

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de adjudicación del contrato. Procedencia / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Procedencia / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia. Segunda instancia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea de acuerdo con la legislación (art. 85 del C.C.A. en concordancia con el parágrafo primero del art. 77 de la Ley 80 de 1993). y ejercida en término legal (cuatro meses contados a partir de la comunicación del acto), competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones. (...) Es de anotar que la acción ejercida es la idónea por cuanto así lo consagra el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 -vigente desde el 1º de enero de 1994-, tal y como al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Corporación, (...) precepto éste que además dispone en su parágrafo segundo que no es necesario demandar el contrato que origina los actos administrativos de la actividad contractual. La definición de la acción idónea, como lo ha señalado la jurisprudencia, “es vital para el análisis del término para intentar la acción de nulidad y reestablecimiento (sic) del derecho contra el acto de adjudicación, establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en cuyo parágrafo, y en desarrollo de la teoría de los actos separables del contrato, habilita este tipo de acción contra dicho acto 'conforme a la reglas del código contencioso administrativo”. Y, resulta medular el tema porque para la época de presentación de la demanda, era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- el que señalaba en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, el plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 ejusdem, bajo cuya égida se demandaban también los actos precontractuales, como lo tenía precisado la jurisprudencia, tema que se cambió drásticamente por cuenta de la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo la Ley 446 de 1998 para reducir a treinta (30) días el término para intentar la acción” (...) Así las cosas, en este evento la Resolución 1321.97 de adjudicación de la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97 que se cuestiona, le fue comunicada al Consorcio el 5 de septiembre de 1997, según reconoce la parte actora en la demanda, mediante Oficio GP-196-97 (original visible a fl. 3 cd. ppal.), de manera que el plazo legal mencionado para instaurar la acción comenzó a correr al día siguiente, esto es, el 6 de septiembre de 1997, lo que significa que a la presentación de la demanda el 18 de diciembre de 1997 no había fenecido el término de los cuatro (4) meses previstos en el artículo 87 del C.C.A. (...) De acuerdo con el Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$3.080.000,00 y la mayor de las pretensiones de la demanda con la cual se inició este proceso ascendía a la suma de \$84.636.795,14.

FUENTE FORMAL: DECRETO 597 DE 1988 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

NOTA DE RELATORIA: Término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación de un contrato ver sentencias del 26 de abril de 2006, Expediente 16041 y del 13 de junio de 2011, Expediente 19936.

CONTRATOS ESTATALES - Requisitos para la eficacia del contrato estatal

Es menester recordar que como todo contrato para la plena producción de sus efectos, el estatal, además de que debe reunir los requisitos para su existencia, requiere también que cumpla una serie de atributos necesarios para su validez. La validez indica la regularidad del contrato, esto es, que existiendo responde a las prescripciones legales, siendo uno de sus presupuestos precisamente la capacidad de los sujetos para contratar, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, cuya inobservancia conduce a la nulidad del contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL COLOMBIANO - ARTICULO 1502

CAPACIDAD - Formas / CAPACIDAD JURIDICA O DE GOCE - Noción / CAPACIDAD LEGAL O DE EJERCICIO - Noción / CAPACIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES - Exigencia / CAPACIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES - Personas naturales y personas jurídicas

La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art. 14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos. La capacidad legal o de ejercicio es la que interesa para el estudio del cargo, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico. La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapaces; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (Ley 27 de 1977), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; la capacidad de las personas jurídicas (art. 633 C.C.) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del principio de especialidad consagrado en la legislación mercantil (art. 99 C.Co.) En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”; (ii) “[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”; y (iii) “[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. Esta norma se aplica en consonancia con el artículo 8 ibídem y demás normas concordantes que establecen restricciones en la contratación estatal para la celebración de los contratos como son las inhabilidades e incompatibilidades, (...) Así mismo, la Ley 80 de 1993 (art. 7) consagró las figuras de los consorcios y las uniones temporales a las que se les permite proponer, celebrar y ejecutar contratos, tal y como se menciona en el artículo 6 ibídem. De otra parte, la capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). (...) En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA - ARTICULO 14 / CODIGO CIVIL COLOMBIANO - ARTICULO 1502 - INCISO FINAL / CODIGO CIVIL COLOMBIANO - ARTICULO 1503 / LEY 27 DE 1977 / CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO - ARTICULO 99 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7 /

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la capacidad legal o de ejercicio para contratar, entendida en su concepción de competencia, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de septiembre de 2000, Expediente 1286 y concepto del 18 de septiembre de 1987, Expediente 143.

CAPACIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES - Distinción entre los efectos de la falta de capacidad al presentar propuestas y los efectos de limitación o restricción en la representación legal

La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si “quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal. (...) son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 - NUMERAL 1

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la capacidad jurídica como requisito habilitante para participar en el proceso de selección consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 2011, Expediente 36408.

REPRESENTACION - Noción / REPRESENTACION - Clases / REPRESENTACIÓN LEGAL - Noción / REPRESENTACION VOLUNTARIA O CONVENCIONAL - Noción / REPRESENTACION JUDICIAL - Noción / REPRESENTACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS - Exigencia legal para contratar / REPRESENTACION DE LAS SOCIEDADES - Noción

La representación (del latín *representatio*) se puede definir como la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otra. De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebre con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes. La representación puede ser legal, voluntaria o judicial: (i) La representación legal es aquella que emana directamente de ley, cuando por mandato de esta se le confía a otra persona la gestión de

los intereses de una persona incapaz o que no puede o no debe vincularse por sí misma, por ejemplo, el caso de los padres, tutores o curadores respecto de los menores de edad, las personas con medida de interdicción, los ausentes, respectivamente. (ii) La representación voluntaria o convencional es aquella que surge de la autonomía privada de las partes, esto es, de un negocio jurídico celebrado entre el representado y el representante, en el que el primero autoriza al segundo para actuar en su nombre y representación, facultándolo para el ejercicio de los derechos de uso, goce o disposición en su caso, sobre los bienes (corporales o incorporeales), o derechos cuyo ejercicio versa el acto de la representación (como en la modalidad de mandato con representación, prevista en los art. 1262 C.Co.). (...) (iii) La representación judicial es aquella que confiere el juez al designar, en ciertos casos previstos en la ley, un representante denominado curador, con el fin de que defienda los intereses de quien no comparezca en juicio o esté ausente. Entendidas estas modalidades, es válido afirmar que dentro de la representación de origen legal se encuadra aquella que se ejerce respecto de las personas jurídicas, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, la ley y los respectivos estatutos internos y dependiendo si se trata de personas jurídicas de derecho público (Nación, departamento o municipios, etc.) o de derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, corporaciones e instituciones de utilidad común, etc.), así como de su naturaleza (en el caso de las segundas civil o mercantil). Estas personas jurídicas tienen capacidad para actuar, pero como son entes ficticios, lo deben hacer por medio de sus representantes legales, señalados por la Constitución Política, la ley, el acto de creación, los estatutos, según el caso. En efecto, tratándose de la representación de las sociedades mercantiles de conformidad con el tipo de sociedad, se atribuye a los administradores la facultad para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad; en este sentido, el artículo 196 del Código de Comercio. (...) En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO - ARTICULO 1262 /
CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO - ARTICULO 196

PROPUESTAS - Requisitos subsanables e insubsanables. Original del inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 / PROPUESTA - Rechazo de la propuesta / FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA DE PROPONENTE - Insubsanabilidad / LIMITACION EN LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE UNA SOCIEDAD - Subsanabilidad. Insuficiencia en la autorización de representación legal de una sociedad emitida por el órgano competente es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta / PRINCIPIO DE SUPREMACIA DE LO SUSTANCIAL SOBRE LO PROCESAL - Aplicación

La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que (...) en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta. En

otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.), para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta. Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO - ARTICULO 884 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 25 - NUMERAL 15 - INCISO SEGUNDO ORIGINAL / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 - PARAGRAFO 1 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: En lo referente a la distinción entre los requisitos y los factores de evaluación (posibilidad legal anterior) ver también sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715. Se resalta que, el inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, adicionalmente, el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula aspecto similar (posibilidad legal actual).

ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE ENTIDAD ESTATAL - Principios. Deber de aplicación del principio de selección objetiva / CONTRATACION ESTATAL / Principios / PRINCIPIO DE SELECCION OBJETIVA - Reiteración jurisprudencial. Artículo 29 original de la Ley 80 de 1993 / PLIEGO DE CONDICIONES - Condiciones útiles, indispensables y determinantes para contratar / PLIEGO DE CONDICIONES - Estipulación ineficaz por ministerio de la Ley. Ope lege / PLIEGO DE CONDICIONES - Estipulación ineficaz. Aplicación de la sanción contenida en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993/ PLAZO - El plazo como factor o criterio de evaluación / CRITERIOS DE EVALUACION - Criterio de Antigüedad y Experiencia / EXPERIENCIA – Criterio de evaluación / ANTIGUEDAD - Ineficacia de pleno derecho

La Sala que el artículo 29 -original- de la Ley 80 de 1993, consagró que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...) [el] ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad. Dicho de otro modo, ofrecimiento más favorable es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de condiciones,

previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta. (...) la favorabilidad de la oferta no podía constituirse por factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones o solo en alguno de ellos, y que el más bajo precio o el plazo ofrecido no podía ser el único factor de selección; y por otro lado, que si el plazo ofrecido era menor al previsto en los pliegos de condiciones no sería objeto de evaluación. Como puede apreciarse, en cuanto al criterio cuyo estudio se realiza, es decir, el plazo, entendido como el tiempo estimado para el cumplimiento del contrato, la ley incurrió en una aparente contradicción, pues, de una parte, lo incluyó como factor de escogencia, con la advertencia de que no podía ser el único, pero, de otra parte, prohibió evaluar un plazo propuesto inferior al solicitado en los pliegos, con lo cual reduce el ámbito de ponderación de dicho criterio. (...) Para la Sala resulta cuestionable que en la elaboración de los pliegos de condiciones por parte de la administración municipal demandada, se hayan adoptado dos criterios que como los denominados “antigüedad” y “experiencia” apuntan a establecer el conocimiento, habilidad o destreza derivada o adquirida por el transcurso del tiempo en que ha podido el proponente ejercer la actividad que es materia u objeto de determinado proceso de selección, separando lo que no era ni técnica ni jurídicamente separable y generando de esta forma una regla que no cumple los atributos de objetividad, justicia y claridad que demanda la confección de los mismos en virtud del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. 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.). Adicionalmente, resulta censurable que no se hubiese señalado con claridad en el pliego de condiciones, los documentos con base en los cuales se iba a calificar el criterio en cuestión. (...) en los pliegos de condiciones nada se dijo sobre los documentos que debían anexar los proponentes para acreditar la antigüedad, sino que los mismos fueron indicados posteriormente por la entidad pública al momento de la evaluación, con lo cual se colige que lo consagrado a este respecto en la ley del proceso de selección constituye una cláusula incompleta, ambigua y confusa, que condujo a una interpretación o decisión de carácter subjetivo por la Administración, haciéndole soportar indebidamente todas las consecuencias jurídicas de su error al consorcio oferente, en contradicción a la carga de claridad y precisión que le correspondía cumplir. (...) 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. (...) Los criterios establecidos en los pliegos de condiciones deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, razón por la cual prescripciones de la índole indicada no pueden incluirse en los pliegos de condiciones en tanto ningún valor le agregan a la contratación y, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus

normas (artículos 3º; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1º, 2º y 3º; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993). Como quiera que la previsión del pliego en comento no constituye un requisito objetivo, la Sala encuentra que se trata de una estipulación ineficaz de pleno derecho con arreglo a lo prescrito por el numeral 5º apartado f) de la Ley 80 de 1993 y, como tal, esta (sic) opera por ministerio de la ley (ope lege). Hay que señalar que esta sanción fue prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo 24 de la Ley 80 y que no requiere de declaración judicial.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 - NUMERAL 5

PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA - Doble carga probatoria. Exigencia a la parte actora / OMISION PROBATORIA - Omisión de adjuntar las propuestas. Fallo adverso a las pretensiones / PROPUESTA - Ofrecimiento más favorable. Deber del actor de acreditar oferta más favorable / PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD DE LAS PARTES - Rector del proceso

La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la Administración. (...) Sea lo que fuere, observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos en los que fundó sus pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario, en tanto omitió aportar al expediente copia de todas las ofertas que fueron presentadas para la mencionada licitación pública, de forma que se pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes entre las mismas, con el fin de determinar que el consorcio Henao- Rodríguez había presentado la mejor propuesta. (...) Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen, como lo ha señalado esta Sección, a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. En efecto, a juicio de esta Sección: (...) “Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que 'son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba'. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.” Y en casos como el que se analiza, tal y como lo ha indicado esta Sección en casos similares, resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente, es la parte actora la que debe soportar

las consecuencias de su inobservancia, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones, (...) por contera, no es posible determinar si la propuesta presentada por el actor cumplió con cada uno de los requerimientos exigidos por la entidad y si era la más conveniente para el interés público, de tal manera que debiere seleccionarse, o no. De esta forma, resulta imposible abordar un estudio sobre las pretensiones de restablecimiento formuladas en la demanda, por cuanto ello exige la demostración de que la oferta presentada por la sociedad demandante se encontraba en primer lugar y debía ser seleccionada, (...) Se reitera la jurisprudencia según la cual cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace indispensable que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico y demanda, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la aplicabilidad de la sanción contenida en el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993 ver sentencia del 26 de abril de 2006, Expediente 16041. En lo referente al principio de la carga de la prueba y el deber del actor de probar ver también sentencias: 17 de marzo de 1995, Expediente 8858, 30 de enero de 1995, Expediente 9724, 13 de mayo de 1996, Expediente 9474, 26 de septiembre de 1996, Expediente 9963, 16 de abril de 2007, Expediente 2005-00483-01 (AP), 24 de marzo de 2004, expediente 2003-00166-01 (AP), 17 de marzo de 2010, Expediente 15682, 11 de agosto de 2010, Expediente 19056.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688)

Actor: CONSORCIO HENAO-RODRÍGUEZ

Demandado: MUNICIPIO DE LA DORADA

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho (asuntos contractuales)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de enero de 2001, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó, en la que se negaron las súplicas de la demanda. La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será confirmada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 18 de diciembre de 1997, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el

artículo 85 del C.C.A.) los señores Herman Alberto Henao García y José Dionisio Rodríguez Castellanos, actuando en sus propios nombres y del Consorcio Henao-Rodríguez (en adelante también el Consorcio), formularon demanda contra el municipio de La Dorada (Caldas), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1) Que se declare la nulidad de la Resolución Nro. 132197 del 1 de septiembre de 1997, expedida por la Alcaldía de La Dorada-Caldas.

2) Que en virtud de esa declaración, solicito se hagan las siguientes condenas en contra de el (sic) Municipio de La Dorada- Caldas:

A.- Se ordene pagar a título de indemnización y como restablecimiento del derecho a favor del CONSORCIO HENAO RODRÍGUEZ, una suma superior a OCHENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON 14/100 CENTAVOS. (\$84.636.795,14) MONEDA CORRIENTE, valor que esperaba recibir por utilidad el demandante.

B.- Subsidiariamente y en caso de no lograrse condena en los términos expresados en el acápite anterior, solicito se condene al pago de la suma superior a OCHENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON 14/100 CENTAVOS. (\$84.636.795,14) MONEDA CORRIENTE, traídos a valor presente, a favor de cada uno de los miembros del CONSORCIO HENAO RODRÍGUEZ en proporción a su participación, así:

HERMAN ALBERTO HENAO GARCÍA 50%

JOSÉ DIONISIO RODRÍGUEZ CASTELLANOS 50%

C.- En el evento de no prosperar ninguna de las dos pretensiones citadas en los literales A y B, solicito se ordene pagar a favor del CONSORCIO HENAO RODRÍGUEZ, una suma superior VEINTINUEVE MILLONES DE PESOS (\$29.000.000,00) PESOS MONEDA CORRIENTE, llevados a valor presente, como indemnización y a título de restablecimiento del derecho, suma equivalente al valor de los perjuicios sufridos por el CONSORCIO HENAO RODRÍGUEZ, en razón de la adjudicación irregular de la Licitación Pública a que se refieren los hechos de la demanda y siguiendo pautas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado en materia de tasación de perjuicios para casos como éste.

D.- De no tener asidero lo pretensión antedicha, por no ser posible demandar al Consorcio (sic), ruego al Honorable Tribunal, condenar al pago de la suma superior VEINTINUEVE MILLONES DE PESOS (\$29.000.000,00) PESOS MONEDA CORRIENTE, a favor del CONSORCIO HENAO RODRÍGUEZ en proporción a su participación, así:

HERMAN ALBERTO HENAO GARCÍA 50%

JOSÉ DIONISIO RODRÍGUEZ CASTELLANOS 50%

3) A.- Que se condene al pago de la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, en favor del CONSORCIO HENAO RODRÍGUEZ, por concepto de gastos ocasionados con motivo de la preparación de la propuesta.

B.- Subsidiariamente en caso de no ordenarse el pago en favor del CONSORCIO, le ruego hacerlo a favor de los Consorciados en proporción a su participación, de la suma de CUATRO

MILLONES DE PESOS (\$4.000.000,00) MONEDA CORRIENTE, por concepto de gastos ocasionados con motivos de la preparación de la propuesta así:

HERMAN ALBERTO HENAO GARCÍA 50%

JOSÉ DIONISIO RODRÍGUEZ CASTELLANOS 50%

4) Que se dé cumplimiento a la sentencia, en el término establecido en el Art. 176 del Código de Procedimiento Administrativo y se reconozcan los intereses consagrados en el inciso final del artículo 177 ibídem.

5) Que las sumas que se reconozcan, sean debidamente indexadas al momento de proferirse la sentencia respectiva.”

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda, en resumen, son los siguientes:

2.1. Que mediante Resolución número 910 de 8 de julio de 1997, expedida por el Municipio de la Dorada Caldas, se ordenó la apertura de {{{la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97, cuyo objeto era la ejecución de obras civiles de la tercera etapa del proyecto centro comercial de abastos, la cual se dividió en dos grupos: “Grupo 1: Comprende la construcción de instalaciones hidráulicas y sanitarias, placa de contrapiso y acabados en general del interior de la edificación./Grupo 2: Comprende la construcción de obras exteriores tales como: pavimentos, sardineles, andenes exteriores, vías de acceso y obras menores exteriores de la edificación.

2.2. Que la fecha de cierre de la licitación se fijó para el día 4 de agosto a las 4 p.m., pero también dentro de los pliegos de condiciones se señaló esa misma fecha y hora para realizar una visita obligatoria, a la cual acudió el demandante junto con otros potenciales proponentes.

2.3. Que el día de la visita al sitio de obra, con fundamento en lo consagrado en el numeral 8 del pliego de condiciones -aclaración de los documentos de la licitación-, los proponentes, excepto el que resultó adjudicatario, dirigieron dos oficios a la Alcaldía del municipio de La Dorada, mediante los cuales solicitaron: (i) que la programación de obra no fuera ponderada en la forma establecida en el pliego de condiciones por ser un procedimiento subjetivo, y que, en su lugar, se exigiera la presentación de un diagrama de Gannt simplificado respetando el plazo de ejecución y, a la firma del contrato, se pidiera al proponente favorecido el programa detallado; y (ii) que se prorrogara la fecha de entrega de las propuestas hasta el día 14 de agosto de 1997, a las 4:00 p.m.

2.4. Que la administración guardó sospechoso silencio respecto de la primera solicitud, lo que constituye un indicio grave de que la adjudicación ya estaba hecha antes de presentarse las propuestas, aunado a “esos plazos perentorios, la no firma de las comunicaciones por parte de Obras y Diseños, entre otros”; agregó que, la administración solo expidió la adenda n.º 2 en la que se estableció que para el análisis de la ruta crítica se debía considerar una a una las actividades de tuberías, accesorios, válvulas, etc.

2.5. Que la licitación pública se cerró el 11 de agosto de 1997 y dentro de la evaluación el municipio se equivocó, pues desconoció la normatividad existente en cuanto a la capacidad de las personas y la de los representantes en el caso de personas jurídicas, dado que evaluó la propuesta de la sociedad Obras y Diseños, a pesar de que el representante no tenía facultad de obligarla y debía estar autorizado por su junta, en tanto el valor de aquélla para los dos grupos

fue de \$800.000.000 y sólo podía obligarla hasta por el monto de \$300.000.000.

Sostuvo que, aun cuando el municipio sustentó en comunicación de 29 de agosto de 1997, que la propuesta estaba acorde con el reglamento de la sociedad adjudicataria, la respuesta a esa inquietud no se ajustó a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 80 de 1993 y 846 del Código de Comercio, dado que la limitación para vincularse no es sólo para suscribir y ejecutar un contrato sino también para formular propuesta, en tanto la oferta obliga a la sociedad.

Añadió que este aspecto resultaba extraño, puesto que para favorecer a la Sociedad Obras y Diseños la demandada no pidió documento alguno y se esforzó por interpretar los estatutos, mientras que para el caso del criterio de antigüedad exigió algo que no estaba en el pliego, como lo era un acta de grado.

2.6. Que no obstante lo previsto en el numeral 16 del pliego de condiciones y en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de que el menor plazo ofrecido no sería objeto de evaluación, se calificó la propuesta de la sociedad adjudicataria Obras y Diseños con 10 puntos, pese a que presentó un plazo de 81 días, inferior a los 90 días solicitados.

2.7. Que incluso contra la misma ley, la entidad le comunicó la adjudicación mediante oficio GP-196-97 de 5 de septiembre de 1997, haciendo devolución de la garantía sin que se hubiese legalizado el contrato y a pesar de que solo se había notificado esa decisión a la sociedad adjudicataria el día anterior -4 de septiembre de 1997-, lo que también es extraño porque era el segundo en el orden de elegibilidad.

2.8. Que revisados los factores de antigüedad (10 puntos) y experiencia (20 puntos) en el Acta de Evaluación n.º 01 -numeral 4- y en el pliego de condiciones, comparándolos con el Decreto 1584 de 1994 -arts. 9, 10 y 11-, era posible con los certificados de Cámara de Comercio establecer la antigüedad y el K (capacidad) de contratación y, por tanto, no era necesario exigir un documento adicional para acreditar el primer criterio, como lo hizo el comité evaluador, de manera que al revisar los certificados aportados por cada uno de los miembros del consorcio, el puntaje en este aspecto corresponde a más de 10 años en cada caso, razón por la cual el Consorcio tenía derecho a 10 puntos en el factor de antigüedad.

3. Normas infringidas y concepto de la violación

La parte actora consideró que, como debió haber sido la adjudicataria y no la sociedad Obras y Diseño Ltda., con la expedición del acto demandado se violaron las siguientes normas sustantivas:

El artículo 6 de la Constitución Política, relativo a la responsabilidad de las autoridades, al inobservarse la Ley 80 de 1993 cuando se evaluó una propuesta que debió ser rechazada y por lo tanto se omitió el ejercicio de una función legal.

El artículo 13 de la C.P., referido al derecho a la igualdad, pues mientras a Obras y Diseño Ltda. solo le bastó el certificado de la Cámara de Comercio, al actor se le hicieron exigencias distintas de las contenidas en los pliegos y no se le revisó la información.

El artículo 6 de la Ley 80 de 1993, concerniente a la capacidad para contratar, porque se evaluó y se adjudicó a una entidad cuyo representante legal no estaba facultado para obligar a la sociedad con la presentación de la propuesta.

El artículo 13 ibídem, régimen aplicable a los contratos, pues no se dio aplicación a las normas del Código de Comercio, relacionadas con la irrevocabilidad de la propuesta.

Los artículos 22 ejusdem, concerniente al registro de proponentes; 23 que establece el principio de las actuaciones administrativas; 24 numerales 5 y 8, relacionado con el principio de transparencia; 25 en cuanto al principio de economía; y 28 atinente a la interpretación de las reglas contractuales, toda vez que se omitió la revisión oficiosa del Certificado de Cámara de Comercio, por cuanto este documento servía para verificar la antigüedad del proponente, presentándose un trato desigual y descalificándolo mediante interpretaciones amañadas.

El artículo 29 ibídem, pues al ser considerado para efectos de la evaluación el menor plazo propuesto por la firma de Obras y Diseños Ltda., se violó el principio de transparencia.

Los artículos 117, 196 y 845 y 846 del Código de Comercio que señalan la forma de probar la representación de las sociedades y consagran la obligatoriedad e irrevocabilidad de las propuestas, respectivamente, dado que a pesar de las restricciones del representante legal y el efecto vinculante de esas disposiciones se adjudicó el contrato a la sociedad Obras y Diseños Ltda., interpretando erróneamente, de una parte, que aquel no requería autorización de la junta para presentar la propuesta y, de otra parte, que una oferta no obliga.

Los artículos 9, 10, y 11 del Decreto 1584 de 1994, relacionados con el procedimiento de calificación de constructores en el Registro de Proponentes, al desconocer que el certificado de proponentes da la pauta precisa para la antigüedad; que dentro de la fórmula de capacidad de contratación (llamada experiencia en el pliego), aparece el criterio de experiencia como parte integrante y multiplicador y que en los certificados se contemplaba el puntaje de antigüedad, de donde se podía deducir el número de años del accionante.

Los literales A) -aclaración de documentos- y B) -documentos de la licitación-, así como los artículos 28 y 30 de los pliegos de condiciones, dado que no se respondió la aclaración solicitada en relación con el programa y el plazo; se otorgó al adjudicatario puntaje en el criterio del plazo no obstante haber presentado uno menor al exigido; y se evaluó una propuesta mediante una revisión subjetiva y amañada del certificado de proponentes.

El artículo 16 del Decreto 2150 de 1995, toda vez que el municipio no solicitó a la Cámara de Comercio la información sobre la antigüedad, si consideraba que la requería.

4. Admisión y notificación de la demanda

4.1. Mediante auto de 9 de febrero de 1998, el tribunal a quo admitió la demanda y ordenó su notificación personal al Ministerio Público, al Municipio de La Dorada y a la sociedad Obras y Diseños Ltda. adjudicataria de la licitación pública demandada.

4.2. En diligencia del 7 de mayo de 1998, se le notificó la demanda al Municipio de La Dorada.

4.3. En diligencia del 20 de agosto de 1998, se le notificó la demanda a la sociedad Obras y Diseños Ltda.

5. La oposición de la demandada

Dentro del término de fijación en lista ocurrió lo siguiente:

5.1. El municipio de La Dorada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones. Manifestó

que sobre los hechos de la apertura de licitación, la visita obligatoria y demás aspectos contenidos en el pliego de condiciones no tenía nada que alegar.

Sostuvo que, en relación con las facultades del representante legal de la sociedad adjudicataria era claro el contenido del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuando señala que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Afirmó que los comentarios del actor en torno del numeral 16 del pliego de condiciones - programa y plazo-, son unas simples apreciaciones subjetivas del actor, porque la escogencia del contratista si fue objetiva; y subrayó que, el factor antigüedad fue una regla establecida en el pliego en condiciones de igualdad para todos los oferentes.

5.2. La sociedad sociedad Obras y Diseños Ltda. guardó silencio.

6. Actuación procesal en primera instancia

6.1. Por auto de 9 de febrero de 1999 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes en la demanda y su contestación, así como las de oficio que consideró necesarias.

6.2. Mediante providencia de 19 de enero de 2000, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual:

6.2.1. La parte actora no intervino.

6.2.2. La demandada se pronunció en los siguientes términos: (i) en cuanto a la falta de capacidad de este oferente “está claro dentro de la actuación que el gerente de la firma al momento realmente de contraer la obligación tenía autorización de la junta directiva de la sociedad y que según el reglamento interno de la sociedad podía ofertar en las condiciones que lo hizo”; (ii) en relación con el plazo “el pliego de condiciones de la licitación cuestionada estableció en el literal 2 del numeral 30 de la sección II de los términos de referencia, que el plazo para el grupo II era de 90 días y se le restaban un 10%, con lo que quedaba como plazo mínimo para ese grupo 81 días, término que fue respetado por la propuesta ganadora y en el que obtuvo puntaje menor que el de la firma consorcio Henao- Rodríguez...”; (iii) respecto de la calificación de la antigüedad anotó que “el documento que allegaron fue el registro único de proponentes en el cual no se encuentra la fecha de graduación de los consorciados por lo que la administración tuvo que echar mano de la información que acreditaba su inscripción, con consecuencias negativas”; (iv) finalmente, agregó que el actor no probó los perjuicios, pues desistió del dictamen pericial. Concluyó que, como el demandante no probó los perjuicios ni fue la suya la mejor propuesta, las súplicas de la demanda debían ser negadas.

6.2.3. El Procurador Judicial 28 rindió concepto en el que indicó que es fundado el pedimento de la parte accionante para que el acto atacado sea declarado nulo, con el restablecimiento del derecho correspondiente, dado que encuentra que el representante legal de la sociedad adjudicataria, según certificado de existencia y representación legal, solo tenía facultad para vincularla hasta por un monto de \$300.000.000 y presentó propuesta para los dos grupos por \$800.000.000.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal a quo en la sentencia impugnada, luego de examinar el pliego de condiciones y

demás pruebas, negó la totalidad de las pretensiones con fundamento en las siguientes razones:

Que el consorcio Henao Rodríguez allegó como documento el Registro Único de Proponentes, de donde no fue posible deducir la fecha de inicio de ejercicio profesional de los consorciados, no porque la Administración o el Comité hubiese exigido documento adicional alguno, sino porque tal comprobación era necesaria para determinar el tiempo del ejercicio de la profesión.

Que en relación con la experiencia-antigüedad, el pliego de condiciones fue claro en el sentido de exigir un documento adicional, aspecto que no se objetó y tampoco se presentó por los interesados solicitud de aclaración sobre el mismo, proponiendo la aplicación de la fórmula establecida en el Decreto 1584 de 1994 o los factores allí determinados.

Que, además, es el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 el que otorga a las Cámaras de Comercio la competencia para certificar cuando así se le solicite, entre otros aspectos, los datos e informaciones sobre el cumplimiento de contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, y bajo tal parámetro fueron calificadas todas las ofertas, manteniendo los principios de igualdad y selección objetiva, consagrados en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, así como el respeto por las reglas y procedimiento de selección, teniendo en cuenta la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato.

Que el procedimiento utilizado con el fin de resolver el tema de las facultades requeridas por el representante legal de la firma Obras y Diseños para contraer obligaciones y ejecutar toda clase de contratos, encajaba dentro de las previsiones del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y no invalidaba su oferta pues en todo caso estaba debidamente garantizada con la póliza de seriedad que apunta a mantenerla vigente mientras se celebra el contrato.

Que la validez de la garantía de seriedad de la propuesta y su vigencia está determinada en el tiempo y su ejecución no puede truncarse por falta del documento original, razón por la cual la devolución de dicho documento a la parte actora no conlleva mala fe en la actuación administrativa ni significa que la adjudicación estuviese preconcebida antes de presentarse la propuesta, sino que es resultado del convencimiento de la firma del contrato adjudicado.

Que en cuanto al factor antigüedad, visto el pliego de condiciones, debía comprobarse el ejercicio de la profesión por un medio idóneo, como la matrícula profesional (Ley 74 de 1988), o el certificado expedido por {}{}{}{}{} la Cámara de Comercio del registro de proponentes (artículo 22 de la Ley 80 de 1993), no siendo posible deducir por el comité tal información puesto que dicho certificado no la contenía, sin que se tuviera el deber de solicitarla, dado que era al consorcio a quien le correspondía aportarla.

Que, así mismo, la parte actora desistió de la prueba pericial solicitada, con lo cual no quedó plenamente demostrado que su propuesta haya sido la mejor, pues se descuidó en la parte probatoria a través de la cual se pudo verificar la puntuación, que en términos precisos hubiese correspondido a los demandantes.

Que, en consecuencia, la administración a través del comité evaluador recomendó el orden de elegibilidad teniendo en cuenta las disposiciones legales y lo prescrito en el pliego de condiciones, de manera que la calificación que se le otorgó al consorcio fue justa, sin que, por lo demás, se configure una pérdida de oportunidad por la no adjudicación.

Que, en conclusión, el consorcio no logró comprobar los vicios que le atribuye al proceso licitatorio y al acto de adjudicación, ni demostró que era la mejor propuesta para celebrar el

contrato objeto de la licitación.

8. El recurso de apelación

Los demandantes presentaron el 13 de marzo de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del a quo, con el fin de que fuera revocada y en su lugar acogidas las súplicas de la demanda.

Sostuvo la parte actora que había quedado demostrado que la sociedad Obras y Diseños Ltda. presentó propuesta sin capacidad suficiente para hacer dicha oferta, dado que no se acreditó la autorización de la respectiva junta, requisito previo y de obligatorio cumplimiento, motivo por el cual debió haber sido rechazada.

Advirtió que la sentencia recurrida da un trato desigual a los proponentes, al aceptar que el municipio de La Dorada, hiciera exigencias al momento de evaluar que no estaban contempladas en los pliegos, como es el caso de la tarjeta profesional, cuando bastaba el registro de proponentes para obtener la información relativa al ejercicio profesional, es decir, la antigüedad, de manera que se equivocó el a quo al desconocer el certificado de Cámara de Comercio aportado.

Puntualizó que la propuesta ganadora estuvo por debajo del plazo señalado en los pliegos de condiciones y sin embargo se le otorgó la máxima calificación.

Censuró la actitud pasiva asumida por el a quo frente a la falta de envío por la demandada de documentos solicitados como prueba.

Concluyó que los perjuicios se podían cuantificar a partir de la utilidad esperada o, subsidiariamente, con lo previsto en la póliza de seriedad de la propuesta.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 12 de julio de 2001.

9.2. Mediante auto de 17 de agosto de 2001 se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto, etapa durante la cual guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del a quo, que desestimó las pretensiones del actor pero por motivos diferentes.

Para tal efecto, abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia, 2) el objetivo de la acción y el motivo de la apelación; 3) los elementos fácticos relevantes probados de la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97; y 4) análisis de la nulidad por ilegalidad de la Resolución n.º 1321.97 de 1 de septiembre de 1997 y el restablecimiento del derecho solicitados.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea de acuerdo con la legislación (art. 85 del C.C.A. en concordancia con el parágrafo primero del art. 77 de la Ley 80 de 199

) y ejercida en término legal (cuatro meses contados a partir de la comunicación del acto', competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto en vigencia del Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 199.

2. El objetivo de la acción y el motivo de la apelación

La sociedad actora persigue la nulidad de la Resolución n.º 1321.97 de 1 de septiembre de 1997, expedida por la Alcaldía de La Dorada-Caldas, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97 a la sociedad Obras y Diseño Ltda., para la ejecución de obras civiles de la tercera etapa del proyecto centro comercial de abastos, alegando en su demanda actuaciones irregulares, subjetivas y parcializadas en desconocimiento de los principios de legalidad, igualdad, transparencia, economía y deber de selección objetiva; y que, como consecuencia, se le restablezca el derecho a través de la respectiva indemnización de los perjuicios que se le causaron, por razón de tener la calidad de mejor proponente.

El municipio de La Dorada se opuso a las súplicas de la actora, aduciendo que sus acusaciones son unas simples apreciaciones subjetivas, porque la escogencia del contratista si fue objetiva.

El Tribunal a quo, en síntesis, negó las pretensiones de la demanda al considerar que el consorcio no logró comprobar los vicios que le atribuye al proceso licitatorio y al acto de adjudicación, ni demostró que la suya era la mejor propuesta.

El actor manifestó que la sentencia debe ser revocada, insistiendo en que se aceptó que la sociedad Obras y Diseños Ltda. presentó propuesta sin capacidad suficiente para hacer dicha oferta; que se hicieron exigencias al momento de evaluar el factor antigüedad, que no estaban contempladas en los pliegos, y que la adjudicataria propuso un plazo inferior al señalado en los pliegos de condiciones y sin embargo se le otorgó la máxima calificación; además, censuró la actitud pasiva del a quo ante la falta de colaboración de la administración municipal demandada cuando contestó que no contaba con cierta documentación solicitada del proceso, razones todas estas por las que solicita sean acogidas las súplicas de la demanda.

Por consiguiente, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se concreta en resolver, de acuerdo con el acervo probatorio, si existieron las irregularidades endilgadas al proceso y si la oferta del Consorcio Henao-Rodríguez estaba llamada a ser la adjudicataria del contrato objeto de la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97, adelantada por el municipio de La Dorada, por ser la oferta más favorable.

En este contexto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, según los aspectos enunciados que serán materia de análisis y los hechos probados en el proceso.

3. Los elementos fácticos relevantes probados de la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97

De acuerdo con la prueba documental que obra en el proceso, se demostraron las siguientes

circunstancias particulares y relevantes del caso sub iudice:

3.1. La apertura de la licitación pública

Quedó acreditado que el Municipio de La Dorada Caldas, mediante Resolución número 910 de 18 de julio de 1997, ordenó la apertura de {{{{la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97 (copia autenticada a fl. 16 cd. 3), cuyo objeto era la ejecución de obras civiles de la tercera etapa del proyecto centro comercial de abastos, dividida en dos grupos, así: “Grupo 1: Comprende la construcción de instalaciones hidráulicas y sanitarias, placa de contrapiso y acabados en general del interior de la edificación./Grupo 2: Comprende la construcción de obras exteriores tales como: pavimentos, sardineles, andenes exteriores, vías de acceso y obras menores exteriores de la edificación”.

Se señaló como fecha de apertura del proceso el día 29 de julio de 1997, a las 3:00 p.m. y como fecha de cierre el día 8 de agosto a las 3:00 p.m.

Lo anterior permite inferir que este proceso se encontraba sometido a la Ley 80 de 1993 - original- y a sus decretos reglamentarios, vigentes para la época en que fue adelantado.

3.2. Los criterios de selección contenidos en el pliego de condiciones de la licitación pública

Se encuentra demostrado que el municipio de La Dorada elaboró el respectivo pliego de condiciones a regir en el proceso de selección de la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97.

En efecto, en el plenario obran los pliegos de condiciones (copias auténticas a fls. 1 a 150 cd. –) en los que se establecen: las instrucciones a los licitantes; los documentos de la licitación, la preparación y presentación de propuestas; la apertura y evaluación de las propuestas; aclaración de propuestas; examen de propuestas; evaluación y comparación de las propuestas; corrección de errores aritméticos y evaluación de la propuesta; adjudicación del contrato; criterios para la adjudicación; notificación de la adjudicación, suscripción del contrato y condiciones generales y especiales del contrato, así como las especificaciones técnicas y planos de la licitación, entre otros aspectos.

De estos pliegos de condiciones, se destacan las siguientes disposiciones que interesan al proceso:

.- En el numeral 2, el municipio de La Dorada invitó a los contratistas inscritos y clasificados en la actividad de constructores de la Cámara de Comercio a presentar propuesta para el mencionado objeto de la licitación, exigiendo una capacidad para el primer grupo de 4.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes; para el segundo grupo de 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y para ambos grupos de 6.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

.- En el numeral 6 se fijó una visita obligatoria al sitio de obras a realizarse el día 4 de agosto de 1997, a las 4:00 p.m.

.- En el numeral 8, se consagró el evento de la aclaración de los documentos de la licitación, mediante la celebración de una audiencia, con el objeto de precisar su contenido y oír a los interesados, dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron los pliegos, diligencia de la cual se levantaría un acta que debían suscribir los intervinientes. Sin perjuicio de lo anterior,

cualquier proponente que hubiese retirado los pliegos de condiciones podía solicitar aclaración mediante escrito y el municipio debía dar respuesta también escrita a todos los posibles proponentes que hubiesen adquirido el pliego de condiciones.

.- En el numeral 9 se estableció la posibilidad de que el municipio modificara los documentos de la licitación, con antelación al vencimiento del plazo para la presentación de propuestas, con la consiguiente obligación de notificar a los proponentes que hubiesen comprado el respectivo pliego de condiciones.

.- En el numeral 10, se previó que el municipio podía prorrogar el plazo de presentación de ofertas.

.- En el numeral 16 se fijó lo relativo al programa y plazo de ejecución, en el siguiente sentido:

“Los proponentes deberán presentar sus ofertas teniendo en cuenta el plazo máximo fijado por El Municipio para la ejecución de obras objeto del contrato al cual deberá ceñirse estrictamente el proponente. El plazo máximo será de la siguiente forma:

Para el Grupo I: cuatro meses calendario contados a partir de la firma del acta de iniciación.

Para el Grupo II: tres meses calendario contados a partir de la firma del acta de iniciación.

El menor plazo que se ofrezca al solicitado en los pliegos de condiciones no será evaluado y por tanto no será factor determinante en la selección.

El proponente respaldará su propuesta en términos de plazo solicitado con un programa general de trabajos que tiene que realizar un análisis de ruta crítica del proyecto mediante los métodos generalmente establecidos y aceptados.

El proponente se obliga a presentar su propuesta teniendo en cuenta que El Municipio exige trabajar doble turno, es decir que el proponente desarrollará su programa de trabajo teniendo en cuenta este aspecto, toda vez que el tiempo establecido para la ejecución se ha estimado sobre la condición de diez y seis horas (16) mínimo de trabajo diario y/o noventa y seis horas semanales.

Este programa deberá elaborarse para la obra objeto de la presente licitación y será presentado en forma de gráfico de barras, indicando los tiempos e inversiones para la ejecución de obras, así como el plazo total de días calendario necesario para su terminación definitiva.

Si la propuesta no se ajustare al plazo máximo indicado por el Municipio su propuesta será rechazada.”

.- En el numeral 20 se señaló la obligación de los proponentes de adjuntar a su propuesta la garantía de seriedad de sus ofrecimientos por un valor del 10% del valor de la oferta, la que debía devolver el municipio a los oferentes no favorecidos con la adjudicación tan pronto fuera posible, excepto los clasificados en el primero y segundo lugar, a los cuales se les regresaría una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

.- En el numeral 23 se señaló como fecha para presentación de las propuestas el día 8 de agosto a las 3:00 p.m., sin perjuicio de que se pudiera ampliar mediante adenda, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

.- En el numeral 27, se reguló lo relativo a la aclaración de las ofertas, en el sentido de que a fin

de facilitar el examen, evaluación y comparación de las ofertas, el municipio, a discreción, podrá pedir a un proponente que aclare su oferta, sin que se pueda pedir, ofrecer o permitir cambios en el valor o en los aspectos sustanciales de la misma.

.- En el numeral 30, respecto de los criterios de selección y la evaluación de las propuestas, se estableció lo siguiente:

“I. ASPECTO ECONÓMICO (40 puntos máximo)

Para la evaluación del aspecto económico, se tomarán los valores mensuales resultantes en el flujo de fondos, una vez efectuadas las correcciones aritméticas y ajustado (sic) al programa de obra.

Estos valores mensuales del flujo de fondos se llevarán a Valor Presente Neto, tomando como período cero (0) el día de entrega del anticipo, mediante la fórmula: (...)

A las propuestas cuyo valor presente neto (VPN) se encuentre por debajo del límite inferior se les asignará DIEZ (10) PUNTOS.

A las propuestas cuyo valor presente neto (VPN) se encuentre por encima del límite inferior no se les asignará puntaje por este concepto.

A la propuesta que presente el menor valor presente neto dentro del rango establecido, se le asignará CUARENTA (40) PUNTOS.

A las demás propuestas cuyo valor presente neto se encuentre dentro del rango establecido, se les asignará puntaje de acuerdo a la siguiente fórmula:

(...)

A las propuestas que no se les pueda verificar el diagrama o ruta crítica y/o diagrama de Gantt y en consecuencia no se pueda verificar el flujo de fondos, no se le asignará puntaje por este concepto.

2. PLAZO (10 puntos máximo)

Para la evaluación del plazo se tomará como plazo de la propuesta el corregido resultado del Diagrama de Ruta Crítica y se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

Al plazo normal de ejecución de las obras se le restará un DIEZ (10%) POR CIENTO y se obtiene un límite inferior.

A las propuestas que presenten un plazo inferior al límite inferior, no se les asignará puntaje.

A la propuesta que ofrezca el menor plazo dentro del rango definido entre límite inferior y el plazo máximo para la ejecución de obras se le asignará diez (10) puntos.

A las demás propuestas se les asignarán puntajes de acuerdo a la siguiente fórmula (...).

A las propuestas que no se les pueda verificar el diagrama de Ruta Crítica y/o el diagrama de Gantt y en consecuencia no se pueda determinar el plazo, no se les asignará puntaje por este concepto.

3. PROGRAMA DE OBRA Y FLUJO DE FONDOS (20 puntos máximo)

(...) El proponente elaborará un programa en el cual presente un avance lógico de las actividades en el tiempo y que sea concordante y compatible con la organización y el personal propuesto. El plazo estipulado en este programa debe coincidir con el presentado en el formulario de la propuesta. Para su presentación el número mínimo de actividades o tareas será mayor o igual a las actividades indicadas en el formulario cantidades. El no cumplimiento de esta condición dará lugar a no ser considerada la propuesta.

Los aspectos a evaluar son: (...)

3.1. Cálculo de duración de cada una de las actividades o tareas: teniendo en cuenta los rendimientos utilizados en cada una de las tareas o actividades, según el anexo n.º 2 “Cuadro de rendimiento y duración de actividades o tareas”, a igual que el tipo de cuadrilla utilizada y el número de cuadrillas para realizar cada actividad o tarea (...).

3.2. Cálculo de iniciación primera, iniciación última, terminación primera y terminación última de cada una de las actividades o tareas, teniendo en cuenta la duración de las mismas (...).

3.3. Definición de la trayectoria crítica (definición de todos los caminos posibles, presentación de malla, conexiones y cruce de actividades). (...)

3.4. Correspondencia del diagrama de Gantt con el diagrama de ruta crítica.

(...)

3.5. Consistencia del flujo mensual de fondos con las actividades o tareas realizadas y los porcentajes de incidencia o valor en el mes correspondiente, teniendo en cuenta la programación de obra (...).

Para los numerales 3.1., 3.2, 3.3., 3.4. y 3.5., se determinará al porcentaje de inconsistencias de acuerdo al número total de actividades y se clasificarán, de la siguiente manera:

CLASIFICACIÓN PORCENTAJE DE INCONSISTENCIAS

EXCELENTE (E) Menores o iguales al cinco por ciento (5%)

BUENO (B) Mayores al cinco por ciento (5%) y menores al veinte (20%).

REGULAR (R) Mayores o iguales al veinte por ciento (20%)

De acuerdo a esta clasificación se asignarán los siguientes puntajes:

Duración de cada una de las actividades o tareas cuatro (4) puntos

Cálculo de iniciación primera, iniciación última

terminación primera y terminación última (4) puntos

Definición de la trayectoria crítica (4) puntos

Correspondencia entre el diagrama de Gantt y el

diagrama de la ruta crítica (4) puntos

Consideración del flujo mensual de fondos (4) puntos

Las calificaciones serán de la siguiente manera:

EXCELENTE (E) CALIFICACIÓN:

cuatro (4) puntos

BUENO (B) tres (3) puntos

REGULAR (R) dos (2) puntos

(...)

4. ANTIGÜEDAD (10 PUNTOS máximo)

Se tendrá en cuenta el tiempo de constitución de la firma o del ejercicio profesional del proponente como contratista, asignando los siguientes puntajes:

Entre 0 y 3 años: 3 puntos.

Entre 4 y 5 años: 6 puntos.

Entre 6 y 10 años: 9 puntos.

Más de 10 años: 10 puntos.

Para el caso de consorcios y uniones temporales, se promediará el número de años comprobados en el ejercicio de la profesión o como contratista, para cada uno de los integrantes del mismo.

5. EXPERIENCIA (20 puntos máximo)

Los oferentes que presenten una capacidad de contratación certificada por la Cámara de Comercio equivalente al doble o más del K requerido para cada grupo, obtendrán un máximo de veinte (20) puntos. Para los demás valores se tomará proporcional.

Equipo

Los oferentes presentaran la disponibilidad de equipo requerido, mediante certificación escrita (...). El Municipio podrá exigir los comprobantes de propiedad de los equipos. La disponibilidad de equipo es un requisito y no tendrá puntaje.

Organización administrativa para la ejecución de la obra:

El proponente deberá presentar una organización administrativa que sea racional y proporcional a la magnitud de la obra a realizar. (...) es un requisito y no tendrá puntaje.

Después del análisis, se determinará el orden de elegibilidad, correspondiendo el primer lugar a la propuesta de mayor puntaje; el segundo lugar para la del siguiente valor en forma descendente, y así sucesivamente. El orden de elegibilidad se establecerá para las tres (3) primeras propuestas, definidas de acuerdo con el análisis descrito anteriormente.”

.- En el numeral 31 se señaló que el municipio adjudicaría el contrato o los contratos que

resultaran de la licitación, dentro de los veinte (20) días siguientes al cierre de la licitación, al proponente cuya oferta se ajustara a los documentos de la licitación y hubiera sido evaluada como la más favorable, reservándose la facultad de adjudicar los dos grupos a un solo proponente o a dos proponentes diferentes.

Igualmente, consta que se expidieron dos adendas a los pliegos de condiciones, la adenda número 1 de 30 de julio de 1997, con el fin de aclarar la venta de los pliegos, la calidad de los participantes y el pago del contrato; así como la adenda número 2 de 5 de agosto de 1997, mediante la cual se aclaró, entre otros aspectos, que las inhabilidades e incompatibilidades para contratar eran aquellas previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que la ruta crítica debía considerar una a una las actividades de plomería, como de tuberías, accesorios y válvulas, etc. y se prorrogó el cierre de la licitación para el 11 de agosto de 1997, a las 3:00 p.m. (fls. 8 a 11 cd. 3).

3.3. Las propuestas presentadas y su evaluación

Consta en el expediente que en el proceso de selección se presentaron nueve (9) propuestas, correspondientes a las siguientes firmas: Consorcio Gómez-Torres; Ingesandia Ltda.; Obras y Diseños Ltda.; Consorcio Hentell; Jaime Lozano Espinosa; Unión Temporal Constructora Argo Ltda.- Constructora La Calleja; Unión Temporal Constructora Signum-Julio A. Barrero; Consorcio Pinzón-Jiménez; Consorcio Henao Rodríguez (cfr. acta de apertura y cierre a fls. 421-422 cd. ppal.).

Ahora bien, la administración municipal de La Dorada realizó la respectiva evaluación y calificación técnica de las propuestas (fls. 383 a 415 ss. cd. ppal.), cuyos resultados se resumen así:

GRUPO I.

Proponente	Aspecto económico	Plazo	Programa de obra y flujo de fondos	Antigüedad	Experiencia	Total
Consorcio Gomez Torres	Valor de la propuesta: \$513.863.442.00 10 puntos	0 puntos	0 puntos	6 puntos	20 puntos	36 puntos
Ingesandia Ltda.	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Obras y Diseños Ltda.	Valor de la propuesta: \$522.229.342.00 40 puntos	10 puntos	20 puntos	9 puntos	20 puntos	99 puntos
Consorcio Hentell	valor de la propuesta: \$533.244.565.00 No se evaluó.	0 puntos No se	0 puntos No se evaluó.	3 puntos	20 puntos	23 puntos

		evaluó.				
Jaime Lozano Espinosa	-	-	-	-	-	No presentó propuesta para este grupo.
Constructora Argo Ltda.- Constructora la Calleja Ltda.	Valor de la propuesta: \$545.672.126.00 Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Unión Temporal Constructora Signum	Valor de la propuesta: \$565.578.160 Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Consorcio Pinzón-Jiménez	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Consorcio Henao-Rodríguez	-	-	-	-	-	No presentó propuesta para este grupo.

GRUPO II.

Proponente	Aspecto económico	Plazo	Programa de obra y flujo de fondos	Antigüedad	Experiencia	Total
Consorcio Gomez Torres	Valor de la propuesta: \$254.400.706.00 10 puntos	9 puntos	14 puntos	6 puntos	20 puntos	59 puntos
Ingesandia Ltda.	Valor de la propuesta: \$271.225.933.00 0 puntos	0 puntos	4 puntos	9 puntos	12 puntos	25 puntos
Obras y Diseños Ltda.	Valor de la propuesta: \$270.717.158.00 40 puntos	10 puntos	20 puntos	9 puntos	20 puntos	99 puntos
Consorcio Hentell	valor de la propuesta: \$262.237.215.00	0 puntos	0 puntos	3 puntos	20 puntos	23 puntos

	0 puntos.	No se evaluó.	No se evaluó.			
Jaime Lozano Espinosa	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Constructora Argo Ltda.- Constructora la Calleja Ltda.	Valor de la propuesta: \$266.397.573 No considerado	No considerado	No considerado	9 puntos	20 puntos	29 puntos
Unión Temporal Constructora Signum	Valor de la propuesta: \$272.466.197 Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Consorcio Pinzón-Jiménez	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada	Rechazada
Consorcio Henao-Rodríguez	Valor de la propuesta: \$269.971.211 40 puntos	9 puntos	15 puntos	3 puntos	20 puntos	87 puntos

De acuerdo con lo anterior, y según el acta de evaluación n.º 1 de 22 de agosto de 1997 (original a fls. 417 a 418 cd. ppal.), el comité evaluador, conformado por el Secretario de Planeación y Obras Públicas, el Director de la Oficina Jurídica y el Director del Proyecto del municipio de La Dorada, recomendó contratar según el siguiente orden de elegibilidad:

Grupo I.

- 1.- Obras y diseños Ltda.
- 2.- Consorcio Gómez-Torres.

Grupo II.

- 1.- Obras y diseños Ltda.
- 2.- Consorcio Henao-Rodríguez.
- 3.- Consorcio Gómez-Torres.

No obstante, se observa que en el expediente no obra la totalidad de las propuestas presentadas en la licitación pública cuestionada, por cuanto la parte actora no aportó con la demanda copias de las mismas (fls. 459 cd. ppal) y tan solo solicitó que se allegara por el municipio de La Dorada las de la sociedad adjudicataria Obras y diseños Ltda. y la del Consorcio Henao-Rodríguez (fl. 460-461 ídem), prueba que fue decretada por el tribunal a quo y remitida por la entidad demandada con oficio ALC-424-99 de 24 de marzo de 1999 (cfr. cd. 5 y cd. 7 copias de las propuestas de la primera para los grupos I y II.; cd. 4 copias de la propuesta de la segunda para el grupo II. y fls. 53 a 148 cd. ppal.). Por consiguiente, no fueron pedidas por los demandantes las propuestas del Consorcio Gómez-Torres; de Ingesandia Ltda.; del Consorcio Hentell; de Jaime

Lozano Espinosa; de la Unión Temporal Constructora Argo Ltda.- Constructora La Calleja; de la Unión Temporal Constructora Signum-Julio A. Barrero y del Consorcio Pinzón-Jiménez, omisión cuya consecuencia será mas adelante valorada.

3.4. La adjudicación de la licitación pública

El Alcalde del municipio de La Dorada, adjudicó el contrato materia de {{{{la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97, mediante la Resolución número 1321.97 de 1 de septiembre de 1997, al proponente Obras y Diseños Ltda. (fls. 14 y 15 cd. 3).

4. Análisis de la nulidad por ilegalidad de la Resolución n.º 1321.97 de 1 de septiembre de 1997 y el restablecimiento del derecho solicitados

La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la Administración.

Para tal propósito se debe indagar si el estudio del proceso de selección y la evaluación y calificación de los criterios que rigieron la licitación pública sobre la que versa el debate procesal sometido a consideración, determinan las anteriores circunstancias, de conformidad con los hechos aducidos en la demanda y las pruebas que sobre los mismos obran en el proceso.

Bajo esta óptica, la parte actora arguyó que la propuesta que formuló dentro del proceso de {{{{la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97, con el objeto de contratar las obras civiles de la tercera etapa del proyecto centro comercial de abastos, para el grupo 2, esto es, la construcción de obras exteriores tales como pavimentos, sardineles, andenes exteriores, vías de acceso y obras menores exteriores de la edificación, se ajustó plenamente a los requisitos del pliego de condiciones, pero, que fue privada por el municipio de La Dorada del derecho a ser adjudicataria del correspondiente contrato, mediante conductas violatorias de los principios de legalidad, igualdad, transparencia, economía y el deber de selección objetiva, por cuanto según concreta en el recurso de apelación:

(i) El representante legal de la sociedad adjudicataria Obras y Diseños Ltda. se encontraba limitado en sus facultades para comprometerla, dado que solo podía contraer obligaciones y ejecutar toda clase de contratos hasta por un monto de \$300.000.000 y no por el valor de la oferta para los dos grupos por \$800.000.000, o sin límite de cuantía pero previa autorización de la junta de socios, la cual no se acreditó, de manera que presentó propuesta sin capacidad para hacerlo, contraviniendo las normas de la Constitución Política, el Código de Comercio, la Ley 80 de 1993 y los numerales del pliego de condiciones citados en el acápite del concepto de violación (n.º 3).

(ii) Se calificó la propuesta de la sociedad adjudicataria Obras y Diseños Ltda. con 10 puntos en el criterio del plazo, pese a que presentó uno de 81 días, inferior a los 90 días solicitados, en desconocimiento de lo previsto en el numeral 16 del pliego de condiciones y en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, según los cuales el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación.

(iii) Se hicieron exigencias al momento de evaluar el factor antigüedad que no estaban contempladas en los pliegos de condiciones, siendo posible con los certificados de Cámara de Comercio aportados establecer este criterio con el fin de otorgar un puntaje en este aspecto de 10 puntos, dado que los miembros del Consorcio contaban cada uno con más de 10 años, omisión

que vulnera las normas de la Constitución Política, la Ley 80 de 1993 y los numerales del pliego de condiciones citados en el acápite del concepto de violación (n.º3).

4.1. En cuanto al primer aspecto, es menester recordar que como todo contrato para la plena producción de sus efectos, el estatal, además de que debe reunir los requisitos para su existencia, requiere también que cumpla una serie de atributos necesarios para su validez. La validez indica la regularidad del contrato, esto es, que existiendo responde a las prescripciones legales, siendo uno de sus presupuestos precisamente la capacidad de los sujetos para contratar, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, cuya inobservancia conduce a la nulidad del contrat

.

La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art. 14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

La capacidad legal o de ejercicio es la que interesa para el estudio del cargo, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapace

; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (Ley 27 de 1977), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; la capacidad de las personas jurídicas (art. 633 C.C.) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del principio de especialidad consagrado en la legislación mercantil (art. 99 C.Co.

.

En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”; (ii) “[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”; y (iii) “[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”.

Esta norma se aplica en consonancia con el artículo 8 ibídem y demás normas concordantes que establecen restricciones en la contratación estatal para la celebración de los contratos como son las inhabilidades e incompatibilidades, que se refieren a situaciones objetivas y subjetivas que implican una incapacidad especial, en tanto comportan una prohibición legal a determinadas personas para contratar con el Estado, con fundamento en el interés general. Así mismo, la Ley 80 de 1993 (art. 7) consagró las figuras de los consorcios y las uniones temporales a las que se les permite proponer, celebrar y ejecutar contratos, tal y como se menciona en el artículo 6 ibídem.

De otra parte, la capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia

, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad

.

En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.

La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si “quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la ofert

.

Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal.

La representación (del latín *representati*) se puede definir como la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otra. De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebre con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes. La representación puede ser legal, voluntaria o judicial:

(i) La representación legal es aquella que emana directamente de ley, cuando por mandato de esta se le confía a otra persona la gestión de los intereses de una persona incapaz o que no puede o no debe vincularse por sí misma, por ejemplo, el caso de los padres, tutores o curadores respecto de los menores de edad, las personas con medida de interdicción, los ausentes, respectivamente.

(ii) La representación voluntaria o convencional es aquella que surge de la autonomía privada de las partes, esto es, de un negocio jurídico celebrado entre el representado y el representante, en el que el primero autoriza al segundo para actuar en su nombre y representación, facultándolo para el ejercicio de los derechos de uso, goce o disposición en su caso, sobre los bienes (corporales o

incorporales), o derechos cuyo ejercicio versa el acto de la representación (como en la modalidad de mandato con representación, prevista en los art. 1262 C.Co.). En este caso, los actos jurídicos pueden ser realizados por medio de representante, salvo que la ley disponga lo contrario, como ocurre para las personas naturales en materia testamentaria o en el ejercicio de derechos políticos. Los artículos 832 y ss. del Código de Comercio, definen este tipo de representación como la que se confiere por una persona mediante acto de apoderamiento en el que faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos, que propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.

(iii) La representación judicial es aquella que confiere el juez al designar, en ciertos casos previstos en la ley, un representante denominado curador, con el fin de que defienda los intereses de quien no comparezca en juicio o esté ausente.

Entendidas estas modalidades, es válido afirmar que dentro de la representación de origen legal se encuadra aquella que se ejerce respecto de las personas jurídica, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, la ley y los respectivos estatutos internos y dependiendo si se trata de personas jurídicas de derecho público (Nación, departamento o municipios, etc.) o de derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, corporaciones e instituciones de utilidad común, etc.), así como de su naturaleza (en el caso de las segundas civil o mercantil). Estas personas jurídicas tienen capacidad para actuar, pero como son entes ficticios, lo deben hacer por medio de sus representantes legales, señalados por la Constitución Política, la ley, el acto de creación, los estatutos, según el caso.

En efecto, tratándose de la representación de las sociedades mercantiles de conformidad con el tipo de sociedad, se atribuye a los administradores la facultad para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad; en este sentido, el artículo 196 del Código de Comercio, estableció que:

“Artículo 196. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.”

De manera que los administradores de las sociedades se sujetarán en su gestión de representación a lo que les otorgue el contrato social y lo que resuelvan sus órganos sociales y, a falta de estipulaciones se entenderá que se hallan facultados para representar a la sociedad judicial y extrajudicialmente y para realizar toda clase de gestiones, actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con su existencia y funcionamiento.

Así pues, la representación de las sociedades que ejercen los administradores, está limitada a realizar los actos indispensables, necesarios y conducentes a la realización de la finalidad u objeto de la sociedad, en el marco de lo establecido en los respectivos estatutos.

En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella.

La anterior precisión permite afirmar que son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla.

En el primer caso, ya se anotó, la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que en el segundo, esto es, en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta.

En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.

, para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior

, dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta–.

Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas, directriz normativa que aplicó la administración del municipio de La Dorada en el sub lite.

En efecto, en el caso concreto si bien se observa que el representante legal de la Sociedad Obras y Diseños Ltda., según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio anexo a su oferta (fl. 72 cd. 5 copia propuesta para el Grupo II y cd. 7 copia propuesta para el Grupo I), se encontraba limitado en sus facultades para comprometerla, dado que podía contraer obligaciones y ejecutar toda clase de contratos hasta por un monto de \$300.000.000 y no por el

valor de la oferta para los dos grupos por \$ 792.946.500, para cuando se suscribió el contrato estatal de obra n°. 1381-04-97, resultado de la Licitación Pública n.º 08-MLD-OC-97 cuestionada, ya contaba aquel con “todas las autorizaciones estatutarias para celebrar este contrato”, según se hace constar en el numeral 7 de los considerandos del mismo (documento público en copia auténtica a fls. 1 a 7 cd. 3), hecho no desvirtuado en este proceso y que permite inferir que se satisfizo el requisito de la adecuada y suficiente representación legal que tanto se echa de menos por la parte actora.

De otra parte, en gracia de discusión, anota la Sala que la parte actora solo licitó para el segundo grupo del objeto del proceso de selección, en el cual la Sociedad Obras y Diseños Ltda. presentó propuesta por valor de \$270.717.158,00, lo que quiere decir que desde un comienzo se encontraba ajustada la propuesta para ese grupo a las facultades del representante legal de dicha sociedad, sin que los integrantes del consorcio Henao- Rodríguez puedan o tengan legitimidad en sede de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir lo que corresponde al otro grupo materia de la licitación al no haber participado en el mismo.

Por todo lo expuesto, el aspecto estudiado no constituye una irregularidad que comporte una ilegalidad del acto de adjudicación que se demanda.

4.2. En cuanto al segundo aspecto, advierte la Sala que el artículo 29 -original- de la Ley 80 de 1996

, consagró que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Definió la norma legal, que ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad. Dicho de otro modo, ofrecimiento más favorable es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta.

También estableció el precepto en mención, por un lado, que la favorabilidad de la oferta no podía constituirse por factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones o solo en alguno de ellos, y que el más bajo precio o el plazo ofrecido no podía ser el único factor de selección; y por otro lado, que si el plazo ofrecido era menor al previsto en los pliegos de condiciones no sería objeto de evaluación.

Como puede apreciarse, en cuanto al criterio cuyo estudio se realiza, es decir, el plazo, entendido como el tiempo estimado para el cumplimiento del contrato, la ley incurrió en una aparente contradicción, pues, de una parte, lo incluyó como factor de escogencia, con la advertencia de que no podía ser el único, pero, de otra parte, prohibió evaluar un plazo propuesto inferior al solicitado en los pliegos, con lo cual reduce el ámbito de ponderación de dicho criterio.

Sin embargo, una lectura armónica de los segmentos de la disposición en comento, permite inferir que es posible establecer como factor de evaluación, junto con otros, el plazo, dado que las entidades públicas al realizar los estudios previos bien pueden determinar la viabilidad de un plazo mínimo y un plazo máximo exigibles para la ejecución del contrato y por ende fijar este

criterio con carácter ponderable en los pliegos de condiciones, con la precisión de que el menor plazo que se ofrezca al mínimo solicitado en los pliegos no será evaluado y en consecuencia, no será factor determinante en la selección.

Trasladando las reflexiones precedentes al sub lite, considera la Sala que la administración del municipio de La Dorada respetó la mencionada disposición y lo establecido a este respecto en los pliegos de condiciones.

En lo que se refiere al plazo de ejecución de obras objeto del contrato materia de la licitación pública cuestionada, se observa que debía ser ofertado y evaluado de conformidad con los numerales 16 y 30 de los pliegos de condiciones, así:

(i) El numeral 16, reguló claramente el programa y plazo máximo de ejecución de obras objeto del contrato, y en lo que corresponde al Grupo II, indicó que sería de tres meses calendario (90 días) contados a partir de la firma del acta de iniciación; y

(ii) El numeral 30, dispuso que en la evaluación se tomaría el plazo de la propuesta, para lo cual se tendría en cuenta que “[a]l plazo normal de ejecución de las obras se le restará un DIEZ (10%) POR CIENTO y se obtiene un límite inferior”, y a partir de ahí, a las propuestas que presentaran un plazo inferior al límite inferior, no se les asignaría puntaje; a las que ofrecieran el menor plazo dentro del rango definido entre el límite inferior y el plazo máximo para la ejecución de obras se les asignaría diez (10) puntos y a las demás propuestas se les asignarían puntajes de acuerdo con la fórmula preestablecida.

Así las cosas, teniendo en cuenta que para el Grupo II el plazo máximo a ofertar era de 90 días y al restársele un 10% en la fase de evaluación, la operación arrojaba 81 días como plazo mínimo a ofertar para ese grupo, término que fue el propuesto por la sociedad Obras y Diseño Ltda. (fl. 5 cd. 5), de donde se concluye que no asiste razón a la parte actora cuando acusa de irregularidad el proceso por la forma en que se evaluó este criterio en relación con la adjudicataria.

4.3. En relación con el tercer 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 o del ejercicio profesional del proponente como contratista, o el promedio del número de años comprobados en el ejercicio de la profesión o como contratista de cada uno de los integrantes del mismo, en el caso de consorcios y uniones temporales. Igualmente, en el numeral 30-5 se estableció como factor independiente del anterior el de “experiencia” con un máximo de veinte (20) puntos.

Para la Sala resulta cuestionable que en la elaboración de los pliegos de condiciones por parte de la administración municipal demandada, se hayan adoptado dos criterios que como los denominados “antigüedad” y “experiencia” apuntan a establecer el conocimiento, habilidad o destreza derivada o adquirida por el transcurso del tiempo en que ha podido el proponente ejercer la actividad que es materia u objeto de determinado proceso de selección, separando lo que no era ni técnica ni jurídicamente separable y generando de esta forma una regla que no cumple los atributos de objetividad, justicia y claridad que demanda la confección de los mismos en virtud del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

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.

Adicionalmente, resulta censurable que no se hubiese señalado con claridad en el pliego de condiciones, los documentos con base en los cuales se iba a calificar el criterio en cuestión, tal y como se confirma en la siguiente manifestación de la entidad demandada:

“En los términos de referencia habían (sic) tres alternativas, para identificar la antigüedad de los proponentes, que era a saber: el tiempo de constitución de la firma, según certificado de constitución; el ejercicio profesional que lo acreditaba con el diploma o el acta de grado y para el caso de los consorcios HENAO-RODRÍGUEZ el documento que allegaron fue el Registro Único de Proponentes, en el cual no se encuentra la fecha de graduación de los consorciados por lo que la administración tuvo que echar mano de la información que acreditaba su inscripción, con consecuencias negativas obviamente para estos participantes...” (se subraya).

Sin embargo, según se advirtió, en los pliegos de condiciones nada se dijo sobre los documentos que debían anexar los proponentes para acreditar la antigüedad, sino que los mismos fueron indicados posteriormente por la entidad pública al momento de la evaluación, con lo cual se colige que lo consagrado a este respecto en la ley del proceso de selección constituye una cláusula incompleta, ambigua y confusa, que condujo a una interpretación o decisión de carácter subjetivo por la Administración, haciéndole soportar indebidamente todas las consecuencias jurídicas de su error al consorcio oferente, en contradicción a la carga de claridad y precisión que le correspondía cumplir.

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.

Los criterios establecidos en los pliegos de condiciones deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, razón por la cual prescripciones de la índole indicada no pueden incluirse en los pliegos de condiciones en tanto ningún valor le agregan a la contratación y, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3º; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1º, 2º y 3º; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).

Como quiera que la previsión del pliego en comentario no constituye un requisito objetivo, la Sala encuentra que se trata de una estipulación ineficaz de pleno derecho con arreglo a lo prescrito por el numeral 5º apartado f) de la Ley 80 de 1993 y, como tal, esta opera por ministerio de la ley (ope lege). Hay que señalar que esta sanción fue prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo 24 de la Ley 80 y que no requiere de declaración judicial.

En el sub lite, el numeral 30-4 del pliego de condiciones, “antigüedad”, se trata de una previsión sin conexión alguna con el objeto de la contratación ni con los fines de la contratación estatal (art. 3º de la Ley 80 de 1993) y que evidentemente no cumple con las características de objetividad y razonabilidad que han de distinguir las estipulaciones de los pliegos de condiciones.

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 199.

No obstante la ineficacia que pesa sobre el criterio de antigüedad, no se modifica o cambia el orden de elegibilidad en el Grupo II de la Licitación Pública n.º 08 MLD-OC-97, pues aún si se descuentan los puntos obtenidos por los diferentes proponentes en este concepto, la oferta del Consorcio Henao-Rodríguez no logra ascender al primer escalafón en el orden del mérito, en tanto la Sociedad Obras y Diseños Ltda. continuaría en el primer lugar con 89 puntos y dicho consorcio en el segundo lugar con 84 puntos.

4.4. Sea lo que fuere, observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos en los que fundó sus pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario, en tanto omitió aportar al expediente copia de todas las ofertas que fueron presentadas para la mencionada licitación pública, de forma que se pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes entre las mismas, con el fin de determinar que el consorcio Henao- Rodríguez había presentado la mejor propuesta.

Según los argumentos esgrimidos por la parte impugnante, la adjudicación que se efectuó dentro del proceso de selección adelantado por el municipio de La Dorada para las obras civiles de la tercera etapa del proyecto centro comercial de abastos, es ilegal, por cuanto a pesar de haber presentado la mejor oferta en el grupo II, de conformidad con los requisitos de los respectivos pliego de condiciones, no fue seleccionada ni favorecida con la adjudicación del contrato.

No obstante, de acuerdo con lo establecido en el acápite de los hechos demostrados (cfr. n.º. 3), dentro del proceso no obra la totalidad de las propuestas presentadas en la licitación pública, dado que no fueron ni pedidas ni aportadas dichas pruebas documentales, pues, ya atrás se advirtió, tan solo se allegaron las copias de las ofertas de dos de los participantes: la sociedad Obras y Diseños Ltda. -adjudicataria- y el Consorcio Henao-Rodríguez.

Es necesario subrayar que sin copia de las mismas no se puede hacer un análisis y comparación de las ofertas presentadas en el proceso de licitación pública, para establecer si realmente la del Consorcio Henao-Rodríguez merecía tener el mayor puntaje, de manera tal que le hubiere correspondido el primer lugar en el orden de elegibilidad y en consecuencia tuviera el derecho a la adjudicación parcial, esto es, del grupo II para el cual se presentó.

Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen, como lo ha señalado esta Sección, a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el cas

. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autoresponsabilidad

de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable

. En efecto, a juicio de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de 'servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales

, la Constitución de 1991 'lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano 'Idem est non esse aut non probari', igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas

.

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que 'son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba

. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.

Y en casos como el que se analiza, tal y como lo ha indicado esta Sección en casos similares

, resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente, es la parte actora la que debe soportar las consecuencias de su inobservancia, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones, pues

ese es el efecto que se desprende del hecho de que no obre en el plenario la totalidad de las ofertas presentadas en el proceso de selección adelantado por el Municipio de La Dorada:

“La Sala advierte que al presente proceso no se aportó la documentación correspondiente a las ofertas presentadas para participar en la Licitación Pública No. 002 de 1993, adelantada por el municipio de Condoto, con el objeto de celebrar el contrato para la rehabilitación y optimización del sistema de alcantarillado de este municipio; el pliego de condiciones se adjuntó en copia simple, lo cual impide su evaluación y, por contera, no es posible determinar si la propuesta presentada por el actor cumplió con cada uno de los requerimientos exigidos por la entidad y si era la más conveniente para el interés público, de tal manera que debiere seleccionarse, o no.

De esta forma, resulta imposible abordar un estudio sobre las pretensiones de restablecimiento formuladas en la demanda, por cuanto ello exige la demostración de que la oferta presentada por la sociedad demandante se encontraba en primer lugar y debía ser seleccionada, lo cual, de acuerdo con lo expuesto, sólo habría sido posible si se hubiere acreditado que la propuesta de la sociedad CHAMAT INGENIEROS LTDA., superaba a las demás al ser calificada de manera objetiva con sujeción a los criterios de selección y su respectiva ponderación consignados en el pliego de condiciones, aspecto que no se demostró en el proceso, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con la evaluación efectuada por la entidad pública demandada, la actora no habría cumplido con la totalidad de las exigencias que le habrían sido formuladas en el pliego de condiciones.

(...)

Así pues, de conformidad con lo expresado, considera la Sala que dada la ausencia de las aludidas pruebas en el proceso –pliego de condiciones y propuestas–, el actor no tendría derecho a recibir suma alguna de indemnización...” (resaltado ajeno al texto original

.

Se reitera la jurisprudencia según la cual cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace indispensable que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico y demanda, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos.

En conclusión, los demandantes no probaron las actuaciones ilegales en que pudo incurrir la administración, excepto en lo que tiene que ver con el criterio “antigüedad” que resultó ineficaz pero sin incidencia en el caso concreto en el orden de elegibilidad, y principalmente no demostraron el presupuesto exigido de que su oferta fuese la más favorable, requisito esencial e imperativo para reclamar la titularidad del derecho como adjudicatario en el proceso y la indemnización de perjuicios por su desconocimiento o menoscabo por parte de la administración del municipio de La Dorada.

Así las cosas, la legalidad del acto frente a la actora no se debilitó y por ello, la Sala confirmará la sentencia del a quo, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 30 de enero de 2001, por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH Presidente de la Sala	STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
---	-----------------------------------

RUTH STELLA CORREA PALACIO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

