

NULIDAD - Acto de adjudicación. Oferente debe demostrar los dos requisitos exigidos / NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION - Reiteración jurisprudencial. El oferente debe demostrar los dos requisitos exigidos: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor / NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION - Requisitos. El vicio de ilegalidad de la decisión / NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION - Requisitos. Demostración que la propuesta del oferente demandante sea la mejor

Contrario a lo indicado por el Tribunal a quo en la sentencia impugnada, la demandante no tenía derecho a ocupar el primer lugar en la calificación de las propuestas, porque también su oferta estaba incurso en causal de rechazo, por desviación o pretermisión de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de condiciones y, por tanto, no se encuentra demostrado que hubiese sido la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia, ni que le correspondía ser preferida en la adjudicación. La falta de prueba de esta circunstancia en el sub lite, lleva a desestimar las súplicas de la demanda, pues no existe el supuesto que obligara a la administración a contratar con la demandante, cual es, que hubiera presentado la propuesta más favorable a la entidad, y por eso la legalidad del acto frente a ella no se debilitó. (...) en este evento si bien se presentaron irregularidades en el proceso de selección, producto de una deficiente evaluación de la propuesta de la sociedad que resultó a la postre vencedora y adjudicataria del contrato ofrecido por Corelca mediante la Licitación Pública C-699-92, como el demandante no probó que formuló la mejor oferta, las pretensiones no tienen vocación para prosperar, puesto que se repite, en caso de que se declarara la nulidad del acto administrativo de la adjudicación, no se encontraba ella vinculada a adjudicarle el contrato. La Sala 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 en forma concurrente: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07231-01(22510)

Actor: EXPRESO INDUSTRIAL LTDA.

Demandado: CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. CORELCA

Asunto: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (ASUNTOS CONTRACTUALES - APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de 31 de mayo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia, Sala Tercera de Descongestión, en la que se accedió a las súplicas de la demanda. La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será revocada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

En la sentencia impugnada se resolvió:

“1. Declárase la nulidad de las resoluciones (sic) 105 46 de agosto 18 de 1.992, mediante la cual el señor Director de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca) adjudicó la licitación pública No. C-699-92 a la firma TRANSPORTES CELIS LTDA.

2. La oferta presentada por EXPRESO INDUSTRIAL LTDA. dentro de la licitación pública como consecuencia de la anterior licitación pasaba a ocupar el primer lugar.

3. Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA (CORELCA) restablecimiento del derecho (sic), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la suma de \$24.772.179.84 que actualizada con los intereses legales que consagra el código civil colombiano, da la suma de \$111.474.809.28.

4. La corporación ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA (CORELCA), cumplirá la sentencia en los términos que establecen los artículos 176 y 177 C.C.A.

5. No se causaron costas.”

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 12 de enero de 1993, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A.) la sociedad Expreso Industrial Ltda., formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Atlántico, contra la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica - Corelca (en adelante también sólo Corelca), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que se decrete la nulidad de la Resolución No. 10546 de Agosto 18 de 1992, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. C-699-92; a la firma TRANSPORTE CELIS LTDA., emanada del Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica-Corelca por claras violaciones al Decreto-Ley 222 de 1983 y los pliegos de condiciones de dicha licitación, como más adelante lo demostraré y precisaré.

2.- Que se declare, que la oferta presentada por mí poderdante era la más válida y favorable, entre las que cursaban, ajustándose al pliego de condiciones, al momento de la adjudicación de la licitación pública No. C-699-92, y porque al no ajustarse la firma ganadora al pliego de condiciones, ha debido ser favorecido mi

poderdante quien cumplió a cabalidad con el pliego de condiciones y obtuvo el 2º. lugar según los conceptos evaluativos que se controvierten.

3.- Declarada la nulidad de la resolución demandada y declarada, que la oferta de mi poderdante era la más favorable y válida, entre quienes concursaron, se condene a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica-Corelca al restablecimiento del derecho, reparándole los daños económicos causados a la parte actora, consistente en los gastos en que incurrió, para poder participar en la licitación, las utilidades que de ser favorecido por la licitación pública, hubiera podido percibir, y los perjuicios. Incrementados estos valores, con la corrección monetaria y los intereses legales correspondientes.

4.- Que se admitan como elementos probatorios, los documentos anexos que se acompañan y los que por petición nuestra, se han de hacer llegar al expediente. Así también, admitir personería en la forma y término en que se ha consignado en el escrito-poder que acompaño.

5.- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos y en la forma prevista por los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda se resumen así:

2.1. La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca, mediante Resolución 8311 de julio 2 de 1992, ordenó la apertura de la licitación pública C-699-92, para el transporte en busetas de los funcionarios que laboran en la central térmica de Barranquilla, conforme al respectivo pliego de condiciones.

2.2. Al cierre de la licitación el día 3 de agosto de 1992, participaron como proponentes las firmas: Transportes Celis Ltda., Transportes Rueda Ltda. y Expreso Industrial Ltda.

2.3. El 5 de agosto de 1992, el Jefe de la Oficina Jurídica de Corelca emitió concepto jurídico sobre las firmas proponentes y las ofertas que se presentaron, sin someter a juicio los precios y condiciones del servicio de dichas ofertas, frente a las condiciones previstas para participar, pues sólo se detuvo al examen de la existencia y representación legal de las firmas proponentes y las garantías de ley, concluyendo, erróneamente, que todas las ofertas cumplían con lo solicitado en los pliegos de condiciones.

2.4. Así mismo, en contravención a las condiciones previstas en los pliegos, la Sección Financiera de Corelca, en la misma fecha, afirmó que los proponentes presentaron sus ofertas sin desviar financieramente las condiciones.

2.5. Ni los informes de la Oficina Jurídica, ni los de la Sección Financiera, fueron certeros en su apreciación, lo que originó que el resumen de evaluación tampoco lo fuera y condujo a que se admitiera la oferta de Transportes Celis Ltda., a pesar de que esta última se había desviado de las condiciones previstas en los pliegos de condiciones, tanto en la oferta financiera como en la oferta de los equipos para el servicio objeto de la licitación.

2.6. No obstante, de acuerdo con el anterior análisis, el Consejo Directivo de la Corporación el 6 de agosto de 1992, mediante acta n.º 338 señaló la propuesta

presentada por Transportes Celis Ltda., como la más favorable al considerar las erróneas evaluaciones de la Oficina Jurídica y la Sección Financiera, contentivas del resumen de evaluación de la Licitación Pública C-699-92.

3. Normas infringidas y concepto de la violación

La parte actora consideró que con la actuación de la demandada se violaron el artículo 6 de la Constitución Política y los artículos 27 y 33 del Decreto 222 de 1983 y por esa vía el pliego de condiciones de la Licitación Pública C-699-92, en sus numerales 1.8, 1.9 y 2.1.1.

Sostuvo que los informes de orden jurídico y financiero del resumen evaluativo de la Licitación Pública C-699-92, que dieron lugar a la Resolución n.º 10546 de 18 de agosto de 1992, se abstuvieron de evaluar las propuestas conforme a lo previsto en el pliego de condiciones, porque la firma Transporte Celis Ltda. al proponer en la oferta económica que los viajes adicionales (2.703) se pagarían a un precio diferente, esto es, en forma convencional entre las partes si se hicieran fuera del perímetro urbano, ocultó los valores reales y por ende alteró el valor total de la oferta, pues, en realidad, según el objeto del contrato establecido en los pliegos de condiciones, todos los viajes son a la central térmica de Barranquilla, ubicada en el municipio de Soledad.

Agregó que, en consecuencia, la firma Transporte Celis Ltda. impuso una condición no prevista en los pliegos de condiciones, que naturalmente incrementaría el valor de su propuesta o, mejor aún, no precisó su valor y era indefinida, razón por la cual la oferta y la evaluación que sobre esta realizó la administración infringieron el pliego de condiciones, en sus numerales 1.11, que exigía precios fijos, y 1.8 relacionado con el rechazo de las propuestas.

Añadió que, así mismo, la desviación de la oferta de la firma ganadora en cuanto a los precios de los viajes adicionales, también violó el numeral 1.9 *ibídem*, pues bien podría tomarse su fórmula como una propuesta alternativa, que estaba igualmente prohibida.

Afirmó que Transporte Celis Ltda. ofreció buses en vez de busetas, desviando las condiciones previstas en la Sección 2 numeral 2.1.1 del pliego de condiciones y en vulneración del numeral 1.8 del mismo instrumento, que le ordenaba a Corelca no aceptarla.

Subrayó que la administración de Corelca actuó por fuera del mandado legal, según el cual se le debe adjudicar al proponente cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones, pero, en cambio, admitió precios condicionados cuando se exigieron fijos y, así mismo, especificaciones vehiculares no solicitadas.

Concluyó la sociedad actora que la adjudicación del proceso licitatorio n.º 699-92, realizada mediante la Resolución n.º 10546 de 18 de agosto de 1992, se hizo violando las disposiciones contempladas en los incisos 1 y 2 del artículo 33 y el artículo 27 del Decreto 222 de 1983, que definen el proceso de licitación pública, y en disminución de sus garantías, porque ella cumplió con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y presentó la mejor propuesta.

4. Admisión y notificación de la demanda

4.1. Mediante auto de 14 de mayo de 1993, el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó su notificación personal al Ministerio Público y a la Corporación de la Costa Atlántica, Corelca.

4.2. En diligencia de 12 de julio de 1993, se le notificó la demanda a la Corporación de la Costa Atlántica, Corelca.

4.3. En auto de 24 de octubre de 1994 se ordenó integrar debidamente el contradictorio, mediante notificación de la demanda a la sociedad beneficiaria de la adjudicación que se controvierte, Transporte Celis Ltda., la cual se surtió, en forma personal, el 27 de marzo de 1995.

5. La oposición a la demanda

5.1. La entidad estatal demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros.

En particular, afirmó que no es cierto que el informe jurídico efectuado por la Oficina Jurídica fuera equivocado, pues éste se ajustó a los lineamientos legales, relativos a verificar que las varias propuestas cumplieran las exigencias previstas en los pliegos, en el entendido de que el estudio técnico-financiero debe hacerlo la dependencia respectiva. Agregó que todas las propuestas eran aptas jurídica y financieramente, pero sólo en una podía recaer la adjudicación y en este caso la de Transportes Celis Ltda. resultó ser la más favorable.

Señaló que el adjudicatario aportó a la propuesta una relación de su parque automotor, integrado en mayor número por buses, pero ello no implica que el transporte se ejecutara con buses, tal y como se previó claramente en el contrato; aunque, en el evento de presentarse buses, no habría variación sustancial alguna, porque está determinado tanto el número de personas como de rutas que deben transportarse ora en buses o busetas por parte del contratista.

Manifestó que no es conforme a derecho la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, porque la administración es autónoma para elegir al mejor contratista o a uno entre iguales, como aconteció en este caso, pues, lo contrario, sería inmiscuirse la Rama Judicial en asuntos propios del Ejecutivo, en razón a que la decisión que se controvierte fue el resultado de una licitación efectuada en forma regular.

Finalmente, puntualizó que la jurisprudencia (sentencia de 9 de diciembre de 1998, exps. 3528, 3529 y 3544) ha indicado que cuando el licitante vencido pretende la nulidad del acto de adjudicación debe demostrar que la misma se hizo en cabeza de quien no presentó la oferta más favorable y que la suya si lo era.

5.2. La sociedad Transporte Celis Ltda., se opuso a la prosperidad de la demanda, para lo cual afirmó que su oferta fue escogida por haber llenado todos los requisitos y no por alguna clase de presión o engaño a la administración de Corelca, y que la demanda de Expresos Industrial Ltda. obedece a su reprobación por haber perdido el contrato que durante 10 años mantenía con dicha empresa.

6. Actuación procesal en primera instancia

6.1. Por auto de 28 de agosto de 1995 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes en la demanda y su contestación.

6.2. Mediante providencia de 11 de abril de 1997, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, etapa durante la cual guardaron silencio.

6.3. Por auto de 15 de agosto de 2000 se envió el expediente para fallo a la Sala Tercera de Descongestión del Tribunal de Antioquia.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada afirmó que la entidad demandada debía ceñirse en el proceso de licitación pública C-699 de 1992 a lo establecido en los artículos 27 y 33 del Decreto 222 de 1983 y los numerales 1.8; 2.1.1. y 2.5 del pliego de condiciones, ley para las partes intervinientes en la licitación.

Señaló que dentro de la oferta de Transporte Celis Ltda. el tipo de automotor con el cual prestaría el servicio de transporte objeto del contrato es el de “bus”, con lo cual no cumplió lo previsto en los numerales 2.1.1. y 2.5 del pliego de condiciones, que exigen que los automotores con los cuales se vaya a ejecutar el contrato sean tipo “buseta” y hasta describen detalladamente las características y calidades que deben tener esos automotores.

Coligió que Transporte Celis Ltda. no se ciñó a lo pedido, sino que, por el contrario, se desvió totalmente de lo exigido en el pliego de condiciones, pero extrañamente la administración no le rechazó su propuesta como lo indicaba el numeral 1.8 del pliego de condiciones, conducta con la cual se violaron los artículos 27 y 33 del Decreto Ley 222 de 1983.

Aseveró que la oferta de Transportes Celis Ltda debió rechazarse, en vez de decir que no se le concedían 100 puntos por haber ofertado busetas y no buses, lo que hubiese implicado que Expreso Industrial Ltda. pasara del segundo al primer lugar de elegibilidad.

Adujo que la sociedad Expreso Industrial Ltda. sí realizó la cotización de los viajes adicionales y, en cambio, Transportes Celis Ltda. ofertó unos viajes adicionales fuera del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, razón por la cual no debió otorgársele ningún punto en este aspecto, y al hacerlo, como efectivamente ocurrió, se muestra claramente la desviación de la propuesta, porque en los pliegos de condiciones no se exige cotizar transporte fuera de la ciudad de Barranquilla.

Subrayó que *“se le privó a la licitante Expreso Industrial Ltda, de ocupar el primer lugar y con ello la adjudicación de la licitación y firma del contrato con lo que también se quitó la posibilidad de obtener unas ganancias al no rechazarse la oferta desviada de Transportes Celis Ltda., al considerarse su propuesta que estaba por fuera del pliego de condiciones, darle el primer lugar, adjudicarse la licitación y ejecutarse con ella el contrato”*.

Concluyó que le asistía razón a la demandante, y que, en consecuencia, era procedente reconocerle una suma equivalente al 50% de la utilidad esperada (20% sobre el valor del contrato), actualizada con el interés legal, sin ajustes por IPC por no estar probados.

Así las cosas, el Tribunal *a quo* declaró que la propuesta de la firma Expreso Industrial Ltda. pasaba a ocupar el primer lugar y condenó a la demandada a título de restablecimiento a pagar a la actora la suma total de \$111.474.809 equivalente al 50% de lo que esperaba ganar en la ejecución del contrato, con la actualización de los intereses legales civiles.

8. El recurso de apelación

El Procurador Catorce Judicial ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, presentó el 6 de noviembre de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del juez *a quo*, con el fin de que fuera revocada y, en su lugar, denegadas las pretensiones o inhibirse de emitir pronunciamiento, por los siguientes motivos de inconformidad:

(i) La propuesta presentada por la firma Expreso Industrial Ltda. no cumplía los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Aseveró que si se analiza lo relacionado con el tipo de vehículos exigidos en el pliego de condiciones y que debía presentar cada uno de los proponentes, en el presente caso busetas, se tiene que, tanto la firma adjudicataria como la demandante no cumplieron a cabalidad con tal exigencia, como quiera que la primera ofreció solamente buses, tal como se observa de la lectura de su propuesta; en tanto la otra ofreció mayoritariamente busetas, pero agregó dos (2) camionetas Van y tres (3) Microbuses, tal y como se comprueba en su propuesta.

Agregó que, en consecuencia, no resulta cierto que la firma demandante hubiera cumplido estrictamente las exigencias del pliego de condiciones y que, por ello, tuviera derecho a ocupar el primer lugar en la calificación de la propuesta; en esos términos la propuesta de la demandante no debió ser analizada y evaluada por la entidad pública licitante, ni mucho menos debió ser considerada por el Tribunal como la titular del derecho a ocupar el primer lugar en la lista de adjudicación, en remplazo de la firma Transportes Celis Ltda., la que, a la postre, resultó ganadora, pues se encontraba en la misma situación que ésta al incumplir la exigencia de ofrecer como medio de transporte las busetas exigidas.

(ii) El tribunal debió declararse inhibido para emitir fallo de fondo.

El demandante, al formular la demanda, incurrió en indebida escogencia de la acción, toda vez que ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A. (modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989), cuando lo correcto y procedente era ejercer la acción contractual establecida en el artículo 87 del C.C.A. (modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989), teniendo en cuenta que a la fecha de su presentación ya se había celebrado entre Corelca y Transportes Celis Ltda. el contrato C-2-815-92 de 7 de septiembre de 1992 y que la impugnación por el presentada tendría necesaria incidencia en la suerte del contrato.

Enfatizó que, por tanto erró el demandante al escoger el tipo de acción y el objeto de la pretensión, pues no ejerció la acción contractual ni solicitó la nulidad del contrato celebrado entre la demandada y la firma adjudicataria, lo que impide que se emita sentencia estimatoria y, por el contrario, se impone un fallo inhibitorio.

9. Actuación en segunda instancia

9.1. En auto de 12 de julio de 2002 corrió traslado a la demandada, con el fin de que sustentará el recurso de apelación por ella formulado el 8 de noviembre de 2001.

9.2. En auto de 16 agosto de 2002 se declaró desierto el recurso presentado por la demandada, por cuanto no lo sustentó. En esta misma providencia se admitió el recurso formulado por el Ministerio Público.

9.2. Mediante auto de 26 de agosto de 2002 se dio traslado a las partes para alegar, pero las mismas no intervinieron.

9.3. En providencia de 30 de mayo de 2006, previa aceptación de Corelca del contrato de cesión respectivo, se reconoció como cesionarios de los derechos en litigio de la sociedad Expreso Industrial Ltda. a los señores Reinaldo Díaz Otero y Pablo Díaz Salguero.

10. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación solicitó revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones, con fundamento en que la propuesta de la sociedad actora incumplió con el pliego de condiciones, en tanto éste exigía que el servicio debía ser prestado en busetas y en la oferta de Expreso Industrial Ltda. se incluyeron 2 Van y 3 microbuses, con una capacidad de 10 pasajeros cuando la capacidad mínima solicitada por vehículo era de 26 pasajeros, razón que permite inferir que debía ser rechazada y que demuestra que no era la mejor propuesta ni podía ser la adjudicataria.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia del Tribunal *a quo*, para lo cual abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia; 2) el objeto de la acción y el motivo de la apelación; 3) el poder para actuar; 4) la idoneidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto demandado y su ejercicio oportuno; 4) lo demostrado en el proceso; y 5) análisis de la nulidad por ilegalidad de la Resolución N.º 10546 de 18 de agosto de 1992, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. C-699-92 y el restablecimiento del derecho solicitados.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación (art. 129 C.C.A.), dado que la cuantía de la

demanda supera aquella exigida para el efecto por el Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998¹.

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

La actora persigue la nulidad de la Resolución n.º 10546 de 18 de agosto de 1992 mediante la cual la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, Corelca² adjudicó la Licitación Pública C-699-92 a la sociedad Transporte Celis Ltda., alegando en su demanda que ésta no debió ocupar el primer puesto, por cuanto su propuesta no cumplía con las condiciones financieras (precios de los viajes adicionales por fuera del perímetro de la ciudad de Barranquilla) y de equipos (tipo de vehículos ofrecidos) exigidas en los pliegos de condiciones. Como restablecimiento del derecho, al considerar que presentó la mejor propuesta, solicitó el pago de los perjuicios materiales ocasionados.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones, porque estima que la adjudicación y contratación se ciñeron a los parámetros legales, pues, aunque el parque automotor ofrecido por la adjudicataria estuvo integrado en su mayoría por buses, ello no implicaba afectación ni alteración del servicio de transporte objeto de la licitación y, además, porque el actor debía demostrar que su oferta era la más favorable. En igual sentido intervino la sociedad adjudicataria, por cuanto, en su opinión, fue escogida por haber llenado todos los requisitos.

El Tribunal *a quo*, en síntesis, accedió las pretensiones de la demanda al considerar que, por una parte, la propuesta presentada por Transporte Celis Ltda. no cumplía los requisitos del pliego, toda vez que ofrecía la prestación de servicios en bus y no en buseta como se allí se exigía, y además cotizó viajes adicionales fuera de la ciudad de Barranquilla que no se solicitaban, todo lo cual constituía una desviación del pliego que implicaba el rechazo de la propuesta; y por la otra, que la propuesta presentada por Expreso Industrial Ltda. sí había cumplido con los requisitos y el tipo de vehículo requerido, y si se hubiese rechazado la de

¹ 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 \$1.570.000 y la mayor de las pretensiones de la demanda (perjuicios materiales) con la cual se inició este proceso asciende a la suma de \$77.000.000,00.

² La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica -CORELCA-, fue creada como establecimiento público mediante Ley 59 del 26 de diciembre de 1967, con jurisdicción en los territorios que el 30 de abril de 1967 comprendía los Departamentos del Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Guajira y fijó la sede en la ciudad de Barranquilla. Inicialmente estuvo adscrita al Ministerio de Obras Públicas y luego pasó al Ministerio de Minas y Energía. Posteriormente, a través de la Ley 57 de 1975 se incluyeron en la jurisdicción de CORELCA la Intendencia de San Andrés y Providencia y el Departamento del Cesar. De acuerdo con el Decreto 2121 del 29 de diciembre 1992 se ordena la transformación de CORELCA de establecimiento público a Empresa Industrial y Comercial del Estado. Con base en las facultades extraordinarias de la ley 489 de diciembre de 1998, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1161 de 29 de junio de 1999 y el Decreto 2515 del 16 de diciembre de 1999, donde se ordena transformar a la CORPORACION ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA -CORELCA- en empresa Oficial de Servicios Públicos, reforma que quedó protocolizada en la escritura pública No 2371 del 20 de agosto de 1999, y que la denominó como CORELCA S.A. E.S.P. De acuerdo con la Ley 142 de 1994 se cambió la naturaleza jurídica de empresa Oficial en empresa de Servicios Públicos Mixta de acuerdo a la ley 142 de 1994 y según escritura pública No 1669 de septiembre 15 de 2000 de la notaría novena de Barranquilla. Cfr. http://www.corelca.com.co/contenido/quienes_resena_historica.shtml. Actualmente, se encuentra en proceso de liquidación, medida adoptada en Decreto 3000 de 19 de agosto de 2011 (art. 1), en el que se ordenó (art. 6) que sería realizada por la Fiduciaria La Previsora S.A. De acuerdo con lo anterior, para cuando se adelantó la Licitación Pública del sub lite (julio-agosto de 1992) su naturaleza jurídica era la de establecimiento público.

Transporte Celis habría quedado en primer lugar y resultado favorecida con la adjudicación del contrato.

El Ministerio Público, formuló dos cargos contra la sentencia: (i) la demanda debió presentarse en ejercicio de la acción contractual pues a la fecha de su formulación ya se había celebrado el contrato adjudicado, razón por la cual debió el Tribunal *a quo* declararse inhibido para emitir fallo de fondo; y (ii) aun cuando la propuesta de la sociedad Transportes Celis Ltda. debió ser rechazada, la firma Expreso Industrial Ltda. igualmente debió rechazarse, dado que también incumplía los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

En este contexto, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, estriba en establecer, en primer lugar, la cuestión procesal previa de si la demanda fue ejercida mediante la acción idónea y, en segundo lugar, en caso positivo, en determinar si el acto de adjudicación se encuentra, como alega el demandante y lo encontró el juez *a quo*, viciado de nulidad y -en consecuencia- debe procederse al restablecimiento del derecho solicitado.

3. La idoneidad de la acción y su ejercicio oportuno

El Procurador Catorce Judicial ante el Tribunal *a quo* considera en su recurso que la acción procedente en el *sub lite* es la de controversias contractuales y no la de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, para la Sala la acción escogida por la actora es la idónea para impugnar la legalidad del acto administrativo mediante el cual se adjudica un contrato, como consecuencia de una licitación pública y, de otra parte, obtener una condena indemnizatoria por no habersele adjudicado el contrato, como alega.

En efecto, estas pretensiones para la época en que fue interpuesta sólo pueden ser formuladas ante la jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea para obtener la reparación del daño antijurídico inferido con un acto administrativo ilegal, por ser la que permite revisar la legalidad del acto administrativo con miras a ser anulado, y en consecuencia, disponer la reparación de los perjuicios causados con este acto. Y esa es también acción idónea para cuestionar la legalidad de los actos precontractuales y obtener la reparación de los daños causados con los mismos.

Es decir, no cabe la censura del Ministerio Público en el sentido de que la demanda debió presentarse en ejercicio de la acción contractual, con el argumento de que la fecha de su formulación ya se había celebrado el contrato adjudicado, por cuanto para esa época no regía la modificación realizada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 Código Contencioso Administrativo, y que en ese evento la reemplaza por la contractual, en tanto establece:

“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones o condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días

siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de esta acción no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá (sic) pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes...” (se subraya).

Norma esta que es producto de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación de las normas que han regulado el tema³.

Lo cierto es, que para el caso del *sub lite* regía el Decreto Ley 2304 de 1989, que en sus artículos 17⁴ y 23⁵, modificó el régimen anterior del Decreto Ley 01 de 1984, y al hacerlo suprimió la limitación que éste consagraba en el sentido de que la impugnación de los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo pudiera realizarse después de la terminación o liquidación del contrato⁶, para permitir que la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho pudiera intentarse desde el momento de su expedición. En general, esta reforma no se refirió expresamente al control judicial de los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual del Estado, razón por la cual la jurisprudencia se orientó de tal manera que continuó distinguiendo entre actos previos, precontractuales o separables y contractuales propiamente dichos.

De ahí que, a propósito de lo que debía entenderse por actos separables de los contratos, la jurisprudencia había definido que tal calificación estaba reservada

³ Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 150012331000199606432-01 (17.133), CP Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, quedó así: “Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. /Los causahabientes de los contratistas podrán promover las controversias contractuales./ El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

⁵ En cuanto al término para ejercer oportunamente la acción, preservó los dos años dispuestos por el Decreto 01 de 1984, “de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”, so pena de que su inobservancia acarrearla la caducidad (artículo 23).

⁶ El Texto original del Decreto ley 01 de 1984, luego modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, era del siguiente tenor: “ARTICULO 87. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él. La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato. Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código.” –Subraya la Sala-. Sin embargo, a su vez el texto original del Decreto ley 01 de 1984 en el artículo 136 que fuera modificado por el artículo 23 del Decreto – ley 2304 de 1989, establecía: “ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...) Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella. Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato...” –se subraya-.

para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, esto es, los precontractuales, cuyo control correspondía ejercer mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A.⁷; y los contractuales propiamente dichos los que se produjeran en las etapas de ejecución o liquidación, los cuales debían controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A.

La jurisprudencia de la Sala respecto de la procedencia de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales, había señalado:

“No hay duda de que la contratación del Estado se produce a través de un procedimiento administrativo ‘...integrado por una serie de actos, hechos, reglamentos y simples actos en que se desenvuelve la función administrativa, o sea la actividad estatal residuaria...’ (José Roberto Dromi. ‘La Licitación Pública’ pág. 71); esta circunstancia ha permitido la distinción de varias etapas perfectamente definidas: la precontractual o de preparación del contrato que comprende la autorización de contratar (artículo 150-9 de la Constitución Política y la selección del co-contratante, arts. 27 a 45 del Decreto-Ley 222 de 1983), la de celebración, la del perfeccionamiento, la de la ejecución y la de la liquidación de los contratos.

El desarrollo del procedimiento administrativo precontractual se nutre con actos jurídicos privados de los oferentes o proponentes o licitadores y con actos administrativos unilaterales de la entidad pública; el profesor José Roberto Dromi explica esta materia con máxima claridad.

Aplicando lo expuesto a la contratación administrativa, digamos que el procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual se integra además con la actividad que desarrolla a ese efecto el futuro co-contratante del Estado. En otros términos, en la actividad previa a la contratación administrativa, debemos distinguir entre la actividad que desenvuelve la Administración por un lado y la ejercida por el particular o ente público en su caso por el otro. Ambas actividades se canalizan por las fuentes o formas propias de exteriorización previstas por el ordenamiento jurídico. Esto es, como ya vimos, la de la Administración a través de actos, hechos, reglamentos y simples actos; en tanto que la de los oferentes eventuales co-contratantes, a través de actos y hechos jurídicos particulares. Los primeros están regulados por el Derecho Administrativo, en tanto una persona física o jurídica privada, están regulados por el Derecho Civil o Comercial. Si el oferente fuere un ente público (...) los actos y hechos que emita o ejecute serán administrativos y de suyo regulados también por el Derecho Público.

Si ejemplificamos, en la actividad precontractual, preparatoria, provisional o preliminar del contrato administrativo, encontramos hechos jurídicos privados o de particulares, como la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etcétera.

⁷ “ARTICULO 85. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. <Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989 > Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.”

Además, y consecuentemente con lo expuesto, encontramos actos administrativos, como el llamado a licitación, la admisión, la exclusión de oferente, la recepción de propuestas, la adjudicación; y si el procedimiento de contratación fuere el concurso, los ejemplos podrían ser: el llamado a concurso, la admisión, la aprobación, el nombramiento, etcétera. Por otra parte, tienen carácter reglamentario, parcialmente, el pliego de condiciones, las bases del concurso, y en un todo, el Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable al caso. Por último son simples actos de la Administración, los informes, dictámenes, proyectos, valorizaciones de antecedentes etc., y hechos de la administración, la actuación material de recepción de ofertas, publicaciones, anuncios, registraciones, etcétera.

Como consecuencia de lo dicho, podemos afirmar que la selección del contratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc.), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente fuere una persona privada.

El acto final de selección (adjudicación, designación, etc.) es siempre la consecuencia proveniente de un procedimiento previo. 'El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación'.

De otra parte, para la selección del contratista, la Administración dispone de varios mecanismos cuya utilización depende del cumplimiento de las condiciones de la ley; se tiene, la contratación directa, la licitación privada o el concurso de méritos de igual naturaleza, y la licitación o concursos públicos, constituyendo éste último la regla general (art. 29 del decreto 222).

La licitación constituye también un procedimiento administrativo es decir una sucesión continua y encadenada de actos sucesivos, cada uno de los cuales tiene la finalidad específica y todos tienden a un resultado final en función del cual se entroncan y armonizan. Sin perjuicio del significado y finalidad inherentes a cada uno de los actos, todos participan del objetivo común que es el de desembocar en el acto final del procedimiento: la selección de la propuesta adecuada o frustrada la finalidad - la conclusión de que ninguna de las mismas es satisfactoria o de que no tienen, condiciones jurídicas para ser aceptadas.

En consecuencia, los actos procesales tienden a crear un último acto unilateral, que se incluye dentro del propio procedimiento. En forma diferente, el procedimiento licitatorio, como un todo, tiende a proporcionar la creación de un acto bilateral, externo al procedimiento, si bien condicionado por éste: contrato'. (Celso Antonio Bandeira de Mello. 'El llamado a concurso en los Licitantes' Contenido en la obra colectiva El Derecho Administrativo en Latinoamérica Vol. I. págs. 170 y 171).

La apreciación anterior se confirma con la definición legal de la licitación pública establecida en los artículos 27 y 28 del Decreto 222 de 1983; a tono con esos preceptos, la licitación pública se caracteriza porque la invitación a contratar se hace públicamente, a un número indeterminado de personas, por los medios de publicidad que prevé el artículo 30, inciso 3 del mismo decreto; el pliego de condiciones está creando situaciones jurídicas a ese número plural e

indeterminado de personas, en relación con todos y cada uno de los temas de que trate, bien por mandato de la ley (ordinal 2º artículo 30 ibídem) o bien por razones de conveniencia para el servicio público.

2. Descubrir la naturaleza jurídica del acto cuya nulidad se demanda revestía importancia para deducir la procedencia de la acción de nulidad a cuyo ejercicio se acoge el actor para censurarlo ante la jurisdicción.”⁸

En consecuencia, la Sala observa que, en el *sub lite*, al momento de la presentación de la demanda la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, establecida en el artículo 85 del C.C.A en su versión del Decreto Ley 2304 de 1989, pese a que se hubiera ya suscrito el contrato, era la idónea para obtener la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación demandado y, consecuentemente, la indemnización de perjuicios alegados por la sociedad actora con la no adjudicación del contrato.

Como corolario de lo expuesto, también se colige que la acción fue intentada en tiempo oportuno, dado que la Resolución n.º 10546 de 18 de agosto de 1992, le fue comunicada a la actora el día 3 de septiembre de 1992 (fl. 4 cd. ppal.), y la demanda se presentó el 12 de enero de 1993, es decir, el primer día hábil después de la vacancia judicial⁹, de manera que no habían transcurrido los cuatro (4) meses que contempla la ley como plazo para su ejercicio¹⁰.

4. Lo demostrado en el proceso

De acuerdo con la prueba que obra en el expediente, se demostraron las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

3.1. Quedó acreditado que, previa expedición de la Resolución 8311 de 2 de julio de 1992, la Corporación Eléctrica del Costa Atlántica, Corelca, el 23 de julio de 1992, a las 3:00 P.M., procedió a la apertura de la Licitación Pública n.º 669- 92, para contratar el transporte de los empleados que laboran en la Central Térmica de Barranquilla en busetas, y cuya fecha de cierre se estableció el día 3 de agosto del mismo año, a las 3:00 P.M. (Cfr. copia auténtica del acto a fl. 337 cd. ppal.)

Lo anterior permite inferir que el proceso de selección mencionado se encontraba sometido al Decreto Ley 222 de 1993, vigente para la época en que fue adelantado.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1º de agosto de 1991, exp. 6802, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁹ En ese entonces el artículo 107, letra b. del Decreto 1670 de 1978 (ahora artículo 146 de la Ley 270 de 1996), contemplaba que los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el diez (10) de enero siguiente, inclusive, los funcionarios y empleados de la rama Judicial -con algunas excepciones- que se indican en el artículo siguiente, disfrutarían colectivamente de las vacaciones anuales. Además el día 11 de enero de 1993, de acuerdo con el calendario nacional, era festivo, de suerte que el plazo para el ejercicio de la acción se extendía hasta el primer día hábil luego de dicha vacancia, de conformidad con lo señalado por los artículos 62 del Código de Régimen Político y Municipal, 70 del Código Civil y 121 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁰ Texto subrogado por el Decreto Extraordinario 2304 de 1989, vigente para cuando se presentó la demanda de este caso: “ARTÍCULO 136.CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto./La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.”

3.2. Se encuentra probado que la Corporación Eléctrica del Costa Atlántica, Corelca, elaboró el respectivo pliego de condiciones a regir en el proceso de selección de la Licitación Pública n.º 669- 92 (copia auténtica a fls. 26-91, y 267 a 332 cd. ppal). De estos pliegos de condiciones, se destacan las siguientes disposiciones que interesan al proceso, de acuerdo con los asuntos debatidos:

“1.1. OBJETO-DESCRIPCIÓN

El objeto de la presente licitación es el transporte de los funcionarios que laboran en la Central Térmica de Barranquilla en Busetas.

(...)

1.8 DESVIACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES

No se aceptarán desviaciones a las condiciones de la presente licitación. Las desviaciones presentadas serán causal de rechazo de la propuesta.

1.9. ALTERNATIVAS

En caso de presentarse alternativas, éstas no serán consideradas.

(...)

1.14. CONDICIONES DE LOS PRECIOS

Los precios del transporte objeto de esta licitación serán fijos y firmes mientras el Gobierno Municipal no decrete aumentos en las tarifas del transporte de busetas para la ciudad de Barranquilla. (...)

2.1. CONDICIONES DEL TRANSPORTE

2.1.1. Central Térmica de Barranquilla

ADMINISTRACIÓN: Transporte los días lunes a viernes del personal de administración, mantenimiento, etc. en rutas ordinarias, para lo cual se requiere de quince (15) busetas para recoger a los funcionarios y diecisiete (17) para repartirlos.

OPERACIONES: Transporte todos los días inclusive sábados, domingos y días festivos, en tres (3) turnos para recoger y repartir el personal de operación, para lo cual se requiere de cuatro (4) busetas por turno.

ADICIONALES: Transporte adicional para programaciones especiales de acuerdo a las necesidades de CORELCA. Pueden ser diurnos, nocturnos en días hábiles o feriados.

(...)

2.5. CONDICIONES DE LAS BUSETAS

-El contratista se obliga a emplear busetas con carrocería metálica y con la capacidad mínima de 26 pasajeros cómodamente sentados con silletería abullonada.

- Las busetas deberán mantenerse en perfectas condiciones mecánicas, de mantenimiento, pintura, tapizado, aseo, higiene y presentación general.

- Cada vehículo deberá estar dotado de los elementos de seguridad exigidos por las autoridades de tránsito, tales como extinguidores (uno en la parte de adelante y otro en la parte posterior), linterna de mano, triángulos, llantas de repuesto, botiquín de primeros auxilios, etc.

- El exosto de cada vehículo debe tener suficiente longitud de tal manera que llegue a la parte posterior de la buseta para evitar que el monóxido de carbono penetre al interior del mismo y no debe producir ruido.
- Los techos los pisos, ventanas, vidrios y en general toda la carrocería debe estar en perfecto estado para evitar filtraciones de aguas lluvias.
- Las busetas se inspeccionarán por parte de la Corporación (Seguridad Industrial, Servicios Generales, Mecánico Automotriz) por lo menos tres veces o las veces que CORELCA lo estime conveniente.
- En caso de efectuarse recomendaciones para arreglos mecánicos de latonería, pintura, etc., el contratista debe proceder en forma inmediata a reemplazar el vehículo por otro de condiciones óptimas mientras se efectúe las reparaciones recomendadas.
- El contratista deberá incluir en su oferta una información completa sobre las características de los vehículos con los cuales prestará el servicio de transporte.
- La Corporación podrá pedir cambio y el contratista deberá cumplirlo, de cualquier vehículo de los utilizados en servicios, cuando se considere que dicho vehículo no llena los requisitos indicados anteriormente.
- Por ningún motivo se autoriza el transporte en la ruta de personas diferentes de funcionarios de CORELCA y el conductor.
- El contratista deberá cumplir con todos los requisitos para libre circulación y prestación del servicio de transporte exigido por las autoridades competentes. Estos requisitos son aplicables tanto para los vehículos como para los conductores.

5. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, PONDERACIÓN Y METODOLOGÍA PARA LA EVALUACIÓN DE LA LICITACIÓN

La metodología que se utilizará contempla los siguientes pasos: -Requisitos legales/-capacidad de la firma proponente/-condiciones del transporte/-condiciones comerciales de los oferentes.

El primer paso se refiere a la verificación del cumplimiento de los requisitos fijados en la ley y en los pliegos de condiciones. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos ocasiona el rechazo de las propuestas, sin que haya necesidad de realizar los otros pasos" (subraya la sala).

3.3. Consta que el día 3 de agosto de 1996 se presentaron tres (3) propuestas en el referido proceso de selección, correspondientes a: (i) Expreso Industrial Ltda.; (ii) Transporte Ruedas Ltda. y (iii) Transportes Celis Ltda. (Cfr. Copia auténtica del acta de apertura y cierre y de las ofertas a fls. 102-173 y fls. 334-335 cd. ppal.).

3.4. Está demostrado que la administración de Corelca, a través del Comité Evaluador, realizó la respectiva evaluación y calificación de las propuestas presentadas en la Licitación Pública C-699-92 (fls. 174-193 y 338 a 353 cd. ppal.), cuyos resultados, se resumen así:

"CUADRO DE PONDERACIÓN DE FACTORES [fl. 350]

DESCRIPCIÓN	CORELCA	TRANSPORTES CELIS LTDA.	EXPRESO INDUSTRIAL LTDA.	TRANSPORTE RUEDAS LTDA.
Capacidad de la				

firma proponente:				
Cumplimiento de contratos anteriores	50	50	50	50
Experiencia:	50	50	50	50
Sub-total	100	100	100	100
Condiciones del Transporte				
Cumplimiento de las especificaciones estipuladas en el pliego	100	0	100	100
Sub-total	100	0	100	100
Condiciones comerciales	800	800	600	569
Precio:	1000	900	800	769"
PUNTAJE TOTAL:				

“RESUMEN DE ANALISIS DE LAS OFERTAS [fls. 338 y 339]

De la evaluación de los requisitos legales, capacidad de las firmas proponentes, condiciones del transporte, condiciones comerciales de las ofertas, se concluye que pueden ser objeto de adjudicación las firmas de Transportes Rueda Ltda., Expreso Industrial Ltda. y Transporte Celis Ltda.

A la firma Transporte Celis no se le concedieron los 100 puntos correspondientes a condiciones del transporte, teniendo en cuenta que en relación con los vehículos describió buses en lugar de busetas.

ADJUDICACIÓN

De acuerdo con lo establecido en la Sección 5 del pliego ‘Criterios de adjudicación, ponderación y metodología para resultados finales de la evaluación’, a continuación se presenta el ordenamiento de las ofertas de mayor a menor puntaje, con los correspondientes valores:

PROponentes	PUNTAJE TOTAL	VALOR TOTAL
-----	-----	-----

1. TRANSPORTE CELIS LTDA.	900	\$191.424.000

2. EXPRESO INDUSTRIAL LTDA.	800	\$255.232.000
3. TRANSPORTES RUEDAS LTDA.	769	\$269.190.000

RESUMEN DE ADJUDICACION

Por lo anterior se recomienda adjudicar la licitación, de acuerdo con el siguiente detalle

PROPONENTE	VALOR
TRANSPORTES CELIS LTDA.	\$191.424.000..."

3.5. Se acreditó que el Director General de la Corporación Eléctrica del Costa Atlántica, Corelca, teniendo en consideración lo ocurrido en el proceso de selección y de acuerdo con el análisis presentado el Consejo Directivo en reunión del 6 de agosto de 1992 (acta n.º 388), adjudicó el contrato materia de la Licitación Pública n.º C-699-92, mediante la Resolución número 10546 de 18 de agosto de 1992, al proponente Transporte Celis Ltda. (copias auténticas a fls. 22 y 333 cd. ppal).

3.6. Quedó demostrado que, como consecuencia de la adjudicación anterior, la Corporación Eléctrica del Costa Atlántica, Corelca, y la sociedad Transporte Celis Ltda., celebraron el contrato C-2.815-92, del 26 de abril de 1993, para el transporte en busetas de los empleados que laboran en la Central Térmica de Barranquilla, con las condiciones exigidas en el pliego de condiciones, con un plazo de duración de un año y por un valor de hasta \$191.424.000,00 (copias auténticas a fls. 194 a 207 cd. ppal.).

5) Análisis de la nulidad por ilegalidad de la Resolución N.º 10546 de 18 de agosto de 1992, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública n.º C-699-92 y el restablecimiento del derecho solicitados

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, (i) demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico, y de otra, pues no resulta suficiente que el actor alegue y ponga en evidencia la ilegalidad del acto, (ii) probar, por los medios adecuados, que su propuesta era la mejor y más conveniente para la administración.

Es decir, "...el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección..."¹¹

¹¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Para tal propósito se debe indagar si la calificación final de la administración de la licitación pública sobre la que versa el debate procesal sometido a consideración, determina las anteriores circunstancias, de conformidad con los hechos aducidos en la demanda y las pruebas que sobre los mismos obran en el proceso.

En el caso concreto, el demandante -cargo que fue acogido por el Tribunal *a quo*- fundamentó la nulidad pretendida del acto acusado, en que la sociedad que resultó adjudicataria, Transporte Celis Ltda., ofreció buses en vez de busetas, desviando las condiciones previstas en la Sección 2 numeral 2.1.1 del pliego de condiciones y en vulneración del numeral 1.8 del mismo instrumento, que le ordenaba a Corelca rechazarla, de manera que la misma no debió ocupar el primer puesto, por cuanto su propuesta no cumplía con el tipo de vehículos exigidos.

No obstante, advierte la Sala, que le asiste razón al recurrente y al agente del Ministerio Público que intervino en esta instancia, cuando afirman que tanto la sociedad adjudicataria como la demandante no cumplieron con la mencionada exigencia.

En efecto, se observa que, por una parte, la sociedad Transportes Celis Ltda. ofertó (fl. 110 cd. ppal.) únicamente diecinueve (19) buses, con capacidad para 45 pasajeros, con lo cual no cumplió con el tipo de vehículo exigido; y por otra parte, la sociedad Expreso Industrial Ltda. ofertó (fl. 136 *ídem*) dieciséis (16) busetas con capacidad para 26 pasajeros, cuando el mínimo requerido era de diecisiete (17), y dos (2) camionetas Van y tres (3) Microbuses, con una capacidad de 10 pasajeros, cuando la capacidad mínima solicitada por vehículo era de 26 pasajeros.

La única firma que cumplió con el requisito de ofrecer busetas y con el mínimo de capacidad de pasajeros exigido para el transporte de personal de Corelca (veintiún vehículos según fl. 157 *ídem*), fue la sociedad Transportes Rueda Ltda., que ocupó el tercer lugar en el orden de calificación, pero ésta no demandó el acto administrativo de adjudicación.

Como puede apreciarse, la actora tampoco acató en el aspecto anotado los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (numeral 2.1.1), lo que constituía motivo de rechazo de su propuesta (numeral 1.8. *ibídem*), circunstancia esta que impide concluir que era la mejor y que podía ser seleccionada por la entidad contratante.

La demandante no sólo debía demostrar que se incurrió en irregularidades en la evaluación de la propuesta de quien resultó adjudicataria, esto es, la sociedad Transportes Celis Ltda. sino que en la evaluación de su oferta tampoco se hubiesen presentado los mismos defectos e inconsistencias; o sea, no le bastaba, como quedó dicho, demostrar que la licitación no fue adjudicada al mejor proponente, porque es requisito indispensable para que pueda prosperar la pretensión del demandante la prueba que la suya era la mejor.

Esta Sección ha manifestado sobre el particular lo siguiente:

“En este proceso se ha demostrado, en primer lugar, que la firma adjudicada no estaba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores del ISS y, en segundo, que

la protocolización de la firma farmacéutica “tabletas” se hizo después del cierre de la liquidación. (...)

“Por consiguiente, la adjudicación a la firma Panamericana de Drogas fue realizada en desacuerdo con el pliego de condiciones y, por lo mismo, contrariando las disposiciones legales que se han citado anteriormente.

“(...)”

La Sociedad demandante pide declarar que tenía derecho a ser preferida en la adjudicación y, por virtud de ello, que se le reconozcan los perjuicios de todo orden, materiales y morales - debidamente actualizados, comprometiendo el daño emergente y el lucro cesante...’, causados con la expedición del acto administrativo impugnado.

“(...)”

“Sin embargo, como lo anota el Tribunal y el Ministerio Público, no hay prueba de que la propuesta de la sociedad demandante hubiese sido mejor, y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación.”¹²

Y, en otra oportunidad también señaló:

“A la luz de las conclusiones expuestas, la Sala prohíja la decisión del Tribunal en cuanto desestimó los cargos que se hacen a la resolución N° 0276 del día 20 de junio de 1986, que adjudicó la licitación a la Empresa Acciaeria e Tubificio Di Brescia —ATB—, pues el demandante no acreditó que su oferta fuera la más conveniente, o, favorable para la administración. La falta de prueba de este presupuesto lleva, sin lugar a equívocos, a desestimar las súplicas de la demanda, pues en caso de declarar la nulidad de la resolución de adjudicación, nada obligaba a la administración a contratar con la sociedad demandante.

“En esta materia, también el demandante ve comprometido el éxito de sus pretensiones, pues como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corporación: “Quien demanda la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y el pago de perjuicios sufridos, debe mostrar que la mejor propuesta era la suya y no sólo que no debió adjudicarse al licitante escogido por la entidad demandada” (Sentencia 8858, en antes citada. En mismo sentido Sentencia. Proceso N° 9474 Sociedad Instituto Colombo Terapéutico Ltda., doctor Juan de Dios Montes; y Sentencia proceso N° 9724, Actor: Sociedad Bornacelly Maya Ltda., doctor Daniel Suárez Hernández).¹³

Así las cosas, contrario a lo indicado por el Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada, la demandante no tenía derecho a ocupar el primer lugar en la calificación de las propuestas, porque también su oferta estaba incurso en causal de rechazo, por desviación o pretermisión de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de condiciones y, por tanto, no se encuentra demostrado que hubiese

¹² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 26 de septiembre de 1996, exp. 9963, C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros. En igual sentido, sentencias de 17 de marzo de 1995, exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, y de 30 de enero de 1995, exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

sido la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia, ni que le correspondía ser preferida en la adjudicación. La falta de prueba de esta circunstancia en el *sub lite*, lleva a desestimar las súplicas de la demanda, pues no existe el supuesto que obligara a la administración a contratar con la demandante, cual es, que hubiera presentado la propuesta más favorable a la entidad, y por eso la legalidad del acto frente a ella no se debilitó.

Dicho de otro modo, en este evento si bien se presentaron irregularidades en el proceso de selección, producto de una deficiente evaluación de la propuesta de la sociedad que resultó a la postre vencedora y adjudicataria del contrato ofrecido por Corelca mediante la Licitación Pública C-699-92, como el demandante no probó que formuló la mejor oferta, las pretensiones no tienen vocación para prosperar, puesto que se repite, en caso de que se declarara la nulidad del acto administrativo de la adjudicación, no se encontraba ella vinculada a adjudicarle el contrato.

La Sala 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 en forma concurrente: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor¹⁴.

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

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 31 de mayo de 2001, por el Tribunal Administrativo del Antioquia, Sala Tercera de Descongestión y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; septiembre 26 de 1996, exp. 9963, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 17 de marzo de 1995, exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 30 de enero 30 de 1995, exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

RUTH STELLA CORREA PALACIO