

19 OCT. 2012

MEMORANDO

OAJ - MS - 185

PARA: NUBIA LUCIA WILCHES QUINTANA
Subdirectora Administrativa y Financiera

DE: CONSTANZA ATUESTA CEPEDA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a su Memorando SAF No. 365 del 8 de Agosto de 2012
Solicitud de Asesoría y Concepto Jurídico – Adjudicación de Contrato, Auto
No. 408 del 9 de septiembre de 2008

En atención a la solicitud de concepto jurídico requerido mediante el memorando de la referencia, relacionado con las inquietudes, respecto a si bien el auto No. 408 de 2008 se encuentra en firme y que por ello, se debe suscribir el contrato correspondiente, con quien no debió ser el adjudicatario del mismo y, si es viable aceptar como alternativa que se plantee a la firma Proyectos Ltda, el reconocimiento y pago de la utilidad, dentro del marco de una conciliación y se indique el procedimiento a seguir, con este escrito, se hace el pronunciamiento solicitado, previamente teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer término, se considera pertinente precisar la clase de acto que resulta ser el de adjudicación del contrato:

Actos definitivos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, son actos definitivos los que: "*decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.*"

Para efectos de la clase de acción judicial que pueda proceder contra los actos precontractuales emitidos por la Administración pública, dentro del respectivo proceso de selección de un proponente, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado se ha movido en

MS¹
6:10 PM
22 OCT. 2012



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica

torno a las siguientes características:¹

“el contrato nace cuando se adjudica a un proponente, de tal suerte que las solemnidades subsiguientes que exija la ley, sólo permiten su ejecutoria; 2. la resolución de adjudicación es un acto administrativo separable del contrato, y se ubica en la fase precontractual; 3. la adjudicación no es el contrato administrativo pero sí es una convención, en la que se logra el acuerdo pleno de voluntades en torno al objeto y la contraprestación, hecho que abre las puertas para que las diferencias sean juzgadas bajo las reglas de la responsabilidad contractual.”

Al respecto, el Consejo de Estado - Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 12 de junio de 2008, afirmó lo siguiente:

“La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación.”

Se debe destacar que a su vez la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia SU - 713 de 2006, afirmó:

“Entre los actos administrativos definitivos que se presentan en el trámite de la licitación pública se reconocen, entre otros, los siguientes: la Resolución de apertura, el pliego de condiciones, el acto de rechazo de propuestas, el acto que declara desierta la licitación y la resolución de adjudicación.”(resaltado ajeno al texto original)

Por lo tanto, siendo importante determinar la clase de acto que resulta ser la decisión de adjudicación de un contrato, para efectos del cómputo de la oportunidad de ejercicio de la acción judicial que procede en estos casos, como consecuencia de un proceso de selección, se considera que el Auto No. 408 de 2008 es un acto administrativo de carácter

¹ Suárez Camacho, Gustavo. “La responsabilidad precontractual del Estado”, en Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, octubre de 1994, volumen 87, número 565, pág 22. Este autor considera que la etapa precontractual termina con el perfeccionamiento del contrato, de conformidad con los requisitos que la ley en su momento haya establecido para éste
Tomado de la tesis para optar grado en Maestría en Derecho Administrativo – presentada por el Dr. Jorge Eduardo Caviedes Devia.



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica

definitivo, porque pone fin al trámite de escogencia del contratista que ejecutará el contrato requerido para cumplir los fines del Estado.

DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de dicha norma, es decir, que la firma Proyectos Ltda., podrá interponer las acciones de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dentro del término prescrito en la normativa.

Sirve de soporte a lo esbozado el fallo del 2 de agosto de 2006, proferido por el H. Consejo de Estado, sobre la viabilidad de las acciones judiciales contra todos los actos previos a la celebración del contrato:

*"Por lo tanto para la Sala no resulta acertada la interpretación del recurrente debido a que, como en reiteradas oportunidades se ha establecido, la ley es clara en señalar que todos los actos precontractuales, que se expidan con ocasión de la actividad contractual, son susceptibles de ser atacados a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 87 del C. C. A. cuyo término de caducidad es de 30 días."*²

De acuerdo con todo lo anteriormente expresado, se responde:

A LA INQUIETUD a)

A través de referido literal, realmente, no se está formulando ninguna consulta, sino que se aduce que existe preocupación de suscribir un contrato, con quien al parecer no debió ser el adjudicatario del proceso de selección derivado del Proceso Abreviado de Menor Cuantía No. 016 de 2008, cuyo objeto es: *"Realizar el diseño, la construcción y puesta en operación del sistema de recolección, conducción y tratamiento de aguas residuales*

² Consejo de Estado, Sección Tercera, fallo del 2 de agosto de 2006, expediente No. 30.141, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.
Este extracto jurisprudencial, se concuerda con la normativa actualmente vigente, como es el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, cuyo término (30 días) no ha sido modificado.

Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica

generadas en el Santuario de Flor y Fauna, localizado en el Departamento de Boyacá" Efectivamente, el Auto No. 408 de 2008, y si bien dicho acto se encuentra en firme y goza de la presunción de legalidad, que le confieren tanto la Ley, como el desarrollo jurisprudencial pertinente, y dado que como tampoco se indica si existe o no presupuesto para ejecutar la obra, además que se presentó un posible vicio, que lleva a que el adjudicatario del contrato no sea la sociedad PROYECTOS LTDA., sino el señor ALEXANDER FERNÁNDEZ ALVAREZ, se considera que no es obligación de PNN suscribir el contrato. Además, que no se indica si se realizó algún análisis técnico sobre la conveniencia actual de ejecutar o no dicha obra.

A LA INQUIETUD b)

La alternativa que se plantea por parte de la Subdirección Administrativa y Financiera, tal y como está expuesta, no se considera viable, ya que la misma debe partir de la sociedad Proyectos Ltda., la cual de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, se debe realizar en este caso, a través de la Procuraduría Judicial Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, convocando a la Entidad a una conciliación extrajudicial; trámite que una vez notificado a PNN se someterá a estudio y debate ante el Comité de Conciliación de Parques Nacionales Naturales de Colombia y dicho órgano tomará la decisión correspondiente, siempre y cuando, en los términos establecidos en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción a instaurar, como consecuencia de la falta de suscripción del contrato.

En los anteriores términos se emite el pronunciamiento solicitado y cualquiera aclaración adicional al respecto, estamos atentos a suministrarla.



CONSTANZA ATUESTA CEPEDA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Orlando Sepúlveda O.
17/08/12