

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinticinco (2025)

**Magistrado Ponente (E): FREDY IBARRA MARTÍNEZ Expediente:
11001-03-26-000-2021-00037-00 (66.633) Demandante: INGENIERÍA E
INTERVENTORÍA NACIONAL SAS (INALTER) Demandado: LA NACIÓN
– MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO – ADMINISTRACIÓN
TEMPORAL PARA EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y
SANEAMIENTO BÁSICO**

**Medio de control: NULIDAD SIMPLE – CPACA Asunto: SENTENCIA DE
ÚNICA INSTANCIA – NULIDAD PARCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES**

Síntesis del caso: la parte actora solicita la declaración de nulidad parcial del pliego de condiciones expedido en el concurso de méritos abierto CMA-AT-APSB-006-2020, por estimar que se impide la participación de las personas jurídicas que tengan una constitución menor a tres (3) años y por establecer que se acredite experiencia por el solo hecho de que haya transcurrido tiempo después de la creación de la persona jurídica. La Sala declarará la nulidad parcial del pliego de condiciones porque las reglas demandadas desconocen los artículos 6 y 24 (ordinal 5º) de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015.

Temas: medio de control jurisdiccional de simple nulidad – pliego de condiciones – experiencia y antigüedad de personas jurídicas.

Decide la Sala, en única instancia, la demanda de nulidad simple formulada por la sociedad Ingeniería e Interventoría Nacional SAS (INALTER) en contra del pliego de condiciones definitivo expedido en el concurso de méritos abierto CMAAT-APSB-006-2020, adelantado para contratar la “CONSULTORIA PARA EL DISEÑO DEL SISTEMA DE RESPALDO DEL ACUEDUCTO DE BARRANCAS Y DE LOS SISTEMAS DE RESPALDO A LA PTAP DE SAN JUAN Y DEL REGIONAL DE ACUEDUCTO DE LOS CORREGIMIENTOS LA JUNTA, LA PEÑA Y CURAZAO”, expedido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio – Administración Temporal para el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, que dispone lo siguiente:

“1. PARTICIPANTES

En el presente proceso de selección SOLAMENTE podrán participar:

(...).

- *Personas jurídicas, que deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

(...).

- *En el caso de personas jurídicas, se deberá contar con un tiempo de constitución de la sociedad de mínimo tres (3) años (contados a partir de la fecha de adquisición de la personería jurídica en Cámara de Comercio, lo cual se verificará en el Certificado de Existencia y Representación Legal).*

(...).

Se deja constancia expresa de que únicamente se aceptarán propuestas presentadas por personas naturales o jurídicas o formas asociativas que cumplan con el perfil antes mencionado.

(...).

4. REQUISITOS HABILITANTES

(...).

4.2. CAPACIDAD JURÍDICA

(...).

En el presente Proceso de Contratación pueden participar quienes cumplan con el perfil de PARTICIPANTES antes establecido, siempre y cuando tengan plena capacidad jurídica.

(...).

4.3. EXPERIENCIA MÍNIMA HABILITANTE:

*A continuación, se relacionan las condiciones de **experiencia mínima exigida** para la ejecución del contrato:*

A) Experiencia General: Ver Formato Anexo 8

(...).

En el caso de personas jurídicas, se deberá contar con un tiempo de constitución de la empresa de mínimo tres (03) años (contados a partir de la fecha de inscripción en el Certificado de Existencia y Representación Legal).

Esta experiencia será verificada en el Certificado de Vigencia de la Tarjeta Profesional expedido por el COPNIA (para personas naturales) o en el Certificado de Existencia y Representación Legal (para personas jurídicas).

(...).

6. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS (...).

6.1. EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE (Adicional a la mínima exigida): 29 PUNTOS

- Se asignará 1 punto por cada año de experiencia general adicional a la mínima exigida o hasta obtener un máximo de 29 puntos.
- Para el caso de personas jurídicas, se asignarán 2 puntos por cada año adicional a lo mínimo exigido, de constitución de la empresa, hasta obtener un máximo de 29 puntos.

Esta experiencia deberá acreditarse mediante la presentación del Certificado de Vigencia del COPNIA (para personas naturales) o del Certificado de Existencia y Representación Legal (para el caso de personas jurídicas)” (fls. 8, 37, 38, 45 y 62 – índice 2 SAMAI – archivo 7_110010326000202100037006EXPEDIENTEDIGI20210315095612 (pdf) — mayúsculas fijas, negrillas y subrayado del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) El 20 de agosto de 2020¹, la sociedad Ingeniería e Interventoría Nacional SAS (INALTER) presentó demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad simple² para que se acceda a la siguiente pretensión:

“PRIMERA: DECLARAR, la nulidad de las siguientes disposiciones del PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO del CONCURSO DE MÉRITOS CMA-AT-APSB-006-2020, por medio de la cual, la ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DEL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO DE LA GUAJIRA – MINVIVIENDA:

- **Numeral 1. PARTICIPANTES**

“... 1. PARTICIPANTES

*En el presente proceso de selección **SOLAMENTE** podrán **participar**:*

...

- ***Personas jurídicas, que deberán cumplir con los siguientes requisitos:***

...

- ***En el caso de personas jurídicas, se deberá contar con un tiempo de constitución de la sociedad de***

¹ Índice 2 SAMAI – archivo 3_110010326000202100037002EXPEDIENTEDIGI20210315095612 (pdf).

² La demanda se presentó ante el Juzgado Segundo Administrativo de Bogotá, quien se declaró incompetente y remitió el proceso al Consejo de Estado (índice 2 SAMAI – archivo 10_110010326000202100037009EXPEDIENTEDIGI20210315095612 (pdf)).

mínimo tres (3) años (contados a partir de la fecha de adquisición de la personería jurídica en Cámara de Comercio, lo cual se verificará en el Certificado de

Existencia y Representación Legal. (...)” (negritas y subrayado adicionales).

- **Numeral 4.3. EXPERIENCIA MÍNIMA HABILITANTE**

“... 4.3. EXPERIENCIA MÍNIMA HABILITANTE:

A continuación, se relacionan las condiciones de experiencia mínima exigida para la ejecución del contrato:

A) Experiencia General: Ver Formato Anexo 8

En el caso de personas naturales, experiencia general mínima de CINCO (05) AÑOS en el ejercicio profesional de la Ingeniería Civil o Sanitaria (contados a partir de la fecha de la expedición de la matrícula profesional).

En el caso de personas jurídicas, se deberá contar con un tiempo de constitución de la empresa de mínimo tres (03) años (contados a partir de la fecha de inscripción en el Certificado de Existencia y Representación Legal).

Esta experiencia será verificada en el Certificado de Vigencia de la Tarjeta Profesional expedido por el COPNIA (para personas naturales) o en el Certificado de Existencia y Representación Legal (para personas jurídicas) ...” (negritas y subrayado de la Sala).

- **Numeral 6.1 EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE**

(Adicional a la mínima exigida): 29 PUNTOS

“... 6.1. EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE
(Adicional a la mínima exigida): 29 PUNTOS

- **Se asignará 1 punto por cada año de experiencia general** adicional a la mínima exigida o hasta obtener un máximo de 29 puntos.

- **Para el caso de personas jurídicas, se asignarán 2 puntos por cada año adicional a lo mínimo exigido,** de constitución de la empresa, hasta obtener un máximo de 29 puntos.

Esta experiencia deberá acreditarse mediante la presentación del Certificado de Vigencia del COPNIA (para personas naturales) o del Certificado de Existencia y Representación Legal (para el caso de personas jurídicas). ...” (Negritas y subrayas fuera de texto).” (fls. 2 y 3 – índice

315095612 (pdf) — subrayado, negrillas y mayúsculas sostenidas dentro del texto).

2) A juicio de la sociedad demandante, los apartados citados del pliego de condiciones definitivo, referentes a requisitos habilitantes y a experiencia general del proponente, deben ser invalidados parcialmente por el hecho de contener reglas que desconocen las normas en las cuales debió fundarse, motivo por el cual se formulan dos cargos de nulidad con el siguiente contenido:

1.1 Cargo primero: desconocimiento de los artículos 6, 8 y 24 (ordinal 5º) de la Ley 80 de 1993

Los apartes demandados violan las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993: (i) el artículo 6, porque esta norma preceptúa que la única condición que deben acreditar las personas jurídicas para participar en procesos de selección es que su duración no sea menor a la del plazo del contrato y un (1) año más, pero, el pliego no permite la participación de personas jurídicas con una constitución menor a tres (3) años; (ii) el artículo 8, por no permitir la participación de personas jurídicas que tengan una constitución menor a tres (3) años conlleva a crear una inhabilidad no prevista en la ley y, (iii) el ordinal 5º del artículo 24, impone que los pliegos deben tener reglas que aseguren la escogencia objetiva, empero, ello no ocurre en este caso ya que se asigna puntaje por el solo hecho de que las personas jurídicas tengan mayor antigüedad.

1.2 Cargo segundo: vulneración del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015

Contrario a lo reglado en los pliegos de condiciones, el artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 claramente permite que se presenten sociedades que tengan una constitución menor a tres (3) años, puesto que, para efectos de la inscripción del Registro Único de Proponentes (RUP), dicha norma establece que si *“la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes”*.

2. Posición de la parte demandada

A través de escrito radicado el 19 de enero de 2023, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio contestó la demanda (fls. 1 a 9)³ con oposición a los hechos y a las pretensiones, escrito en el que formuló la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, en la medida en que, si bien la entidad asumió temporalmente la competencia del Departamento de la Guajira frente al

sector de agua potable y saneamiento básico, actualmente esas funciones fueron reasumidas por la entidad territorial⁴.

3. El trámite procesal

1) La sociedad actora solicitó en la demanda, como medida cautelar de urgencia, que se decretara la suspensión provisional del pliego de condiciones, la cual fue negada mediante auto del 19 de septiembre de 2022 debido a que el proceso de selección ya había sido adjudicado para el momento de resolver la solicitud (índice 5 SAMAI).

2) El 16 de abril de 2024, en decisión del magistrado ponente, que no fue recurrida, se negaron las excepciones previas de *ineptitud sustantiva de la demanda* y de *ausencia de vinculación de todos los litisconsortes necesarios*; asimismo, en dicha providencia se adecuó el trámite para dictar sentencia anticipada.

4. Alegaciones de conclusión

El 13 de junio de 2024 se dio traslado a las partes para que presentaran alegaciones de conclusión y, vencido este, el agente del Ministerio Público rindiera concepto, oportunidades en las que ocurrió lo siguiente⁵:

³ Índice 2 SAMAI – archivo
26_110010326000202100037001RECIBEMEMORIAL20230120111910 (pdf).

⁴ Tal como se indica en el siguiente acápite, la demandada planteó excepciones previas que fueron resueltas en la providencia del 16 de abril de 2024 (índice 21 SAMAI).

⁵ Es importante advertir que el Departamento de la Guajira presentó alegaciones, puesto que indebidamente se le notificó del auto que admitió la demanda. A pesar de lo anterior, el Departamento no ha sido vinculado al proceso y la irregularidad procesal de habersele notificado el auto admisorio se entiende saneada en los términos del parágrafo del artículo 133 del CGP, norma que preceptúa que las “*demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece*”; adicionalmente, su intervención no se tendrá en cuenta por cuanto fue realizada después de la oportunidad

1) El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio insistió en que deben negarse las pretensiones (índice 31 SAMAI), para lo cual adujo que (i) el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece un mínimo de duración de las personas jurídicas pero en los procesos de selección puede establecerse un “*tiempo superior*” (fl. 3 – índice 31 SAMAI) y, por ende, es viable exigir que tengan 3 años de constituidas; (ii) los requisitos habilitantes de experiencia general, además del tiempo de constitución

de la persona jurídica, exigían aportar 2 contratos de consultoría relacionados con el objeto a contratar y, (iii) el cronograma del proceso de selección previó una etapa de observaciones a los pliegos de condiciones, en la cual ningún interesado presentó comentario alguno relacionado con la posible nulidad de dicho acto.

2) La parte demandante guardó silencio.

3) El Ministerio Público conceptuó que se debe acceder a las pretensiones de la demanda (índice 32 SAMAI), en la medida en que es claro que el pliego de condiciones violó los artículos 6, 8 y 24 de la Ley 80 de 1993 por el hecho de condicionar que las personas jurídicas debían tener una constitución de al menos tres (3) años, lo cual restringió la “*capacidad jurídica de los entes societarios para fungir como contratistas del Estado*” (fl. 14 – índice 32 SAMAI), lo cual, además, tuvo “*los efectos propios de las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades*” (fl. 15 – índice 32 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) aspectos procesales, 3) análisis del caso concreto y, 4) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

prevista en el artículo 223 del CPACA, el cual regula la intervención de terceros en los procesos de simple nulidad.

La demanda se dirige a obtener la declaración de nulidad parcial del pliego de condiciones emitido en el concurso de méritos abierto CMA-AT-APSB-006-2020 por considerar que se restringió indebidamente la participación de personas jurídicas que tuvieran una constitución menor a tres (3) años y, al propio tiempo, porque, indebidamente, se permitió acreditar experiencia con el mero transcurso del tiempo de creación de la persona jurídica.

La Sala accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, porque no es viable impedir la participación en el proceso de selección de personas jurídicas que tuvieran una creación menor a tres (3) años ni permitir acreditar experiencia con la sola antigüedad de las personas jurídicas oferentes.

2. Aspectos procesales

Previamente a realizar el análisis del caso concreto, es menester abordar dos asuntos procesales: (i) la posibilidad de pronunciarse sobre la nulidad de un pliego de condiciones que fue adjudicado y, (ii) resolver la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por la parte demandada.

1) Por una parte, la Sala advierte que es posible pronunciarse sobre la legalidad de un pliego de condiciones, inclusive después de adjudicado, por las siguientes razones:

a) El pliego de condiciones es uno de los actos previos al contrato que puede ser objeto del medio de control jurisdiccional de nulidad simple, como lo reconoció recientemente la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia que reitera en esta otra oportunidad:

“5) Posteriormente, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) se mantuvo ese mismo criterio normativo, por manera que la propia ley determinó, sin ambages, que los actos precontractuales —indicados jurisprudencialmente— serían pasibles de análisis de legalidad a través de los medios de control jurisdiccional de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso; al respecto, el artículo 141 ibidem prevé:

‘Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y

que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

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

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes' (destaca la Sala).

Como se advierte, la Ley 1437 de 2011 (CPACA) mantuvo, en términos generales, la regulación contenida en el CCA en materia de control de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, al avalar y permitir su estudio de legalidad a través de los medios de control de simple nulidad (artículo 137 ibidem) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 ibidem), es decir, el legislador no limitó el control de validez a los actos de adjudicación o de declaración de desierta de la licitación pública, tal como lo considera el magistrado ponente del proceso; contrario sensu, el ordenamiento jurídico establece, expresa e inequívocamente, que existen actos precontractuales —así sean de trámite o preparatorios— que pueden ser demandados ante esta jurisdicción, tales como el acto de apertura y los pliegos de condiciones, cuya legalidad de juzga a partir del ejercicio del medio de control de nulidad simple, de allí que, se reitera, una posición contraria, como la contenida en el auto suplicado, vacía de contenido el inciso segundo del artículo 141 del CPACA al impedir que se ejerza la acción de nulidad simple, en contravía de lo previsto específicamente en la ley, más aún si se tiene en cuenta que en contra de los actos administrativos de adjudicación o de declaración de desierta solo procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual ha precisado la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Sección⁶.

6) De otra parte, el literal c) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) reitera la posibilidad de ejercer el medio de control de nulidad simple en contra de actos precontractuales de contenido general al preceptuar lo siguiente:

'Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19.936, MP Ruth Stella Correa Palacio.

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' (negritas adicionales).

Se desprende de la anterior disposición que el legislador estableció un término de caducidad de cuatro (4) meses para el ejercicio de los medios de control jurisdiccional de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se ejerzan en contra de actos de naturaleza precontractual; además, señaló el momento específico a partir del cual se debe iniciar el cómputo del mencionado plazo y, concretamente, para los actos de contenido general definió que la

contabilización se realiza desde el momento de su "publicación", mientras que para los actos de contenido particular y concreto inicia con su notificación o comunicación.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al magistrado ponente al restringir el control jurisdiccional sobre los actos precontractuales de contenido general, con el solo argumento de que son actos de trámite y, por lo tanto, no susceptibles de control jurisdiccional en los términos del numeral 3 del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), dado que los actos precontractuales generales (publicables), al margen de que no pongan fin al procedimiento administrativo de selección del contratista, son también materia de control jurisdiccional por determinación de la ley, en tanto revisten efectos definitivos, por ejemplo, frente a los factores habilitantes o ponderables.

En efecto, la interpretación contenida en el auto suplicado vacía parcialmente de contenido los artículos 141, 137 y 164 del CPACA, ya que solo serían demandables el acto de adjudicación y el acto de declaración de desierta a través del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, posición que, se insiste, no consulta adecuadamente el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia pacífica de esta Corporación sobre esta materia, pues, inaplica el contenido legal y, consecuentemente, restringe de manera injustificada el derecho constitucional fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 CP).

7) Así las cosas, el auto suplicado será revocado por cuanto se sustenta en una hermenéutica que limita indebidamente el acceso a la administración de justicia, más aún si existen pluralidad de preceptos en la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que de manera inequívoca habilitan el ejercicio del medio de control de simple nulidad en contra de actos precontractuales generales, publicables, con independencia de que no pongan fin a una actuación administrativa.

Igualmente, la tesis incorporada en el auto recurrido desatiende el criterio del efecto útil de las normas, según el cual el intérprete y el

operador judicial deben privilegiar la hermenéutica que hace producir efectos materiales a las disposiciones del ordenamiento jurídico, por encima de aquella que se las restringe o niega⁷⁸.

b) La anterior postura implica que, si en el momento de proferir la sentencia el procedimiento contractual finalizó, el juez contencioso puede resolver la demanda de nulidad simple presentada en contra del pliego de condiciones, en atención a lo dispuesto que el inciso segundo del artículo 141 del CPACA, cuyo texto es como sigue:

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

Por consiguiente, considerar que el juez contencioso no pueda pronunciarse sobre la legalidad del pliego de condiciones cuando haya finalizado el proceso de selección haría inane que el artículo 141 del CPACA regule la posibilidad de adelantar el medio de control jurisdiccional de nulidad simple contra los actos anteriores al contrato, por cuanto, obligaría a acudir al medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho una vez se haya proferido el acto de adjudicación o el acto de declaración de desierto del respectivo proceso de selección del contratista.

c) Además, la posibilidad de estudiar autónomamente la legalidad de los actos previos al contrato es una consecuencia de que el CPACA, a diferencia de lo regulado en su momento en el CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, no exija que, una vez celebrado el contrato se deba demandar su nulidad para poder discutir la ilegalidad de los actos previos.

Al respecto, el inciso segundo del artículo 87 del CCA, luego de la modificación realizada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, estatuyó lo siguiente:

⁷ “Resulta contrario a los principios mencionados, mantener en el ordenamiento una disposición que carece de toda eficacia jurídica, pues se contradice el principio del efecto útil de las normas generando, al mismo tiempo, una circunstancia que puede originar grave confusión e incertidumbre.” Corte Constitucional, sentencia C-499 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. ⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 26 de marzo de 2025, expediente 71.869, MP Fredy Ibarra Martínez.

*“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato**” (destaca la Sala).*

En contraste con el anterior régimen procesal, el artículo 141 CPACA, como se indicó previamente, claramente preceptúa que los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato pueden ser demandados por los medios de control jurisdiccionales de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas, si el legislador hubiera pretendido atar la legalidad de los actos previos a las actuaciones posteriores a su expedición hubiera exigido eventualmente, demandar la nulidad del contrato cuando hubiera sido adjudicado y celebrado.

d) En consonancia con lo anterior, el artículo 164 del CPACA consagra un término de cuatro (4) meses para ejercer cualquiera de los dos medios de control que se pueden promover en contra de los actos previos al contrato, así:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. 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;
(resalta la Sala).

De esta manera, es claro que el legislador previó que el término para incoar los medios de control jurisdiccionales de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses contados desde la comunicación, notificación o publicación del acto previo.

En ese sentido, de acoger la tesis según la cual, una vez finalizado el procedimiento contractual, la legalidad de los actos previos está supeditada a la discusión sobre la validez del acto administrativo precontractual, el término de caducidad para demandar la legalidad de los actos previos no tendría ningún efecto, por cuanto, el término para presentar las demandas siempre se computaría desde que se publiquen o notifiquen los actos administrativos de adjudicación o de declaración de desierto del respectivo proceso de selección del contratista.

2) De otra parte, es claro que no se configura la falta de legitimación por pasiva alegada, por los siguientes motivos:

a) Está probado que la “*Administración Temporal para el sector Agua Potable y Saneamiento Básico de la Guajira*” (fl. 2)⁸ expidió el pliego de condiciones demandado.

b) Igualmente está acreditado que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio asumió la administración temporal de la competencia del Departamento de La Guajira en el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico como consecuencia de la Resolución 460 del 21 de febrero de 2017 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. MEDIDA CORRECTIVA DE ASUNCIÓN TEMPORAL DE LA COMPETENCIA. Adóptese de manera cautelar la Medida Correctiva de Asunción Temporal de la Competencia en el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico al Departamento La Guajira, en los términos y condiciones establecidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES Social en el Documento CONPES Social No. 3883 del 21 de febrero de 2017.

(...).

ARTÍCULO 6. ENTIDAD ENCARGADA DE ASUMIR LA COMPETENCIA. A través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio se asumirá temporalmente la competencia del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico al Departamento de La Guajira, de conformidad con las facultades y competencias establecidas en el Decreto 028 de 2008, la Ley 715 de 2001 y sus disposiciones reglamentarias” (fls. 6 y 7 – índice 2 SAMAI – archivo 8_110010326000202100037007EXPEDIENTEDIGI20210315095612

⁸ Índice 2 –archivo 7_110010326000202100037006EXPEDIENTEDIGI20210315095612 (pdf).

(pdf) – mayúsculas fijas en el original).

c) En la contestación de la demanda, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio sostiene que se presenta ausencia de legitimación por pasiva porque el Departamento de La Guajira reasumió su competencia, así:

“En desarrollo de las competencias de monitoreo otorgadas por el artículo 20 de la Ley 1450 de 2011 el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio elaboró, en el mes de febrero de 2022, un Informe de Monitoreo con el fin de sustentar la necesidad del Cierre de la Medida Correctiva de Asunción Temporal de la Competencia en el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en el Departamento de la Guajira y lo presentó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público acompañado de una ‘Solicitud de levantamiento de la medida correctiva de Asunción Temporal de las Competencias (...)’; en dicho informe se da cuenta de la verificación de las condiciones generales establecidas en el numeral 7.2.3. del Documento CONPES 3984 del 20 de febrero de 2020 para que el Departamento de La Guajira reasumiera las competencias.

El levantamiento de la medida tuvo lugar el 22 de febrero de 2022, en donde a partir de esa fecha, el departamento de La Guajira reasumió sus competencias, en cabeza de la empresa ESEPGUA S.A. E.S.P., la cual tiene a su cargo, la obligación de que se honren todos los compromisos adquiridos por la Nación en cabeza de la Administración Temporal en el sector Agua Potable y Saneamiento Básico, y que se mantengan estables y vigentes los contratos que entregó en ejecución la Administración Temporal, con el fin de garantizar la continua prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, y en virtud de ello, es la entidad estatal competente, para responder a las observaciones y demás asuntos planteados por la Auditoría en curso” (fl. 5 – índice 2 SAMAI – archivo 26_110010326000202100037001RECIBEMEMORIAL202301201119 10 (pdf) – mayúsculas sostenidas del memorial).

d) A pesar de lo anterior, la parte demandada no aportó ni solicitó ninguna prueba de dichas actuaciones e inclusive ni siquiera precisó cuál fue el acto administrativo que levantó la medida que había llevado a que asumiera temporalmente la competencia del Departamento de La Guajira.

e) En gracia de discusión, que el Departamento de La Guajira asumiera la competencia no configura la falta de legitimación por pasiva porque, es claro que el pliego de condiciones sí fue expedido por la entidad demandada, en ejercicio de las competencias que tenía para ese momento de administración temporal de las funciones del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico.

3. Análisis del caso concreto

La Sala declarará la nulidad de las disposiciones del pliego de condiciones que exigen que las personas jurídicas tengan, al menos, tres (3) años de constitución para presentarse y que permiten acreditar experiencia con la antigüedad de las personas jurídicas.

1) El pliego de condiciones exigió, como requisito para participar (numerales 1 y 4.3), que las personas jurídicas tuvieran, como mínimo, tres (3) años de constitución, lo cual desconoce lo dispuesto en los artículos 6 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, especialmente por lo siguiente:

a) Los incisos primero y tercero del artículo 6 del Estatuto General de Contratación la Administración Pública disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 6.- De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (...).

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”.

b) Por su parte, el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 preceptúa lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

(...).

*2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. **Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes**” (resalta la Sala).*

c) De acuerdo con las normas transcritas, es evidente que no es posible que un pliego de condiciones impida que participen personas jurídicas que tengan una duración menor a tres (3) años, si se tienen en cuenta los siguientes argumentos:

2) El artículo 6 de la Ley 80 reguló que "*las personas consideradas legalmente capaces*" pueden celebrar contratos y, respecto de la duración que deben tener las personas jurídicas, únicamente estableció una condición, a saber: que no sea menor al plazo del contrato y un (1) año más.

3) En este orden de ideas, no es posible exigir un término mínimo de existencia antes de la apertura del proceso de selección, pues, en relación con la capacidad para contratar, el legislador solo consideró relevante establecer una exigencia frente a la duración futura de las personas jurídicas.

4) Asimismo, para efectos del Registro Único de Proponentes, el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 permite que las personas jurídicas que tengan menos de tres (3) años de constitución puedan acreditar la experiencia adquirida por sus accionistas, socios o constituyentes.

5) Por consiguiente, es evidente que la normativa anterior busca fomentar la participación de personas jurídicas que tengan una creación menor a tres (3) años en la contratación estatal, puesto que, sin ella, la posibilidad de ser contratistas se vería disminuida porque, en su condición de personas nuevas, no tendrían experiencia propia.

6) El artículo mencionado del Decreto 1082 de 2015, entonces, claramente permite que las personas jurídicas que tengan una constitución menor a tres (3) años puedan presentarse y ser contratistas; de lo contrario, no tendría sentido que sus accionistas, socios o constituyentes puedan hacer valer su experiencia propia para que ella sea tenida en el Registro Único de Proponentes como si fuera de la persona jurídica.

7) Adicionalmente, el pliego de condiciones permite acreditar experiencia por el solo transcurso del tiempo de constitución de una persona jurídica (numeral

6.3), al punto que señala que, para tales efectos, tendrá en cuenta el certificado de existencia y representación legal correspondiente.

Estas regulaciones del pliego de condiciones claramente desconocen lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que prescribe lo siguiente:

“5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”.

Al respecto, debe observarse lo siguiente:

a) La norma antes citada fue violada, porque los pliegos equiparan *antigüedad* con *experiencia* y esto es inadmisiblesi se tiene en cuenta que el solo hecho de que transcurra tiempo desde la creación de una persona no conlleva que haya adquirido, necesariamente, un conocimiento por el ejercicio del objeto social o de una profesión o actividad.

En esa perspectiva, esta Subsección ha indicado lo siguiente sobre ese aspecto:

“(…) se observa que en el numeral 30-4 del pliego de condiciones de la licitación pública, se fijó como criterio la “antigüedad” con un máximo de diez (10) puntos, para cuya calificación se tendría en cuenta el tiempo de constitución de la firma (...).

Pero, más reprochable aún, es la forma como se calificó ese criterio de “antigüedad”, en el sentido de que se otorgarían los puntos tomando únicamente el tiempo de constitución de la persona jurídica, o el tiempo contado a partir de la fecha en que obtuvo el título o el grado o se expidió la matrícula profesional de la persona natural, esto es, una calificación ligada simplemente a un elemento temporal, sin exigir la demostración de los hechos que acreditaran la experiencia efectiva de los proponentes, mediante la prueba de las actividades, labores y trabajos generales o específicos realizados (certificaciones de contratos celebrados y ejecutados, de trabajos, etc.). En otras palabras, de acuerdo con el pliego en este factor de evaluación se tendría en cuenta exclusivamente la contabilización del tiempo, sin que resultase relevante si en el transcurso del mismo realmente se había adquirido experiencia por la persona proponente.

La fecha de constitución de la sociedad tomada del certificado de existencia y representación legal o del certificado del registro de proponentes, expedidos por la Cámara de Comercio, en el caso de personas jurídicas, o de la expedición del diploma o del acta de grado o de la tarjeta profesional para el caso de las personas naturales, si bien marca la pauta legal para ejercer la actividad social o la respectiva profesión, esta circunstancia en sí misma no acredita la experiencia de las personas que aspiren a contratar con el Estado, es decir, el conocimiento adquirido a través del tiempo por el ejercicio del objeto de la sociedad o de una profesión, según se trate.

(...).

Por otra parte, tampoco encuentra la Sala que el criterio de “antigüedad” en la noción equívoca establecida en el pliego de condiciones, tuviese conexidad sustancial con el objeto materia de la licitación pública, es decir, que constituyera un criterio proporcional, necesario o razonable.

En efecto: ¿en qué podría incidir o qué valor tiene el tiempo de creación de la sociedad proponente o el período en que se graduó la persona licitante para efectos de tener la propuesta más favorable para la entidad, y así desarrollar adecuadamente la obra pública perseguida en la licitación pública? Ninguno, este criterio de calificación nada agrega a la comparación objetiva de los ofrecimientos para la escogencia de la mejor oferta de la obra pública objeto de esa licitación pública, ni menos aún guarda una relación con los fines de la contratación de que se ocupa la demanda en este caso.

(...).

En síntesis, la estipulación referida es una regla que no cumple las características de objetividad y razonabilidad exigidas, como se expuso, lo cual la torna ineficaz de pleno derecho, a la luz de lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁹¹⁰ (negritas adicionales).

b) Es cierto que el ordinal 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone que “*serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos (...) que contravengan lo dispuesto en este numeral*”, lo que podría llevar a pensar, en una primera lectura, que frente a tales estipulaciones no cabría pronunciamiento judicial de nulidad, pues la ineficacia opera de pleno derecho, lo cual no hace

⁹ Sobre el alcance del numeral 5º del artículo 24 *in fine* de la Ley 80 de 1993 vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20.688, MP Ruth Stella Correa Palacio.

obligatorio un pronunciamiento del juez, a petición de parte, para retirar el acto del mundo jurídico.

No obstante, esa lectura resulta insuficiente ya que, el hecho mismo de que el pliego de condiciones sea demandable a través del medio de control de nulidad implica que su contenido es susceptible de control judicial integralmente, aun en los eventos en que el legislador haya previsto consecuencias automáticas como la ineficacia; en la contratación estatal sometida al Estatuto, la figura de la ineficacia de pleno derecho prevista en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 tiene por objeto proteger a las partes y el ordenamiento jurídico¹¹, debido a que permite desatender una disposición sin necesidad de declaración judicial, pero, de allí no se colige, invariablemente y en modo alguno, que el juez contencioso esté impedido para pronunciarse sobre su validez.

En conclusión, la institución de la ineficacia de pleno derecho del artículo 24 de la Ley 80 está diseñada como una garantía para que no sea menester solicitar al juez contencioso la nulidad de un pliego de condiciones que desconozca el contenido mínimo establecido en la norma, pero, en este caso, ocurre justamente lo contrario: se está acudiendo al juez para que resuelva la validez de un apartado de condiciones del pliego.

c) Cabe aclarar que la entidad demandada manifestó que el numeral 4.2 del pliego no adolece de nulidad porque, además de la antigüedad, exige aportar dos (2) contratos de consultoría para acreditar la experiencia general como requisito habilitante¹².

¹¹ La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en relación con el artículo 24, señala que “se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección”.

¹² Los pliegos de condiciones señalaban “adicional a lo anterior, para el presente proyecto LA ATAPSB establece que la **EXPERIENCIA GENERAL** debe corresponder a la experiencia acreditada en el RUP por parte del proponente mediante **dos (2) Contratos de Consultoría** cuyo objeto incluya **la elaboración de estudios y diseños de planes maestros de acueductos o elaboración de estudios y diseños para obras de optimización de acueductos**, cada uno de los contratos debe ser superior al 50% del valor del presupuesto oficial de la presente convocatoria expresado en SMMLV” (índice 2 SAMAI – archivo 7_110010326000202100037006EXPEDIENTEDIGI20210315095612 (pdf) — mayúsculas fijas y negrillas del original).

Esto, sin embargo, no desvirtúa el hecho de que la experiencia también se acreditaba con el solo tiempo de antigüedad de las personas jurídicas que fueran proponentes.

En ese sentido, la Sala declarará la nulidad parcial del numeral 4.2 del pliego de condiciones, únicamente en los aspectos que permitían acreditar experiencia por el solo hecho de que haya transcurrido tiempo desde la fecha de creación de las personas jurídicas.

d) Finalmente, se advierte que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio argumentó que no debe declararse la nulidad del pliego de condiciones porque estableció una etapa de observaciones, en la cual ningún interesado presentó comentario alguno relacionado con la posible nulidad de dicho acto.

Este planteamiento no es atendible, porque, más allá de que los interesados no planteen observaciones, el juez contencioso debe estudiar la validez de un acto, cuando es demandado, mediante confrontación con las normas jurídicas

superiores que se invoquen como violadas y por la razón que se esgrima para el efecto, como acontece en el presente asunto.

4. Costas

En aplicación del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no hay lugar a la imposición de condena en costas porque el asunto corresponde a una acción pública en la cual se ventiló un interés público, sin que en este proceso sea pertinente establecer si la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, toda vez que, el medio de control judicial se presentó con antelación a la modificación introducida por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, precepto que permite condenar en costas, aun en procesos en los cuales se ventile un interés público, siempre que se

advertida de manera ostensible o palmaria que la demanda carece de sustento legal¹³.

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

FALLA:

1º) Declárase la nulidad de los siguientes apartes del pliego de condiciones del concurso de méritos abierto número CMA-AT-APSB-006-2020, expedido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio — Administración Temporal para el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico:

a) Del capítulo 1, sobre participantes, la siguiente disposición:

“En el caso de personas jurídicas, se deberá contar con un tiempo de constitución de la sociedad de mínimo tres (3) años (contados a partir de la fecha de adquisición de la personería jurídica en Cámara de Comercio, lo cual se verificará en el Certificado de Existencia y Representación Legal). (...)”.

b) Del numeral 4.3, sobre experiencia mínima habilitante, los siguientes acápites:

“En el caso de personas jurídicas, se deberá contar con un tiempo de constitución de la empresa de mínimo tres (03) años (contados a partir de la fecha de inscripción en el Certificado de Existencia y Representación Legal).

(...) en el Certificado de Existencia y Representación Legal (para personas jurídicas)”.

c) Del numeral 6.1, sobre puntaje otorgado por experiencia general del proponente, el siguiente aparte:

“Para el caso de personas jurídicas, se asignarán 2 puntos por cada año adicional a lo mínimo exigido, de constitución de la empresa, hasta obtener un máximo de 29 puntos.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente 63.217, MP Fredy Ibarra Martínez.

(...) del Certificado de Existencia y Representación Legal (para el caso de personas jurídicas)".

2°) Abstiénese de condenar en costas.

3°) En firme esta providencia **archívese** el expediente previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado (E)
Con aclaración de voto

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