanto por esa situación VISE LTDA. se estaba viendo afectada (19 de febrero de 2003), a lo cual la subdirectora jurídica de la entidad demandada respondió que a la fecha no había declarado inhabilidad mediante acto administrativo (27 de febrero de 2003).

A juicio de la parte actora, el conteo de la caducidad de los 2 años debe hacerse a partir del 21 de noviembre de 2005, fecha en la cual la secretaria general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informó a VISE LTDA. que no había declarado inhabilidad mediante acto administrativo, pero seguidamente le aclaró que <<siendo una inhabilidad que **obra de pleno derecho**, no requiere pronunciamiento por parte de la entidad>>, pues desde ese momento a la mencionada sociedad se le privó de la posibilidad de presentarse a licitaciones y/o de contratar con ese Ministerio y demás entidades del Estado, derivándose de allí los perjuicios reclamados.

Sin embargo, la Sala no comparte lo expuesto por la parte demandante, habida cuenta de que, como acaba de verse del cruce de correspondencia, luego de que se evaluara la oferta presentada por VISE LTDA., el 25 de noviembre de 2002 el representante de la unión temporal de la cual hacía parte la mencionada sociedad solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que corrigiera la afirmación en cuanto a la supuesta inhabilidad, toda vez que, en su criterio, <<lleva consigo una sanción (...) [y] en otros procesos los competidores están solicitando se aplique a partir de la afirmación del Ministerio de Hacienda la inhabilidad a que se refiere **el literal b) del numeral 1) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993**(...)>> (se destaca), de ahí que resulte razonable entender que en la mencionada fecha VISE LTDA. conoció de antemano de tal situación.

Lo norma destacada dispone:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

“1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“(…).

“b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

En lo que aquí interesa, el artículo 8 mencionado también consagra:

*“**Las inhabilidades** a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; **las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación** o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma” (se destaca).*

De la norma en mención se desprende que hay dos tipos de inhabilidades: **(i)** las que requieren de la existencia de un acto administrativo para su configuración (por ejemplo, el que declara la caducidad o el que dispone la destitución) y **(ii)** las que simplemente se concretan con la ocurrencia del hecho, bien sea por la participación en la licitación, por la celebración del contrato o por el vencimiento del plazo para su firma, es decir, que estas últimas inhabilidades operan de pleno derecho, por ende, no requieren de declaración mediante acto administrativo.

Esta diferencia adquiere relevancia porque las inhabilidades enunciadas en el punto **(i)** se extienden por el término de 5 años a partir de la ejecutoria del correspondiente acto, mientras que las del punto **(ii)**, bajo el entendido de que operan de pleno derecho y de que no requieren ser declaradas mediante acto, se extienden por el mismo lapso de 5 años pero contado desde la ocurrencia del respectivo hecho.

De cara al caso concreto y teniendo en cuenta la norma en mención, ha de señalarse que la supuesta inhabilidad [literal b), numeral i), artículo 8 de la Ley 80 de 1993] se concretó desde el mismo momento en que la unión temporal de la que hacía parte la sociedad VISE LTDA. presentó oferta en la licitación No. 007 de 2002, pues es una de aquellas que obra de pleno derecho y que, por consiguiente, no requiere de declaración mediante acto administrativo.

En la evaluación que se hizo de la referida oferta se consignó que dicha figura asociativa se encontraba incurso en causal de inhabilidad, situación que fue cuestionada por la parte actora el 25 de noviembre de 2002, en el sentido de que, según indicó en esa oportunidad, aquella afirmación <<lleva consigo una sanción (...) [y] en otros procesos los competidores están solicitando se aplique a partir de la afirmación del Ministerio de Hacienda la inhabilidad a que se refiere **el literal b) del numeral 1) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993**(...)>>, de ahí que, para efectos del conteo de caducidad, deba tenerse en cuenta esa fecha, pues a partir de ahí resulta razonable entender que VISE LTDA. conoció de la existencia de la inhabilidad en la que habría incurrido.

No está de más precisar que, aun cuando la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA. retiró la oferta que había presentado el 23 de octubre de 2002, tal circunstancia no impedía su evaluación⁴⁴, en razón de que la oferta es irrevocable según lo dispuesto en el artículo 846 del Código de Comercio, por lo que, de todas formas, se habría ocasionado la inhabilidad referida desde el mismo momento en que dicha figura asociativa participó en la licitación que adelantó el Ministerio de Hacienda.

Por todo lo expuesto, conviene señalar que, si bien con el oficio del 21 de noviembre de 2005 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta a una petición realizada el 8 de los mismos mes y año por el representante de VISE LTDA., en el sentido de que la referida inhabilidad <<*obra de pleno derecho*>>, lo cierto es que con aquella petición la parte demandante no tenía otra intención que la de revivir los términos para demandar en tiempo, pues, se insiste, VISE LTDA. ya tenía conocimiento de la existencia de la inhabilidad desde el 25 de noviembre

⁴⁴ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto el 20 de abril de 2006, expediente No. 1732, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, señaló: “*En la Ley 80 de 1993, **si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto**, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.*

Dicho en otra forma, en derecho público la irrevocabilidad de la oferta es ineficaz, de manera que no puede la administración dejar de evaluar la propuesta presentada por uno de los licitadores, quien, si resulta adjudicatario deberá suscribir en contrato. Si no lo hace, entonces si se le aplican las sanciones del numeral 12 del artículo 30 tantas veces citado en éste concepto” (se destaca).

de 2002, la cual, según le manifestó en ese momento a dicha cartera ministerial, le estaba trayendo problemas en otros procesos licitatorios en los que participaba.

Ahora, aunque hasta el 21 de noviembre de 2005 el Ministerio de Hacienda le informó a VISE LTDA. de que la supuesta inhabilidad <<*obra de pleno derecho*>>, esa situación no tiene la virtualidad de que el cómputo de la caducidad se haga a partir de esa fecha, toda vez que, tal como se expuso líneas atrás y en los términos de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la supuesta inhabilidad en la que habría incurrido la unión temporal de la cual hacía parte la sociedad demandante -*desde el mismo momento en que participó en la licitación No. 007 de 2002 que adelantó el referido Ministerio*- operaba de pleno derecho y, por tanto, no se requería la manifestación de la Administración en ese sentido, por cuanto la ley claramente consagraba esa consecuencia jurídica.

En ese orden de ideas, como uno de los reproches de la demanda consistió en la afirmación de la supuesta inhabilidad que recayó en VISE LTDA en la licitación No. 007 de 2002 -*hecho que, según indicó, le impidió presentarse a licitaciones y celebrar contratos con el Estado*-, que fue conocida desde el 25 de noviembre de 2002 por lo ya expuesto, el término de caducidad de los 2 años para demandar en reparación directa venció el 26 de noviembre de 2004 y teniendo en cuenta que el libelo se presentó el 30 de noviembre de 2005, la Sala concluye que operó el fenómeno de la caducidad.

En ese mismo sentido debe computarse el término de caducidad en cuanto al otro reproche de la demanda, consistente en la omisión que se le endilgó a la entidad demandada por no pronunciarse de manera definitiva en relación con la supuesta inhabilidad, pues a partir del 25 de noviembre de 2002 debe entenderse que cesó la supuesta omisión⁴⁵, toda vez que en esa fecha VISE conoció de la existencia de

⁴⁵ Esta Subsección, en relación con el conteo de la caducidad cuando se endilgan omisiones a las entidades, ha señalado que debe hacerse desde el momento en que cesa o culmina la omisión: “*Con la pauta jurisprudencial en cita y teniendo en cuenta que la causa generadora del daño en este caso consiste en que el Ministerio de Educación habría omitido sus funciones de vigilancia y control por no adoptar las medidas correspondientes en relación con las irregularidades que venían presentándose en la Fundación Universitaria San Martín, la Sala advierte, tal y como lo señaló el Tribunal a quo, que **el cómputo de la caducidad debe hacerse a partir de la expedición de la Resolución 01702⁴⁵ -10 de febrero de 2015-, porque con ella culminó la omisión**, toda vez que se adoptaron medidas para proteger los recursos de dicho ente universitario. En ese sentido, si bien con la demanda no se controvirtieron las decisiones proferidas por dicha cartera ministerial, tal como lo indicó la parte recurrente, eso no impide que el conteo de la caducidad del medio de control de reparación directa ejercido inicie a partir del día siguiente al de la expedición de la Resolución 01702, **porque, como se vio, con ella culminó la omisión endilgada en el mismo libelo**, relativa a la falta de control y vigilancia de la Fundación Universitaria San Martín” (se*

la inhabilidad por la participación en la licitación que adelantó el Ministerio de Hacienda. Por consiguiente, también operó la caducidad en lo que a este punto concierne.

Adicionalmente, conviene señalar que en el *sub judice* el término de caducidad no se suspendió, por cuanto la parte demandante no presentó solicitud de conciliación extrajudicial⁴⁶. En este punto la Sala advierte que en el expediente obra una <<*solicitud de conciliación prejudicial*>> presentada por VISE LTDA. contra la Nación – Ministerio de Hacienda, pero con aquella no puede entenderse que el término de caducidad se hubiere suspendido, en cuanto dicha petición iba dirigida a que se dirimieran las controversias relacionadas con la legalidad y los perjuicios ocasionados por la Resolución No. 2522 de 2002 (a través de la cual el Ministerio hizo efectiva la póliza de seriedad de la oferta de Seguros del Estado S.A. en relación con la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA.), así como por la Resolución No 516 de 2003, que decidió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo anterior⁴⁷, lo cual, como es evidente, difiere de las pretensiones que se elevaron en la demanda objeto de estudio.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, que negó las pretensiones de la demanda por encontrarse probada la excepción de caducidad de la acción, por las razones expuestas en esta providencia.

4. Condena en costas

Dado que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 16 de agosto de 2018, expediente No. 59.756).

⁴⁶ De todas formas, conviene aclarar que para la fecha en que se presentó la demanda (30 de noviembre de 2005) no era obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

⁴⁷ Esto se lee en la solicitud de <<*conciliación prejudicial*>>: “*como consecuencia exclusiva de los perjuicios causados (...) con lo dispuesto en el artículo 3º de la Resolución No. 2522 de 2002 [a través de la cual el Ministerio de Hacienda hizo efectiva la póliza de seriedad de la oferta de Seguros del Estado S.A. en relación con la unión temporal de la cual hacía parte VISE LTDA.] y la Resolución 516 del 17 de marzo de 2003, por la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 2522 del 26 de noviembre de 2002*” (Folios 779-839 del cuaderno No. 8 de pruebas).

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esta es, la proferida el 16 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C en Descongestión, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad y, como consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA