

**ACCION CONTRACTUAL - Expedición de acto administrativo a través del cual se declara desierta una licitación con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 448 de 1998. Procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / DEMANDA PRESENTADA EN TERMINO - Cuatro meses siguientes a la expedición del acto. Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Readecuación de la demanda**

La demanda se impetró a través de la acción de controversias contractuales, aun cuando la que correspondía era la de nulidad y restablecimiento del derecho. De acuerdo con la construcción jurisprudencial, antes de la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, el acto administrativo a través del cual se declaraba desierta una licitación se demandaba mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, dado que la demanda fue presentada dentro del término de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto que declaró desierta la licitación, la Sala considera que se puede analizar de fondo al asunto y decidirlo sin que haya causal alguna que invalide lo actuado.

**FUENTE FORMAL:** LEY 448 DE 1998

**PLIEGO DE CONDICIONES - Parte fundamental para la conformación del contrato estatal / PLIEGO DE CONDICIONES - Contiene las exigencias que deben cumplir los proponentes / PLIEGO DE CONDICIONES - Fundamento / PLIEGO DE CONDICIONES - Presentación de propuestas / PROPUESTA - Debe estar sujeta a lo exigido en el pliego de condiciones**

El pliego de condiciones constituye una parte fundamental para la conformación del contrato estatal, pues comprende, entre otras cosas, las exigencias que habrán de cumplir los proponentes. (...) Frente al pliego de condiciones, los interesados en obtener la adjudicación del contrato presentan sus propuestas, las cuales serán analizadas por parte de la entidad para evaluar si se allanan a lo exigido en el pliego; en el supuesto en que la respuesta sea negativa se deberán descalificar y si es positiva, se continuará con el estudio para definir a quién se adjudicará el contrato.(...) Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre noción y definición de pliego de condiciones, consultar sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 15475. En relación con la naturaleza jurídica de la propuesta, ver sentencia de 3 de febrero de 2000, exp. 10399

**PLIEGO DE CONDICIONES Y PROPUESTA - Posibilidad de interpretar el texto**

Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”– y medieval –“in claris non fit interpretatio”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente

manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto. En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente. En el caso concreto, la Sala considera, exclusivamente desde la perspectiva de una interpretación literal o gramatical de los pliegos y de la propuesta, que la falta de discriminación del impuesto de guerra no era razón suficiente para descalificar la propuesta de los actores, puesto que el mismo pliego, en el último inciso del numeral 12, indicaba que ante esa situación se entendía incluido ese ítem en el precio total de la oferta.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 1618 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 1627

**REGLA DE INTERPRETACION - Interpretación sistemática o coherente / INTERPRETACION SISTEMATICA O COHERENTE - Correlación y referencia / PLIEGO DE CONDICIONES Y PROPUESTA - Deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto**

La Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico, denominada interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”–. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos. De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto

**CONTRATO ESTATAL - Utilidades / CONTRATISTA - Obtención de utilidades. Derecho renunciabile / UTILIDAD – Diferente a precio / PRECIO - Elemento esencial del contrato**

La obtención de utilidad por parte de un contratista es un derecho renunciabile en los términos del artículo 15 del Código Civil, en tanto que atañe exclusivamente al ámbito de sus intereses individuales y su renuncia no está prohibida. No es posible aceptar que el reconocimiento del derecho a una utilidad sea considerado como una norma de derecho imperativo donde estén interesados el orden y las

buenas costumbres en los términos del artículo 16 del Código Civil, puesto que hace parte de la iniciativa particular y de la órbita propia de su autonomía, determinar cuáles son los beneficios que el contratista habrá de obtener por la explotación de una actividad económica, o decidir, simplemente, que no obtendrá utilidad monetaria alguna. No se debe confundir jamás lo que se acaba de señalar en relación con la utilidad, con la falta del elemento esencial del contrato denominado precio, puesto que en el asunto sub judice claramente precio hay, y consiste en el valor que el proponente pretendía recibir como contraprestación por la construcción de la obra, esto es \$162 775 090,20. Otra cosa es la forma como dentro de su empresa se hubieren organizado los actores para recibir o dejar de recibir utilidades, es decir, ganancia, provecho o excedente sobre el precio recibido, lo cual constituiría más bien un elemento accidental del contrato.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 15 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 16

**CONTRATO ESTATAL - Función social / ACTIVIDAD DE LOS CONTRATISTAS DEL ESTADO - Función social / FUNCION SOCIAL - Fundamentos. Solidaridad y roles o papeles que se desarrollan dentro del marco de la sociedad**

Los contratistas cumplen una función social al celebrar un contrato estatal, razón por la cual es necesario analizar el significado del término "función social" cuando se predica de la actividad de los contratistas del Estado. Seguramente, el primero que se advierte, es el de contar con su colaboración y ayuda, más allá de cuanto estrictamente deben; el segundo consiste en el cumplimiento de lo que le es propio para la correcta marcha de sus obligaciones contractuales y para el beneficio final del conglomerado social. Así, cuando se habla de función social en el primer sentido, el énfasis se hace sobre la idea de solidaridad, mientras que en el segundo, se hace sobre el desarrollo de los roles o papeles que cada uno desempeña dentro del marco de la sociedad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre función social en los contratos, consultar Corte Constitucional sentencia T-249 de 1993

**OBTENCION DE UTILIDAD PARA EL CONTRATISTA - Es renunciable / UTILIDAD O GANANCIA PROYECTADA - Base la para indemnización por la no adjudicación de un contrato / UTILIDAD - Cero por ciento / DEDUCCION DEL IMPUESTO DE GUERRA DE LA UTILIDAD - Improcedente / DEDUCCION DEL IMPUESTO DE GUERRA - No se discriminó / ADJUDICACION DE LA LICITACION - Improcedencia por incumplimiento de las exigencias contenidas en el pliego de condiciones**

Los particulares pueden interesarse en la celebración de contratos con el Estado, allende de la obtención de utilidades, por la función social que les representa, en tanto que a través del contrato estatal, hacen funcionar su empresa, generan empleo, colaboran con el Estado, adquirieren experiencia o prestigio, etc. En todo caso, la obtención de utilidad particular es un derecho al cual el contratista puede renunciar válidamente. En ese orden de ideas, si se hubiera considerado que el impuesto se deducía de las utilidades y que la ganancia ascendía al 0%, la propuesta habría podido ser considerada válida en tanto que habría claridad acerca del rubro al cual se imputaría el impuesto y los precios de los ítems ofrecidos no arrojarían duda ni confusión alguna. No obstante, incluso en ese escenario, las pretensiones de los demandantes no estaban llamadas a prosperar, puesto que la indemnización que se debe reconocer a un proponente cuando se

frustra de manera ilegal su oportunidad de ser adjudicatario de un contrato estatal, asciende a la utilidad o ganancia que había proyectado dentro de su propuesta.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1613

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 21 de mayo de 2008, exp. 15963; sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 14287y sentencia de 27 de noviembre de 2002, exp. 13792

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077)**

**Actores: JOSE EDUARDO NAVAIS Y SERGIO MARTA VARGAS**

**Demandados: MUNICIPIO DE LA CALERA (CUNDINAMARCA)**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

La Sección Tercera, Subsección "B", del Consejo de Estado, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 19 de abril de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sala de Decisión, Sección Tercera, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

Una entidad territorial inició un proceso de contratación mediante licitación pública. Uno de los proponentes se abstuvo de precisar dentro de la propuesta el impuesto de guerra que debía asumir y que ascendía al 5% del valor del contrato. El proponente indicó que aun cuando no lo hubiera discriminado, dentro de los pliegos se indicaba claramente que todos los impuestos se entendían incorporados en el valor total de la propuesta, de suerte que se consideraba

incluido el impuesto de guerra y, por ello, su propuesta se sujetaba a lo exigido en los pliegos. No obstante, la entidad lo descalificó.

## ANTECEDENTES

### I. Lo que se pretende

1 El 11 de abril de 1997, José Eduardo Navais Cruz y Sergio Marta Vargas, presentaron demanda en contra del municipio de La Calera, Cundinamarca, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 2-15, c. 1).

1.1 Los hechos sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: (i) la entidad territorial, a través de la Resolución n.º 134 del 4 de octubre de 1996, ordenó la apertura de la licitación pública n.º 003 de 1996, con el objeto de contratar la pavimentación en concreto de vías urbanas; (ii) se presentaron siete propuestas, entre las cuales se encontraba la del Consorcio Navais-Marta, conformada por quienes ahora obran como demandantes; (iii) el estudio técnico, jurídico y económico recomendó que se adjudicara al proponente Satora Inversiones y Construcciones Ltda. y que se excluyera a todos los otros proponentes, entre ellos al consorcio Navais-Marta porque no cumplió lo ordenado en el pliego de condiciones al abstenerse de incluir en la propuesta “el 5% del Fondo de Seguridad Municipal (impuesto) Ley 104/93 y 241/95”; (iv) en el transcurso de la audiencia de adjudicación, el consorcio Navais-Marta advirtió que legalmente no se lo podía excluir “por el simple hecho de no incluir expresamente el llamado impuesto de guerra”; (v) el alcalde del municipio concluyó que el proponente Satora Inversiones y Construcciones Ltda., había incurrido en errores técnicos y que los otros proponentes serían excluidos, razón por la cual expidió la Resolución n.º 184 del 18 de diciembre de 1996, mediante la cual declaró desierta la licitación.

1.2 Las pretensiones comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

1. *Que se declare nula la resolución n.º 184 del 18 de diciembre de 1996 expedida por el señor alcalde del municipio de La Calera, mediante la cual se declaró desierta la licitación que nos ocupa.*
2. *Que se declare que de acuerdo con las reglas de selección objetiva establecidas en el pliego de condiciones mi mandante presentó la oferta elegible más ventajosa a la entidad contratante.*

3. *Que se condene a la entidad demandada a pagar a mi mandante, las indemnizaciones a que haya lugar por concepto de las utilidades a que este tenía derecho, en su condición de proponente ubicado en primer lugar de elegibilidad y con vocación para recibir la adjudicación y de perfeccionar y ejecutar el correspondiente contrato.*
4. *Que se ordene actualizar monetariamente la anterior indemnización.*
5. *Que se condene a la demandada a pagar los intereses que corresponda.*
6. *Que se condene en costas al demandado.*

1.3 A título de argumentos de derecho, se indicó en la demanda que se habían vulnerado los artículos 24(5-b), 25(3), 28, 29, 30(2,10) de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en tanto que se violaron los principios de transparencia y de economía, así como el deber de selección objetiva. En efecto: (i) no se ha debido excluir al Consorcio Navais-Marta por no especificar dentro de su propuesta el impuesto de guerra; (ii) en el pliego de condiciones se disponía que si la propuesta no era explícita respecto de los impuestos y retenciones, se entendería que estaban incluidos en el precio de la propuesta, de suerte que la propuesta del consorcio ha debido ser considerada; (iii) así, la licitación se habría adjudicado al Consorcio Navais-Marta por ser la más conveniente, de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones.

## **II. Trámite procesal**

2 El Tribunal de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto del 5 de mayo de 1997 (f. 18, c. 1) y notificó debidamente a la entidad (f. 26, c. 1). En la contestación de la demanda, la entidad se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y respecto de los otros afirmó que constituían apreciaciones personales de la parte demandante. Propuso las excepciones de: (i) *"Indebida representación de los demandantes"*: el poder fue otorgado para que se obtuviera la declaratoria de nulidad de la resolución que adjudicó la licitación y, en el caso concreto, la resolución no adjudicó la licitación, sino que la declaró desierta; (ii) *"El principio de la libre concurrencia no se violó a las ofertas presentadas"*: la decisión de declarar desierta una licitación no vulnera este principio, puesto que las entidades deben controlar capacidad, solvencia y otros aspectos de los proponentes; (iii) *"Imposibilidad de violación al pliego de condiciones por parte del municipio de La Calera"*: no era posible que el Consorcio Navais-Marta asumiera el 5% del impuesto de guerra con su utilidad, pues ésta última ascendía a ese mismo porcentaje, de acuerdo con el cálculo que hizo dentro de la propuesta; si además

se deduce la retención en la fuente del 1%, se concluye que desde el principio el proponente estaría expuesto a pérdida y la entidad territorial no podía permitir tal situación pues estaba en la obligación de *“conservarle el beneficio económico y no ponerlo a trabajar a pérdida y en detrimento del principio del equilibrio económico del contrato”*; (iv) *“Irrelevancia de las alegaciones de los demandantes como violación a los principios de selección objetiva y transparencia”*: la entidad cumplió con los principios, puesto que surtió debidamente los pasos de apertura de la licitación, audiencia de aclaración de pliegos, apertura de propuestas, publicación de la evaluación, observaciones y audiencia de adjudicación y, finalmente, declaró desierta la licitación (f. 27–30A, c. 1).

3 El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sala de Decisión, Sección Tercera, profirió sentencia el 19 de abril de 2001 y denegó las pretensiones de la demanda. Consideró que: (i) la excepción de indebida representación no se configuraba por la simple comisión de un error o imprecisión dentro del texto del poder, puesto que en el caso concreto el apoderado obraba claramente en nombre de los integrantes del consorcio; (ii) en principio tendría razón la parte demandante, puesto que omitir la discriminación de los impuestos y retenciones dentro de la propuesta implicaba, de acuerdo con el inciso final del numeral 12 de los pliegos de condiciones, que tales valores estarían incluidos en el precio total de la propuesta, razón por la cual, no habría lugar para descalificar la propuesta; (iii) no obstante, hay otras disposiciones en el pliego de condiciones que llevan a una conclusión diferente: a) el numeral 3 del punto 14 exigía para la elegibilidad de los proponentes, que en la propuesta se incluyera el *“análisis del factor prestacional y composición del A.I.U. propuesto”*; b) en el mismo sentido, el punto 30 establecía para la elegibilidad de las propuestas *“la presentación de los análisis del factor prestacional y composición del A.I.U.”*; c) el numeral 8 prescribía que la confusión o falta de claridad en los aspectos fundamentales de la propuesta o su falta de correspondencia con las especificaciones establecidas en el pliego, conllevaban a la descalificación de la propuesta; (iv) así, dado que la propuesta de los actores no deslindó los conceptos de impuestos y retenciones, de un lado, y de utilidad, administración e imprevistos, de la otra, lo que constituía *“el fundamento más contundente para la adjudicación”* pues involucraba el precio de la oferta, la entidad territorial obró conforme a sus facultades al expedir el acto administrativo que declaró desierta la licitación; (v) finalmente, dado que la propuesta de los actores *“no satisfacía las exigencias mínimas del pliego de condiciones”*, no se

puede concluir, como lo pretenden los demandantes, que su propuesta fuera la mejor (f. 79–97, c. ppl.).

4 En contra de la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación con base en que *“la controversia jurídica gira sobre la interpretación del pliego de condiciones, en lo que respecta a la obligación de especificar en la propuesta el valor de cada uno de los impuestos”*. En concreto, el apelante sostuvo que: (i) la falta de aplicación por parte del Tribunal del *“ítem 12 de la sección II de la subsección C del volumen II del pliego de condiciones”*, el cual prescribía que si no se explicitaban en la propuesta el valor de los impuestos se entenderían incluidos en su precio total, constituyó una vulneración de diferentes normas y principios de interpretación, así: a) el artículo 27 del Código Civil, en el cual se establece que no se debe desatender el tenor literal de la ley con el pretexto de consultar su espíritu; b) el artículo 1620 del Código Civil, pues entre dos interpretaciones posibles del ítem 12, ha debido preferirse aquella que produjera algún efecto, es decir, que la omisión de la especificación de los impuestos no tenía como consecuencia jurídica la descalificación de las propuestas; c) el principio de especialidad prescrito en el numeral primero del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, pues ha debido preferirse el ítem 12 referido; d) el artículo 1624 del Código Civil, el principio de transparencia, comprendido en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el principio de economía de los numerales 2 y 3 de la Ley 80; (ii) no existía norma alguna en el pliego de condiciones que de manera expresa o tácita impusiera la obligación a los proponentes de especificar en sus ofertas el valor de cada uno de los impuestos; (iii) finalmente, que su propuesta era la mejor de acuerdo con el dictamen pericial rendido dentro del presente proceso judicial (f. 108–116, c. ppl.).

## **CONSIDERACIONES**

### **I. Competencia**

5 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme al Decreto 597 de 1988 –aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en 1997 era de \$13 460 000 y en este caso los perjuicios demandados

ascendían a \$30 000 000. La demanda se impetró a través de la acción de controversias contractuales, aun cuando la que correspondía era la de nulidad y restablecimiento del derecho. De acuerdo con la construcción jurisprudencial, antes de la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, el acto administrativo a través del cual se declaraba desierta una licitación se demandaba mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, dado que la demanda fue presentada dentro del término de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto que declaró desierta la licitación, la Sala considera que se puede analizar de fondo al asunto y decidirlo sin que haya causal alguna que invalide lo actuado.

## **II. Hechos probados**

6 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para resolver los problemas jurídicos que con posterioridad se plantean –párrafo 7–, se pueden presentar de la siguiente forma:

6.1 El 18 de diciembre de 1996, el Alcalde del municipio de La Calera (Cundinamarca) a través de la Resolución n.º 184-96, resolvió *“Declarar desierta la Licitación Pública n.º 003 de 1996 de que trata la Resolución n.º 134 de octubre 4 de 1996 con el objeto de pavimentar vías urbanas en concreto dispuesta para un plazo de 150 días y por un valor de \$168 593 023”* (copia auténtica, f. 98–102, c. 12). En su parte considerativa, respecto de lo que es relevante para decidir el caso concreto, se expresaba:

*- Que conforme lo dispusieron los pliegos de condiciones en el volumen 1 sección II literal B ítem 7, el día 6 de noviembre a partir de las 9:00 a.m. se llevó a cabo la visita a las zonas de las obras y seguidamente la audiencia de aclaración de pliegos, donde entre otros puntos al aclarar lo referente a los impuestos la Administración precisó: “... se aclara que sí se va a cobrar el 5% del impuesto de seguridad, para que lo tengan en cuenta en los análisis de precios y en los demás impuestos de ley”*

*(...)*

*- Que la Comisión Evaluadora conceptuó en observancia a la Ley 80 de 1993 y el ítem 29 de la sección II del volumen 1 de los pliegos; en fecha diciembre 11 de 1996 presentó su trabajo el cual arrojó el presente resultado:*

### **CUADRO RESUMEN DE LOS PUNTAJES OBTENIDOS**

ORDEN DE ELEGIBILIDAD				
PROPONENTE	PRECIO	CAPACIDAD	FUNCIONAMIENTO	
CUMPLIMIENTO	EXPERIENCIA	EQUIPO	TOTAL	
SATORA	50	17		5
5	12	2,5	91,5	
CONST.				

*Es de anotar que la evaluación jurídica descalifica desde antes las propuestas de:*

- CONSORCIO BARACALDO Y CENDALES LTDA. Y HÉCTOR DAVID MORENO CLAVIJO
- CONSORCIO NAVAIS MARTA
- CONSORCIO AVELLANEDA Y PEÑA
- CONSORCIO CREINCO HERRAGO LTDA.
- ARIEL ALVAREZ ROJAS
- JOSÉ GUILLERMO GALÁN GÓMEZ

(...)

- *Que se planteó desde el inicio de la audiencia de adjudicación la valoración jurídica y aun técnica para que no se tuviera en cuenta como elemento esencial de la valoración la necesaria inclusión del monto del impuesto de seguridad que en cuantía del 5% sobre el valor de la oferta, al contraponérsele por el Consorcio Navais-Marta, al considerarla no objetiva, la Administración confirma y adopta el concepto de la comisión evaluadora, tanto jurídica como técnica-económica fundamentada en claras exigencias, al descomponer el A.I.U., este porcentaje debió ser señalado por los posibles contratistas y así lo hicieron los demás oferentes, no así el Consorcio Navais-Marta; por lo cual el concepto jurídico advirtió que se (sic) inobservable los señalamientos específicos de los ítems 12 sección II literal B, volumen I, el ítem 30 de este (sic) así el ítem 12 de la sección III del mismo volumen 1 y estima además esta Administración que hemos sido suficientemente claros al realizar la audiencia de aclaración de pliegos el día 16 de noviembre de 1996 y de lo cual se enteró suficientemente al Consorcio Navais-Marta, que sí se va a cobrar el 5% del impuesto de seguridad; a este oferente se le señala acertadamente que su propuesta no es elegible, por existir razones suficientemente detalladas en la ausencia de consideración del monto del impuesto de seguridad, lo que imposibilita compararle con otras ofertas; aunque realiza análisis del A.I.U., como suma que incluye en el total de la oferta, no lo analiza para explicar satisfactoriamente el pago de impuestos, como es el de seguridad, ello en sí es un error técnico, que afecta necesariamente la oferta y no se podría pasar por alto, para compensarlo con la ganancia como lo propone el abogado que actúa en audiencia, en nombre y representación del Consorcio; la existencia de previsión normativa lo constituye así el ítem 30 del volumen 1 de los pliegos "Composición del A.I.U.", como documento esencial, en concordancia al ítem 14 numeral 3 "Composición del A.I.U." propuesto como condición de elegibilidad y donde cualquier inconsistencia que tengan de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia, adendos o comunicaciones de aclaraciones, será causal suficiente para declarar la propuesta no elegible (numeral 6 del ítem 14 de la sección II del volumen 1 de los pliegos)*
- *Que el Consorcio Navais-Marta argumenta excusando la no inclusión del 5% del impuesto de seguridad sobre el valor de su*

*oferta, al aseverar que lo ha incluido en los precios, porque no es explícito tal concepto y que la sanción no debe ser la exclusión de la oferta... De otra parte el Consorcio Navais-Marta manifiesta sumir (sic) su precio y saber que no puede hacer ningún tipo de reclamación. El alcalde rechaza tal posición y considera que se variaría la oferta.*

*- Que constituyen elementos suficientes para determinar la conveniencia o inconveniencia para contratar, argumentaciones dadas en la audiencia como las señaladas por Navais-Marta, (sic) asume su precio, sabe que no podrá hacer reclamaciones; que dentro del A.I.U. no cabe ningún impuesto, que este está disgregado en los precios que le sirven de base del análisis del A.I.U., el municipio no ha desmentido la existencia de dicho análisis, pero reafirma que el oferente quiere ignorar y salvar la expresa inclusión y mención de los impuestos (impuesto de seguridad, retenciones, FIC, SENA, etc.) y ello no es aceptable, conforme a los pliegos y conforme a las exigencias económicas allí señaladas, además ello evidencia el principio del justo equilibrio para con los demás oferentes... este hecho hará la propuesta artificialmente baja.*

6.2 En los pliegos de condiciones de la Licitación Pública n.º 003 de noviembre de 1996 (copia auténtica, f. 1-88, c. 12) se encontraban, entre otras, las siguientes disposiciones:

#### **11. DOCUMENTOS INTEGRANTES DE LA OFERTA Y CONFORMIDAD DE LA OFERTA CON LOS MISMOS**

*La oferta constará de los documentos que se relacionan a continuación:*

*- Formularios de la Propuesta, documentos e información que se soliciten en éste, diligenciados de conformidad con los numerales relacionados con la preparación de las ofertas y las instrucciones en él contenidas...*

#### **12. PRECIOS DE LA OFERTA**

*El proponente indicará en el formulario de cantidades y precios correspondiente, anexo a este pliego, los precios unitarios y totales de los suministros con arreglo al (los) contrato (s) que resulte de la presente licitación. Sin perjuicio de la facultad de EL (sic) MUNICIPIO DE LA CALERA serán de responsabilidad exclusiva del proponente los errores, omisiones en que incurra al indicar los precios unitarios y/o totales de la oferta, debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones.*

*El proponente elaborará los análisis de precios unitarios de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el volumen 2 y llenará los mismos para cada uno de las cantidades y precios de obra, independientemente que se hayan establecido o no cantidades obra para cada ítem. Dicho diligenciamiento es de carácter obligatorio y en el evento de que el precio unitario de algún ítem sea Cero deberá en todo caso consignarse este valor en el respectivo formulario. Dichos precios unitarios y sus respectivos análisis servirán al proponente como elemento para determinar el valor de su oferta, y serán documento de la misma y el valor expresado para cada ítem deberá reflejar la totalidad de las características solicitadas en las especificaciones técnicas. Los precios propuestos por el proponente estarán sujetos a ajuste de*

acuerdo con lo estipulado en la ley de contratación y conforme a lo expresado en la Sección IV – Condiciones Especiales del Contrato y V – Minuta del Contrato.

En la preparación de las ofertas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos y retenciones (incluido el I.V.A.), derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, si no es explícita la oferta se entenderán incluidos en el precio total de la misma por lo tanto EL MUNICIPIO DE LA CALERA no aceptará reclamaciones posteriores.

#### 14. REQUISITOS DE CALIFICACIÓN DE PROPONENTES

Los proponentes además de cumplir sustancialmente con los términos del pliego de condiciones, deberán acreditar mediante pruebas documentarias referidas, los siguientes requisitos de calificación:

(...)

Condición de Elegibilidad: Constituye condición para acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos de elegibilidad; los proponentes suministrarán a EL MUNICIPIO DE LA CALERA la siguiente información en documentación a saber:

(...)

3. Análisis del factor prestacional y composición del A.I.U. propuesto.

(...)

6. El correcto diligenciamiento de todos y cada uno de los documentos o formularios solicitados además de los especialmente relacionados en el numeral “DOCUMENTOS INDISPENSABLES PARA LA COMPARACIÓN DE OFERTAS” ítem 30. Cualquier sea la inconsistencia que tengan de acuerdo a lo establecido en los Términos de referencia, adendos o comunicaciones de aclaraciones serán causal suficiente de declarar la propuesta no elegible.

#### 30. DOCUMENTOS INDISPENSABLES PARA LA COMPARACIÓN DE LAS OFERTAS:

Para que una propuesta pueda ser tenida en cuenta por EL MUNICIPIO como elegible deberá contener todos y cada uno de los siguientes documentos ya que son el pilar de la comparación entre las mismas:

(...)

- Análisis de precios unitarios completos así su cantidad sea cero, los cuales deberán estar absolutamente de acuerdo con los términos de referencia o los cambios establecidos en los adendos o cartas de aclaraciones, cualquier cambio en cantidades, unidades o especificaciones serán causal suficiente para rechazar la oferta ya que no las hará comparables con las demás. Los análisis de precios unitarios serán base fundamental para el análisis que realice EL MUNICIPIO previo a la negociación que se tenga con el (los) proponentes llamados según el orden de elegibilidad. Los precios artificialmente bajos o altos también serán causal de descalificación de la propuesta. El Contratista deberá ser explícito en que dentro del valor de los insumos están incluidos los impuestos del I.V.A., y si no lo hace EL MUNICIPIO no reconocerá ninguna reclamación posterior.

(...)

- Presentación de los análisis del factor prestacional y composición del A.I.U.

#### DESCALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS

Las propuestas serán descalificadas en los siguientes casos:

1. Cuando no se ajuste a los pliegos de condiciones: Una propuesta no se ajusta a los pliegos de condiciones cuando carece de alguno de los documentos señalados bajo los títulos "Documentos integrantes de la oferta" ítem 11, "Requisitos de Calificación de proponentes" ítem 14 y "Documentos indispensables para la comparación de las ofertas" ítem 30; se compruebe inexactitud en su contenido o no cumpla lo estipulado para cada uno de ellos.

(...)

8. Cuando exista confusión o falta de claridad en los aspectos fundamentales de la propuesta o esta no se ajuste a las especificaciones establecidas en este pliego de condiciones.

6.3 La propuesta presentada por el Consorcio Navais–Marta (copia auténtica, f. 64, c.2), comprendía lo siguiente:

#### MUNICIPIO DE LA CALERA

#### ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS

OBRA: Licitación Pública n.º 003 de 1996 para la pavimentación en concreto de vías urbanas. Fecha: Nov 26/96. Ítem 1: Replanteo. Unidad: m2

##### 1. EQUIPO

Descripción Vr. Unitario	Marca	Tipo	Tarifa H	Rendi	
Equipo de Topografía	Kern	DKM2	10000	50	200
Campero 250	Nissan				
SUBTOTAL					450

##### 2. MATERIALES

Descripción Cant.	Vr. Parcial	Unidad	Precio	unitario
Estacas 7		Global		
Puntillas 3		Global		
Pintura		Global		3
SUBTOTAL				13

##### 3. TRANSPORTE

Descripción Vr. Parcial	Vol o Peso	Distancia	M2 o Ton/Km	Tarifa
Estacas				
Puntillas				
Pintura				

##### 4. MANO DE OBRA

<i>Descripción Rend.</i>	<i>Jornal Vr. Parcial</i>	<i>Prestac.</i>	<i>J/Total</i>	
<i>Topógrafo 100.00</i>	<i>15000</i>	<i>15000</i>	<i>30000</i>	<i>300</i>
<i>Cadenero Primero 66.67</i>	<i>10000</i>	<i>10000</i>	<i>20000</i>	<i>300</i>
<i>Cadenero Segundo 60.00</i>	<i>9000</i>	<i>9000</i>	<i>18000</i>	<i>300</i>
<i>Estaquero 46.67</i>	<i>7000</i>	<i>7000</i>	<i>14000</i>	<i>300</i>
			<i>SUBTOTAL</i>	
<i>273.33</i>			<i>TOTAL COSTO</i>	<i>DIRECTO</i>
<i>736.33</i>				
<i>5. COSTOS INDIRECTOS</i>				
<i>Descripción</i>			<i>%</i>	<i>Vr.</i>
<i>Total</i>				
<i>Administración</i>				<i>20%</i>
<i>147.27</i>				
<i>Imprevisto</i>				<i>5%</i>
<i>36.82</i>				
<i>Utilidad</i>			<i>5%</i>	
<i>36.82</i>				
			<i>SUBTOTAL</i>	
<i>220.90</i>				
			<i>PRECIO UNITARIO TOTAL</i>	
<i>957</i>				

*FIRMA DEL PROPONENTE*

6.4 La descripción de los porcentajes por costos indirectos (administración: 20%; imprevistos: 5%; utilidad: 5%) que se acaban de transcribir, son idénticos a los que se incorporaron en el "ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS" de los demás conceptos que se involucraban en la propuesta, esto es "ITEM 2: Excavación a máquina"; "ITEM 3: Sub-base con geotextil"; "ITEM 4: Sub-base"; "ITEM 5: Instalación concreto 3000 PSI"; "ITEM 6: Instalación concreto 3500 PSI"; "ITEM 7: Instalación sardinel 2500 PSI"; "ITEM 8: Junta transversal 0=5/8"; "ITEM 9: Junta longitudinal 0=5/8"; "ITEM 10: Anden tableta gres y concreto H:1.5 M" (copia auténtica, f. 65-73, c.2).

6.5 El representante del consorcio que estaba integrado por quienes obran como actores en este proceso, expresó que el valor del impuesto del 5% se entendía incorporado dentro del valor total de la oferta. Así, el 16 de diciembre de 1996, mediante comunicación escrita dirigida a la entidad (f. 121 - 122, c. 12), expresó:

1. *Vemos con absoluta sorpresa que a cuatro de los siete licitantes se nos descalifica en la evaluación jurídica por no cumplir con lo enunciado en el ITEM 6.4 del literal b) de la sección II volumen I de los pliegos y demás concordantes. Consideran ustedes como un imposible legal continuar calificando nuestras propuestas por no incluir en el A.I.U. el 5% del impuesto Ley 104 – 93. No estamos de acuerdo nosotros con esta posición asumida considerando que no es objetiva por no estar dentro de las reglas de escogencia siendo factible que a su debido momento se solicitara aclaración si el contratista estaba asumiendo o no los impuestos dentro de su utilidad neta.*

2. *Es claro para nosotros y así lo permiten las especificaciones técnicas (ITEM 12.30 literal B Sección II Vol I de los pliegos) en donde se dice textualmente: “En la preparación de las ofertas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos y retenciones (incluido IVA), derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, SI NO EXPLÍCITA LA OFERTA SE ENTENDERÁN INCLUIDOS EN EL PRECIO DE LA MISMA, por lo tanto el MUNICIPIO DE LA CALERA no aceptará reclamaciones posteriores”.*

3. *Consideramos que los calificadores de la licitación no han tenido en cuenta que según el tercer párrafo del ITEM 12 literal B volumen 1 de los pliegos, el valor del llamado impuesto de guerra está implícito en el precio total de la oferta y por tanto, NO PUEDEN descalificarnos por este hecho. Entendemos que al aceptar nosotros que asumimos el 5% del impuesto Ley 104 – 93 las propuestas podrán continuar siendo evaluadas y con seguridad encontrarán propuestas más favorables...*

6.6 En el transcurso de la audiencia pública de adjudicación del 18 de diciembre de 1996 (f. 103 – 122, c. 12), en relación con la imputación del 5% del impuesto de guerra al 5% de utilidades, el representante del consorcio expresó que no estaba proponiendo tal cosa, sino que el referido impuesto se debía entender disgregado en los precios que servían de base para el A.I.U.:

*Con el uso de la palabra el Dr. ALVARO ESCOBAR, manifiesta: Con profunda pena voy a ver precisado (sic), pues no lo he entendido con profunda pena (sic) tendré que contradecirle en el sentido que el Consorcio Navais-Marta sí hizo análisis del A.I.U., hizo análisis de Administración, Utilidades e Imprevistos, dentro del cual no cabe ningún impuesto, que sería ilógico incluir en las utilidades el impuesto, incluir en la Administración el impuesto e incluirlo en los imprevistos, el impuesto se entiende disgregado en los precios que le sirven de base al análisis del A.I.U. ahí está disgregado según y de acuerdo con el numeral de los pliegos, el Consorcio Navaias-Marta ahí incluyó el impuesto y por eso no va a cobrar un peso más de lo que está ofrecido en su propuesto y decir ahora que no hay análisis del A.I.U. en la oferta Navais-Marta, me disculpa Dr. pero no se ajusta a la realidad.*

*Con el uso de la palabra el señor Alcalde, le responde: Le voy a hacer la siguiente claridad y gracias por su intervención porque ha sido muy clara para este despacho, por una razón, el municipio no ha dicho que no hay análisis del A.I.U., presente sí está el análisis del A.I.U. y en ninguno de ellos analiza los impuestos y lo suyo porque ratifica la posición del municipio, en este sentido usted dice que entonces el*

*impuesto está disgregado entre los demás precios que sirven de base al cálculo del A.I.U., mucho más porque la Administración fue muy clara en la audiencia de alcances que debía ser analizado específicamente el 5%, muchas gracias.*

### **III. Problema jurídico**

7 El análisis que a continuación adelantará la Sala habrá de absolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿se entienden incorporados dentro de la propuesta los valores que correspondía asumir al proponente por concepto del impuesto de guerra? (ii) ¿es válida la decisión de la entidad de descalificar al proponente? (iii) ¿están llamadas a prosperar las pretensiones indemnizatorias de los demandantes?

### **IV Análisis de la Sala**

8 La Sala estima, de acuerdo con lo dispuesto en el último inciso del numeral 12 del pliego de condiciones, que los actores, al abstenerse de discriminar expresamente el 5% del impuesto de guerra en la propuesta presentada a la entidad, lo incorporaron tácitamente dentro del precio total.

8.1 El pliego de condiciones constituye una parte fundamental para la conformación del contrato estatal, pues comprende, entre otras cosas, las exigencias que habrán de cumplir los proponentes. Al respecto, la Sala ha expresado:

*El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Es por esto que el pliego de condiciones -incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes... el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista, quien debe*

*acogerse estrictamente a sus reglas para proponer los costos del proyecto, los plazos de su ejecución, pero también, como resulta obvio, para calcular su utilidad o remuneración que, en últimas constituye el móvil que lo lleva a contratar y, de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación, toda vez que muchas de sus precisiones y previsiones se convierten en verdaderas cláusulas contractuales, las cuales permiten determinar los aspectos que llevaron a las partes a formalizar el acuerdo de voluntades y, sobre todo, han de ser útiles al momento de establecer el alcance de sus obligaciones o prestaciones, incluyendo los aspectos de índole técnico, económico y financiero. Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual, es decir, en qué condiciones y alcances se pactó la equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes, pues sólo a partir de su conocimiento es posible determinar si durante su ejecución la economía del contrato sufrió variaciones, como consecuencia de la modificación de sus presupuestos y de esta manera acudir a su restablecimiento<sup>1</sup>.*

8.2 Frente al pliego de condiciones, los interesados en obtener la adjudicación del contrato presentan sus propuestas, las cuales serán analizadas por parte de la entidad para evaluar si se allanan a lo exigido en el pliego; en el supuesto en que la respuesta sea negativa se deberán descalificar y si es positiva, se continuará con el estudio para definir a quién se adjudicará el contrato. En relación con la naturaleza jurídica de la propuesta, ha expuesto la Sala:

*Sobre la naturaleza jurídica de la propuesta que se formula por el particular interesado en la invitación de la administración, los estatutos contractuales y particularmente los pliegos de condiciones señalan los requisitos y formalidades que ésta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc., y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de condiciones. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias... la presentación de la oferta (acto jurídico del proponente) traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente, el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente n.º 15475, C.P. Mauricio Fajardo

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 2000, Expediente: 10399, Actor: CEM Ltda. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos

8.3 Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*”<sup>3</sup>– y medieval –“*in claris non fit interpretatio*”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“*Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.*” “*Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.*”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“*El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...*”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final

---

<sup>3</sup>D.32, 25,1 PAULO.

del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

8.4 En el caso concreto, la Sala considera, exclusivamente desde la perspectiva de una interpretación literal o gramatical de los pliegos y de la propuesta, que la falta de discriminación del impuesto de guerra no era razón suficiente para descalificar la propuesta de los actores, puesto que el mismo pliego, en el último inciso del numeral 12, indicaba que ante esa situación se entendía incluido ese ítem en el precio total de la oferta. El texto disponía que: *“el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos y retenciones (incluido el I.V.A.), derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato”*, puesto que *“si no es explícita la oferta se entenderán incluidos en el precio total de la misma, por lo tanto el MUNICIPIO DE LA CALERA no aceptará reclamaciones posteriores”*. Además, el numeral 30 del pliego de condiciones indica que: *“el Contratista deberá ser explícito en que dentro del valor de los insumos están incluidos los impuestos del I.V.A., y si no lo hace EL MUNICIPIO no reconocerá ninguna reclamación posterior”* –párrafo 6.2–.

9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>, denominada interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –*“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius*

---

<sup>4</sup> En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: *“Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”*. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”*. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prescribe: *“Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...”* *“Artículo 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.”* *“Artículo 258.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”*

*proposita iudicare vel respondere*<sup>5</sup>-. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos<sup>6</sup>.

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto, razón por la cual la interpretación del inciso final del numeral 12 debe hacerse de acuerdo con las distintas partes del pliego, especialmente, con el numeral denominado “DESCALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTA”, incorporado sin numeración alguna dentro de los pliegos, con posterioridad al numeral 30, y en cuyo numeral octavo se especificaba que las propuestas serían descalificadas cuando *“exista confusión o falta de claridad en los aspectos fundamentales de la propuesta o esta no se ajuste a las especificaciones establecidas en este pliego de condiciones”*.

9.2 En el caso concreto, acerca de uno de los aspectos fundamentales de la propuesta, el representante del consorcio, de forma confusa, con falta total de claridad y desapego a las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones, en desarrollo de la audiencia de adjudicación del 18 de diciembre de 1996 –párrafo 6.6–, luego de que había pedido en carta del 16 de diciembre de 1996 –párrafo 6.5– la oportunidad de explicar si el 5% del impuesto de guerra se debía entender imputado a la utilidad neta, expresó que *“sería ilógico incluir en las utilidades el impuesto, incluir en la Administración el impuesto e incluirlo en los imprevistos, el impuesto se entiende disgregado en los precios que le sirven de base al análisis del A.I.U.”*

9.3 Contrario a lo que afirma el representante mencionado, en la propuesta se evidencia que el impuesto no estaba *“disgregado”* en parte alguna, en tanto que no había ninguna expresión sobre el particular en el texto –párrafos 6.3 y 6.4–. El intento de justificar la omisión del proponente con base en la explicación transcrita, no hace cosa diferente que ensombrecer cualquier atisbo de claridad de la propuesta e implica una indiscutible desatención de las exigencias que en este tipo de casos deben cumplir los proponentes. En múltiples partes del pliego se requiere el análisis y composición del A.I.U., como lo reclama justamente la

---

<sup>5</sup>D.1,3,24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

entidad al invocar “los ítems 12 sección II literal B, volumen I, el ítem 30 de este (sic) así el ítem 12 de la sección III del mismo volumen 1” –párrafos 6.1 y 6.2–. Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, la propuesta que se analiza en el caso concreto no es válida ni eficaz, en tanto que no se ajusta formal, ni materialmente al pliego de condiciones, ni cumple con sus exigencias<sup>7</sup>.

9.4 En ese orden de ideas, asistiría la razón a la entidad al plantear que la asunción del impuesto del 5% dentro del valor total de la propuesta, conllevaba el riesgo de que más adelante el proponente pidiera un reajuste del equilibrio económico o financiero del contrato con base los artículos correspondientes de la Ley 80 de 1993<sup>8</sup>. En efecto, la supuesta “disgregación” del 5% del impuesto de

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 2000, Expediente: 10399, Actor: CEM Ltda. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos

<sup>8</sup> “Artículo 4. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: ... 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato ... 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios ... 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”. “Artículo 5. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas: 1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”. “Artículo 14.- Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (...).” “Artículo 25.- En virtud de este principio [economía]: ... 14 Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos

guerra en los precios de cada uno de los ítems que comprendía la propuesta, arrojaba dudas acerca de los precios individualmente considerados. Teniendo en cuenta que lo explicitado en la oferta para cada ítem no correspondía con certeza al precio, sino que se le debía deducir el 5% del impuesto de guerra, y no se especificaba a cuáles ítems se les deducía y a cuáles no, en qué porcentaje para unos y en cuál para otros, la Sala concluye que la confusión y falta absoluta de claridad en relación con este aspecto fundamental del proceso de licitación era evidente. Tal y como la jurisprudencia de la Sala lo ha establecido, la decisión tomada por la entidad de declarar desierto el proceso de licitación pública, en cuanto hace referencia a la propuesta de quienes ahora obran como actores en esta causa judicial, tiene sustento suficiente por que se presentaron motivos o circunstancias en la propuesta, en cuanto concernía a la indeterminación de los precios, que hacían imposible cumplir con una selección objetiva<sup>9</sup>.

9.5 Al respecto, la Sala observa que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 los contratistas tienen derecho a la reparación del equilibrio económico del contrato cuando quiera que se presente un cambio respecto de las condiciones originarias de contratación. Lo anterior podría haber afectado a la entidad en el supuesto caso de que se hubiera adjudicado a quienes ahora actúan como actores, porque en tanto que no había certeza acerca del valor de cada uno de los conceptos involucrados en la propuesta, fácilmente los actores habrían podido imputar su falta de utilidades a fenómenos que supuestamente hubieran alterado la ecuación, a mayor onerosidad o a modificación del valor intrínseco. Es decir, sin un punto de partida claro e inequívoco en la propuesta en relación con los precios, no es posible establecer el equilibrio económico o financiero que se debe mantener y la

---

*en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados". "Artículo 27.- En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derecho y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate".*

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente n.º 24715 y otros acumulados, C.P. Ruth Stella Correa

entidad corre el riesgo de que cualquier evento sea alegado para pretender compensaciones o indemnizaciones.

10 A pesar de que en la demanda se invoca, tampoco resultaría un argumento válido para la prosperidad de las pretensiones de los demandantes el principio de conservación de las declaraciones de voluntad –“*res magis valeat quam pereat*”<sup>10</sup>– debidamente consagrado en el Código Civil<sup>11</sup>.

10.1 Al respecto, Savigny indicaba que “*las manifestaciones de voluntad dudosas deben interpretarse de manera que el negocio jurídico pueda mantenerse y no de manera que pierda efecto*”<sup>12</sup>, razón por la cual el principio referido constituye “*un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que utilitatis causa, deben escapar a las razones de invalidez, rescisión o de resolución*”<sup>13</sup>.

10.2 Lo anterior no significa, en forma alguna, que en todos los escenarios y a como dé lugar haya de considerarse que el objeto sometido a interpretación es válido, puesto que eso significaría, ni más ni menos, que jamás habría lugar a declarar la inexistencia, invalidez o ineficacia de un acto jurídico; claramente, en casos como el que ahora se estudia, las entidades estatales podrán válidamente descalificar la propuesta, puesto que no es posible encontrar una interpretación que le permita producir efectos jurídicos, dado que la propuesta incumplía con las exigencias del pliego.

11 La Sala adelantará un análisis ulterior en consideración a que en la comunicación del 16 de diciembre de 1996 –párrafo 6.5–, el proponente sugirió como hipótesis, también planteada por parte de la entidad, que el impuesto de guerra se asumía con el porcentaje que tenía destinado a utilidades. Así, dado que el impuesto de guerra era del 5% y que la utilidad presentada en la propuesta

---

<sup>10</sup>D.34,5,12(13) JULIANO; Siempre que en las acciones o en las excepciones es ambigua una oración, es lo más conveniente que el caso se entienda de modo que sea más bien válida, que no perezca la cosa de que se trata.

<sup>11</sup> “Artículo 1620.- *El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.*”

<sup>12</sup>F. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Vol II. (Trad. Giovanni PACCHIONI) Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1915, p. 176

<sup>13</sup> F. MESSINEO, (Trad. R. FONTANARROSA y otros), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 116.

ascendía al 5%, ante la falta de discriminación específica del impuesto en la propuesta, se entendía que éste último se imputaba a las utilidades netas, razón por la cual la utilidad sería del 0%.

11.1 La Sala considera que una propuesta puede comprender válidamente utilidades por un 0%. La Ley 80 de 1993, en su artículo 3, respecto de la finalidad de la contratación estatal y del papel de los particulares frente a ella, establecía en el inciso 2º, vigente al momento de los hechos que dan lugar a este proceso, que *“los particulares... tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal implica obligaciones”*.

11.2 Se aprecia que la obtención de utilidad por parte de un contratista es un derecho renunciable en los términos del artículo 15 del Código Civil, en tanto que atañe exclusivamente al ámbito de sus intereses individuales y su renuncia no está prohibida<sup>14</sup>. No es posible aceptar que el reconocimiento del derecho a una utilidad sea considerado como una norma de derecho imperativo donde estén interesados el orden y las buenas costumbres en los términos del artículo 16 del Código Civil<sup>15</sup>, puesto que hace parte de la iniciativa particular y de la órbita propia de su autonomía, determinar cuáles son los beneficios que el contratista habrá de obtener por la explotación de una actividad económica, o decidir, simplemente, que no obtendrá utilidad monetaria alguna.

11.3 No se debe confundir jamás lo que se acaba de señalar en relación con la utilidad, con la falta del elemento esencial del contrato denominado precio, puesto que en el asunto *sub judice* claramente precio hay, y consiste en el valor que el proponente pretendía recibir como contraprestación por la construcción de la obra, esto es \$162 775 090,20 (f. 5, c.11). Otra cosa es la forma como dentro de su empresa se hubieren organizado los actores para recibir o dejar de recibir utilidades, es decir, ganancia, provecho o excedente sobre el precio recibido, lo cual constituiría más bien un elemento accidental del contrato<sup>16</sup>. Es tan claro lo

---

<sup>14</sup> “Art. 15.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

<sup>15</sup> “Art. 16.- No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

<sup>16</sup> Código Civil “Art. 1501.- Se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un

anterior, que en la actualidad la expresión referida –“*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*”– fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, sin que se afectara en forma alguna la estructura del contrato estatal ni sus elementos esenciales.

11.4 Además, se debe considerar que los contratistas cumplen una función social al celebrar un contrato estatal, razón por la cual es necesario analizar el significado del término “*función social*” cuando se predica de la actividad de los contratistas del Estado. Seguramente, el primero que se advierte, es el de contar con su colaboración y ayuda, más allá de cuanto estrictamente deben; el segundo consiste en el cumplimiento de lo que le es propio para la correcta marcha de sus obligaciones contractuales y para el beneficio final del conglomerado social. Así, cuando se habla de función social en el primer sentido, el énfasis se hace sobre la idea de solidaridad<sup>17</sup>, mientras que en el segundo, se hace sobre el desarrollo de los roles o papeles que cada uno desempeña dentro del marco de la sociedad<sup>18</sup>. Ha dicho la Corte Constitucional sobre la función social de los contratos:

*Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (CP arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato -trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas- a través de las cuales ellas se expresan ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse...”<sup>19</sup>*

11.5 Así, desde cualquiera de las perspectivas presentadas, los particulares pueden interesarse en la celebración de contratos con el Estado, allende de la

---

*contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.*

<sup>17</sup> Constitución Política “Artículo 95.- (...) Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

<sup>18</sup> Una forma de ejemplificar de manera simple la diferencia podría ser la siguiente: a propósito de catástrofes naturales y eventos terroristas, y las consecuencias nefastas que provocan, se habla de función social en la primera acepción, cuando una compañía o un grupo de personas, hacen donaciones, programan ayudas, prestan servicio, etc., para atender tales sucesos; mientras que se hablará de función social, en la segunda acepción, respecto de las aseguradoras y reaseguradoras, quienes, habiendo cubierto tales riesgos, ante la ocurrencia del siniestro, proceden con el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias y compensatorias.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

obtención de utilidades, por la función social que les representa, en tanto que a través del contrato estatal, hacen funcionar su empresa, generan empleo, colaboran con el Estado, adquirieren experiencia o prestigio, etc. En todo caso, la obtención de utilidad particular es un derecho al cual el contratista puede renunciar válidamente.

11.6 En ese orden de ideas, si se hubiera considerado que el impuesto se deducía de las utilidades y que la ganancia ascendía al 0%, la propuesta habría podido ser considerada válida en tanto que habría claridad acerca del rubro al cual se imputaría el impuesto y los precios de los ítems ofrecidos no arrojarían duda ni confusión alguna.

12 No obstante, incluso en ese escenario, las pretensiones de los demandantes no estaban llamadas a prosperar, puesto que la indemnización que se debe reconocer a un proponente cuando se frustra de manera ilegal su oportunidad de ser adjudicatario de un contrato estatal, asciende a la utilidad o ganancia que había proyectado dentro de su propuesta.

12.1 La jurisprudencia de la Sección Tercera ha expuesto sobre el particular:

*La Sala, con fundamento en lo expuesto en precedentes providencias, considera que el perjuicio material que padece el sujeto privado injustamente del derecho a ser adjudicatario, está definido a partir de la utilidad proyectada en su propuesta. En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato (I) y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U)<sup>20</sup>.*

12.2 La cuantificación de los perjuicios corresponde a la utilidad esperada que se incluyó dentro de la propuesta, en el entendido de que si el fundamento de la

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, exp. n.º 15963, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido, en sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. n.º 14287, C.P. Mauricio Fajardo Gómez: "Acerca del "quantum" de la utilidad que debe reconocerse al contratista que fue privado injustamente de la ejecución del contrato, la jurisprudencia actual de la Sala ha determinado que debe ser pleno, es decir el 100% del valor de la utilidad o lucro cesante que esperaba y tenía derecho a recibir".

responsabilidad es reparar el daño causado y llevar al damnificado al mismo lugar en que se encontraría de no haberse producido la actuación ilegal de la entidad, resulta procedente reconocer la totalidad de dicha ganancia proyectada por el mismo contratista<sup>21</sup>. Así, la ganancia o provecho que esperaban los demandantes de haber sido los adjudicatarios, es decir el lucro cesante<sup>22</sup>, se limitaba precisamente sólo a la utilidad, la cual, en el asunto *sub judice* sería 0%.

13 En conclusión, bien sea que el impuesto de guerra del 5% se hubiera imputado a una supuesta y confusa “*disgregación*” en los diferentes precios que conformaban la propuesta, o que se hubiera asumido con la utilidad proyectada del 5%, las pretensiones de los actores en el asunto *sub judice* están llamadas a ser desestimadas.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 19 de abril de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sala de Decisión, Sección Tercera, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE**

**Danilo Rojas Betancourth**

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de noviembre de 2002, exp. n.º 13792; 29 de mayo de 2003, exp. n.º 14.577.

<sup>22</sup> Código Civil, “Artículo 1613.- *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de hacerse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...*”. “Artículo 1614.- *Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haber cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”.

Presidente

**Stella Conto Díaz del Castillo**