

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - De acto administrativo que declaró desierta licitación pública expedido por Gobernador de la Guajira / PROPONENTE - Avila Limitada / LICITACION PUBLICA - Objeto construcción de la Biblioteca Departamental del Municipio de Riohacha / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Caducidad / CADUCIDAD - De acto de declaratoria de desierta licitación pública / CADUCIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO PROFERIDO ANTES DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO - Término. Debe impugnarse dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE ACTO PRECONTRACTUAL - Su interposición no interrumpe proceso licitatorio / IMPUGNACION DE ACTO PRECONTRACTUAL - No interrumpe interposición de acciones. Ley 446 de 1998 artículo 32

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de declaratoria de desierta de la licitación pública, la Sala observa que para la época de la expedición de la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo ya había sido objeto de modificación por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 (...) De la anterior previsión legislativa se desprende que al control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, puede accederse mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo para el efecto un término de caducidad de 30 días que se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el acto se comuniqué, notifique o publique, según el caso. En el asunto de autos, a través de la Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, el Departamento de la Guajira dio por terminada la licitación pública No. 001 de 1999 y, por tanto, el plazo de caducidad a observar para controvertir la legalidad del acto administrativo así proferido es el de treinta (30) días a que alude la norma en cita y no el de cuatro meses como lo sugiere el recurrente. **NOTA DE RELATORIA:** Referente al término de caducidad de actos precontractuales expedidos con ocasión de la actividad contractual, consultar sentencia de 29 de junio de 2000, Exp. 16602, MP. María Elena Giraldo Gómez

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32

CONTABILIZACION DEL TERMINO DE CADUCIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Los plazos de días se computan según el calendario / DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Se interpuso oportunamente

Despejada entonces cualquier inquietud respecto del término de caducidad que debe aplicarse para controvertir la legalidad de la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, se tiene que dicho término debe contabilizarse de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, en cuanto establece que: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil". De acuerdo con esa previsión legislativa se encuentra establecido en el caso concreto que la Resolución demandada fue comunicada al demandante mediante oficio recibido el 13 de octubre de 1999 por lo cual se impone concluir que en cuanto la demanda se presentó el 25 de noviembre de 1999, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue ejercida

oportunamente, toda vez que los treinta (30) días previstos en la ley para que operase la caducidad de la acción vencían el día 29 de noviembre de 1999.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL - ARTICULO 62

PODERES - Otorgados por demandada y llamado en garantía / PODER OTORGADO POR LLAMADO EN GARANTIA - Requería precisar con claridad asunto para el cual se confirió poder / PODER DEL LLAMADO EN GARANTIA - Erróneamente se anotó que se otorgó para representar a entidad demandada / PODER DEL LLAMADO EN GARANTIA - Otorgado para impugnar condena impuesta por el a quo / PODER DEL LLAMADO EN GARANTIA - Imprecisión del poder constituye defecto de forma que no puede desconocer el derecho de acceso a la administración de justicia de toda persona

Acerca del poder otorgado por el señor GAMEZ HINOJOSA, la Sala encuentra que de acuerdo con lo señalado en el artículo 65 del C. de P.C., aplicable según las previsiones del artículo 267 del C.C.A., se exige que en los poderes especiales se determine con claridad el asunto para el cual se confiere el respectivo mandato, de tal modo que no pueda confundirse con otro. Si bien es cierto que en el mencionado poder se indicó que el poder se otorgaba para que “represente a la entidad demandada”, lo cual sin lugar a dudas no corresponde con la calidad procesal de llamado en garantía con fines de repetición que ocupa en el proceso el señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA, no es menos cierto que tal manifestación no crea confusión acerca del asunto para el cual se otorgó el mandato, ya que no existe duda que el poderdante se encuentra vinculado al proceso como llamado en garantía con fines de repetición y que el fin del recurso interpuesto por su apoderado no es otro que el de impugnar la condena impuesta por el Tribunal a quo, tal y como se señala en el escrito presentado por el aludido apoderado judicial el 8 de octubre de 2002. (...) para la Sala la imprecisión contenida en el poder presentado constituye un defecto de orden formal que de manera alguna puede desconocer el derecho que le asiste a toda persona para acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Sin duda, rechazar la apelación presentada por el señor GAMEZ HINOJOSA, cuando se encuentra absolutamente clara la calidad en la cual fue vinculado a este proceso y por la cual impugna la decisión de primera instancia – llamado en garantía- traería el efecto perverso de incurrir en una “frustración ritual del derecho” o “exceso ritual manifiesto”, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renunciando conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, de lo cual se derivaría una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial. Además es obvio que si el poderdante no representa a la entidad demandada sino que es su llamado en garantía, mal podría aceptarse como lógico que pudiese otorgarle poderes en nombre de ella.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 62 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229

PODER OTORGADO POR GOBERNADOR DE LA GUAJIRA - Aportó acto administrativo que acreditó calidad de gobernador en copia auténtica / COPIA AUTENTICA - Valor probatorio por estar suscrito original por Secretaría General de la Gobernación de la Guajira

Sobre el poder aportado por el apoderado del Departamento de la Guajira consideró que el acto administrativo aportado por el Gobernador encargado no era idóneo para demostrar la facultad legal para conferir poder. (...) en cuanto al acto administrativo por medio del cual se acreditó la calidad de Gobernador encargado de la Guajira respecto del doctor ALEX CORONADO FELIZZOLA, considera la Sala que se trata de una copia auténtica, con valor probatorio, toda vez que se encuentra suscrita en original por el Secretario General de la Gobernación de la Guajira.

PRUEBAS - Valor probatorio de las aportadas al proceso / VALOR PROBATORIO - De las copias auténticas y simples / COPIAS SIMPLES - Requisitos

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad. Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

DOCUMENTO PUBLICO - Expedido por funcionario de esa naturaleza se presume auténtico y tiene valor probatorio / DOCUMENTO PRIVADO - Requisitos

El documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C. De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v)

cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCION CONTRACTUAL - La administración pública debe seleccionar a contratista con sujeción a los procedimientos reglados y preestablecidos en la ley / ETAPAS Y ACTUACIONES EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCION DE CONTRATISTAS PARTICULARES - Regulación legal

En atención a los principios de igualdad, imparcialidad, selección objetiva, transparencia, moralidad, economía y, naturalmente, libre concurrencia, entre muchos otros de importancia, la regla general enseña que la Administración Pública debe seleccionar a sus colaboradores particulares o mejor a sus contratantes privados –entiéndase a sus contratistas– con estricta sujeción a los procedimientos reglados o preestablecidos en las leyes y reglamentos, ello en orden a asegurar la consecución de los fines de la contratación estatal y en especial la satisfacción del interés general que se encuentra inmerso en toda la actividad contractual de las entidades estatales. (...) El artículo 30 de la Ley 80, expedida en el año de 1993 –norma aplicable al caso concreto en examen–, se ocupó de regular con detalle las diferentes etapas y actuaciones que en definitiva integran el procedimiento administrativo de selección de los contratistas particulares, cuya observancia resulta imperativa para las entidades estatales cada vez que pretenden la celebración de un contrato. Así pues, según la norma legal en cita, cuando una entidad estatal requiere escoger a un contratista privado, debe recorrer la ruta que en términos generales está conformada por las siguientes actuaciones, sin perjuicio, claro está, de acudir a la aplicación de disposiciones especiales que se ocupen del tema, cuando a ello haya lugar.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30

DECISION DE ADJUDICACION EN PROCESO DE SELECCION CONTRACTUAL - Siempre debe recaer sobre oferta más favorable / OFERTA MAS FAVORABLE - Debe efectuarse de manera objetiva según lo consignado en pliego de condiciones / DECISION DE ADJUDICACION O SELECCION - Genera efectos vinculantes y mutuamente obligatorios para las partes

Los procedimientos administrativos de selección contractual, en línea de principio, deberían concluir o terminar con la adopción de la correspondiente adjudicación o selección, que siempre deberá recaer sobre la oferta más favorable, escogencia que obligatoriamente debe efectuarse de manera objetiva, para cuyo propósito resulta indispensable entonces que la evaluación comparativa de las propuestas se realice con estricta y rigurosa sujeción tanto a los factores o criterios de selección como a su ponderación precisa, detallada y concreta, todo según lo consignado previamente en el correspondiente pliego de condiciones. La decisión de adjudicación o de selección, que por regla general es irrevocable, genera efectos vinculantes y mutuamente obligatorios para la entidad estatal contratante y para el oferente particular adjudicatario o seleccionado, sea singular o plural; precisamente por su generalizada característica de irrevocabilidad, por lógica elemental, ese acto administrativo no admite recursos en la vía gubernativa, tal como lo precisa de manera expresa el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77

DECLARATORIA DE DESIERTA DE LICITACION - No se eligió propuesta presentada por la Sociedad Avila Limitada / LICITACION PUBLICA - Declarada desierta / DECLARATORIA DE DESIERTA DE LICITACION - Causales / DECISION ADMINISTRATIVA DE DECLARATORIA DE DESIERTA DE LICITACION - Reglada. Regulación legal. Decreto ley 222 de 1982 artículo 42

La decisión de declarar desierto un procedimiento administrativo de selección contractual –dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico–, también se encuentra debidamente reglada y, por tanto, a su adopción sólo podrá procederse cuando se configuren las causales o hipótesis fácticas previstas expresamente en las normas vigentes para el efecto (...) al puntualizar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultad legal para declarar desierto una licitación por razones diferentes a las expresamente señaladas en la ley, se reafirma que en todas aquellas circunstancias en las cuales no se configure un específica causal de declaratoria de desierto, la entidad estatal competente debe efectuar la adjudicación a la oferta más favorable, tal como lo ha puesto de presente la Jurisprudencia de esta Sala (...) A propósito del carácter eminentemente reglado de la decisión administrativa de declaratoria de desierto y de las causales que las normas legales han consagrado para su procedencia, conviene hacer un examen comparativo de las normas actualmente vigentes en relación con lo que al respecto prescribía el anterior Estatuto de Contratación Administrativa, para evidenciar la magnitud del cambio o de la modificación legislativa que en esa materia se produjo a partir del año de 1993.

FACULTAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Para declarar desierta licitación a través de acto administrativo motivado

La Administración Pública no sólo contaba con facultades legales para declarar desierto uno de los procedimientos administrativos de selección contractual sino que se encontraba en el deber de hacerlo siempre que se presentara uno cualquiera de los eventos contemplados en alguno de los cinco (5) numerales que integraban la norma. Esa facultad-deber, en cuanto comportaba –al igual que lo sigue comportando en la actualidad– la expedición de un acto administrativo y en consecuencia, por definición, el ejercicio de una potestad que ha sido directa y expresamente atribuida por la ley, también le imponía –como en la actualidad le sigue imponiendo– a la entidad pública contratante la carga de motivar, de manera real, clara, completa y suficiente las razones de su decisión. No obstante lo anterior, en cuanto el inciso final de la norma transcrita no incluyó de manera expresa a los casos del numeral 5º para efectos de exigirle el deber de que la declaratoria de desierto se tuviere que realizar “mediante resolución motivada”, surgieron interpretaciones doctrinales encaminadas a sostener que las entidades públicas contratantes habrían quedado legalmente relevadas del deber de motivar esa clase de actos administrativos cuando la correspondiente declaratoria de desierto se hubiere proferido porque “... las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante”, razón por la cual, frente a regulaciones similares, la Sala precisó que en esos casos también debía motivarse de manera clara el acto respectivo, por la sencilla pero suficiente razón de que las entidades contratantes se encuentran en el deber de explicar suficientemente el fundamento de sus decisiones, en esos casos referidos a la inconveniencia predicada respecto de cada propuesta.

CAUSALES DE DECLARATORIA DE DESIERTA - La ley 80 de 1993 redujo a una las cinco establecidas en el Decreto ley 222 de 1983 / ACTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACION DE DESIERTA DE UNA LICITACION - Según Ley 80 de 1993 debe ser motivado

De las cinco causales establecidas en el Decreto-ley 222 de 1983, la Ley 80, expedida en el año de 1993, según los términos del numeral 18 de su artículo 25, redujo las causales de declaratoria de desierta a una sola que recoge todas las hipótesis en las cuales resulte imposible efectuar la escogencia de manera objetiva, al tiempo que determinó de manera imperativa que en el correspondiente acto administrativo deben consignarse, de forma expresa y detallada, las razones que hubieren conducido a la respectiva declaratoria de desierta (...) al ocuparse de regular la declaratoria de desierta de los procedimientos de selección contractual, la Ley 80 precisó i) que el acto administrativo que contenga la declaración de desierta de una licitación debe estar motivado, en todos los casos, de una manera precisa y detallada, y ii) que la motivación del acto debe fundarse únicamente en motivos o causas que impidan la escogencia objetiva. Ahora bien, resulta pertinente señalar que al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 222 DE 1983 / LEY 80 DE 1993 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Debe concretarse en las reglas para la escogencia objetiva del contratista

El principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de Contratación Estatal y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. En este sentido, todo lo que de manera concreta se regule, se consigne y se exija en el correspondiente pliego de condiciones acerca de la evaluación de las propuestas, resulta especialmente importante y exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, porque sólo así será posible cerrarle el paso a toda decisión arbitraria o caprichosa e incluso a toda clase de consideraciones discriminatorias o de favorecimiento por parte de las respectivas autoridades administrativas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29 / LEY 1160 DE 2007 - ARTICULO 32 / ESTATUTO ANTICORRUPCION - ARTICULO 88

PRINCIPIO A LA IGUALDAD - Actuaciones en las que debe reflejarse / PRINCIPIO A LA IGUALDAD - Debe cumplirse de manera objetiva e imparcial

En la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u

otorguen ventajas a algunos de ellos; ii) En la fijación de plazos suficientes y razonables que faciliten y permitan la libre concurrencia de los interesados; iii) En la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; iv) En el deber que asume la entidad estatal contratante de evaluar todas las propuestas; v) En la obligación de la entidad estatal contratante de aplicar de manera rigurosa y estricta los criterios de selección establecidos libremente por ella; vi) En el deber de la entidad estatal contratante de evaluar las propuestas con estricta sujeción a los parámetros de ponderación establecidos legal y libremente en el pliego de condiciones del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con mayor rigor o severidad a determinadas propuestas y ser laxa o permisiva con otras; y vii) En la imposibilidad, para la entidad estatal contratante, de variar los criterios establecidos para la evaluación de las ofertas y la ponderación de tales criterios (...) Como complemento fundamental de esa actuación que debe cumplirse de manera objetiva e imparcial, en las oportunidades que a título ilustrativo se dejan reseñadas, es claro que también la entidad estatal contratante se encuentra en el deber de observar a cabalidad el ya referido principio de publicidad, para cuyo propósito debe dar a conocer de manera completa y oportuna, entre otros, los informes comparativos de las evaluaciones de las ofertas recibidas, así como debe también atender y dar respuesta motivada a las observaciones que se formulen en relación con tales evaluaciones comparativas.

**PLIEGOS DE CONDICIONES - Límites de la facultad administrativa -
PLIEGOS DE CONDICIONES - Debe confeccionarse por la entidad pública
antes de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de
selección contractual / PLIEGO DE CONDICIONES - Establece los requisitos
de participación de los oferentes**

El principio de selección objetiva del contratista además de servir de garantía para los proponentes respecto de los criterios de selección, permite a la Administración Pública cumplir con el cometido de adjudicar el contrato a la oferta que realmente –según sus propios estudios previos, realizados en virtud del principio de planeación– le resulte más favorable. En este sentido, el pliego de condiciones que se debe confeccionar por la entidad pública antes de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección contractual, se erige en la base fundamental de este deber, pues permite concretar el concepto jurídico indeterminado de “favorabilidad” en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en el pliego de condiciones se plasman tanto los criterios o factores de escogencia como la ponderación precisa y detallada de los mismos, los cuales constituyen las ‘reglas de juego’ que permitirán determinar objetivamente cuál es la oferta más ventajosa. En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan, así como la construcción de los mismos de acuerdo con las necesidades de la contratación en el marco del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (...) tanto los criterios de selección como la ponderación precisa y detallada de cada uno de ellos se deben establecer y definir para cada procedimiento administrativo de selección contractual en función de una adecuada etapa de planeación que efectúe la entidad a partir de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección y una ponderación de los mismos que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29

PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza jurídica / PLIEGO DE CONDICIONES - Carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo / PLIEGO DE CONDICIONES - Vigente hasta que se profiera acto de adjudicación

La Sala puntualizó –tal como ahora se reafirma– que del pliego de condiciones es posible predicar una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general –que no como un reglamento, habida consideración de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación y/o hasta finiquitarse todo lo atinente a la ejecución y liquidación del contrato–, igualmente, una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría una suerte de “mutación” en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado del mismo.

LIMITES DE LA ADMINISTRACION AL CONFIGURAR PLIEGOS DE CONDICIONES - Existen dos elementos. Reglados y principios generales del derecho

Los elementos reglados, siempre existentes en toda decisión de la Administración que participe de la naturaleza de acto administrativo —y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se explicó. (...) Los principios generales del Derecho y en particular de los principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, circunstancia ésta que conduce a que más que a “principio”, deba hacerse referencia a la “regla general de la proporcionalidad”, como lo ha sostenido la Sala. (...) Lo dicho conduce a concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones —pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas—, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración Pública para establecer los factores de escogencia entre los ofecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios elegidos en sede administrativa por los que él llegare a considerar más apropiados o más convenientes para el interés general.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23

**PRINCIPIOS EN LA CONFIGURACION DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES -
Le deben definir reglas objetivas justas, claras y completas / PLIEGO DE
CONDICIONES - Deben establecer factores y criterios de selección / PLIEGO
DE CONDICIONES - Prohibiciones para avalar reglas arbitrarias**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, se deben definir “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso”, de acuerdo con la terminología empleada por la letra b) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993 (...) En segundo lugar, los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección así como su correspondiente ponderación precisa y detallada, para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia así lo determinan –artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474– por lo cual tales criterios de escogencia y su respectiva ponderación deben ser proporcionados, objetivos y razonables, comoquiera que sólo así resultarán respetuosos de los principios de imparcialidad e igualdad de trato para todos los oferentes, a la vez que contribuirán a que los ofrecimientos que se presenten correspondan a las condiciones y características que la entidad requiere para que el objeto contractual resulte cabalmente cumplido y responda a las necesidades identificadas por la contratante, esto es a los requerimientos derivados del propósito de servir a los intereses generales. (...) En tercer y último término, existen diversas prohibiciones que no pueden ser desconocidas por la entidad contratante al configurar el pliego de condiciones, no sólo por cuanto actualmente se encuentran consagradas, de forma expresa, en el Estatuto de Contratación Estatal –letras d) y e) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993–, sino en consideración a que, de admitirse la inclusión, en los pliegos de condiciones, de previsiones que marchasen en contravía de las aludidas restricciones, sin duda se estaría avalando la consagración de reglas o de criterios manifiestamente arbitrarios, desproporcionados o irrazonables.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5 / LEY 80 DE 1993 -
ARTICULO 29 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 Numeral 5 / LEY 1150 DE 2007
- ARTICULO 5 / LEY 1474 DE 2011 - ARTICULO 88

**IMPOSIBILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN PLIEGO DE CONDICIONES -
No está facultado para consagrar prohibiciones como inhabilidades o
incompatibilidades**

Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones. (...) en cuanto la consagración de tales prohibiciones –en la modalidad de inhabilidades o de incompatibilidades– son materias reservadas a la Constitución Política o a la ley y dado, además, que corresponden a cuestiones debidamente regladas por las normas superiores, se impone concluir que las entidades estatales no se encuentran facultadas para introducir novedades o modificaciones

en esas precisas materias a través de decisiones de naturaleza administrativa. No sobra señalar que la reserva existente para que sólo a través de normas de linaje constitucional o legal se pueda integrar y diseñar el régimen de inhabilidades en la contratación estatal, no comprende –por tratarse de un asunto diferente, aunque comparta una terminología similar y genere efectos prácticos parcialmente iguales, como el del rechazo de la propuesta– ni se extiende a la facultad, esa sí eminentemente administrativa, deferida expresamente por la propia ley a las entidades estatales para que en los respectivos pliegos de condiciones puedan determinar o concretar las exigencias mínimas que deben satisfacer los proponentes y que la propia ley califica como requisitos habilitantes –capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización– (artículo 5-1, Ley 1150). Iguales razonamientos y conclusiones negativas caben, con la misma contundencia, cuando se aborda el examen acerca de la facultad que pudiere asistirles a las entidades estatales contratantes en relación con la consagración, en los pliegos de condiciones, de ‘causales de exclusión’ o de rechazo de las ofertas, en el marco de sus procedimientos administrativos de selección contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5

UNICOS TITULOS VALIDOS PARA RECHAZAR OFERTAS - Ausencia de requisitos o falta de documentos referentes a la futura contratación. Se reguló en artículo 25 de Ley 80 de 1993 derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007

Se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25 (...) en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...) Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 2 INCISO 2 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32

PROPUESTA RECHAZADA - Imposibilita el ofrecimiento para la adjudicación / PROPUESTA RECHAZADA - Impide comparación frente a las demás ofertas / PROPUESTA RECHAZADA - Para adoptar la decisión definitiva de adjudicación mal podría tenerse en cuenta precio y plazo

El rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por

ejemplo su precio o su plazo— mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos). Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

ACTO ADMINISTRATIVO DE RECHAZO DE UNA PROPUESTA - Solo podrá adoptarse válidamente después de desplegar al proponente afectado sus derechos de defensa y contradicción / ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECHAZA PROPUESTA - Debe dar traslado a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas expresando los fundamentos del rechazo o exclusión de la propuesta

Debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida —en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso— después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse —sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto— con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta. Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva —como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el artículo 30-8 de la Ley 80— para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la decisión final que corresponda. De esta manera, aunque en ese traslado se haga referencia tanto a las razones y circunstancias que darían lugar al rechazo o a la exclusión de la propuesta, como también incluiría su calificación y/o evaluación comparativas —evaluación que resulta deseable y hasta necesario dar a conocer, de cara tanto al Debido Proceso de los demás proponentes, como a la eventualidad, que siempre debe contemplarse, de que al estudiar los argumentos del afectado finalmente se pueda tomar la decisión de no rechazarla o no excluirla— ello no impide que si la decisión consiste en rechazar o excluir esa oferta, la respectiva adjudicación y/o declaratoria de desierta se adopte dejando de lado por completo —como en efecto deberían dejarse de lado en esta hipótesis—, las calificaciones o las asignaciones de puntaje de la(s) oferta(s) rechazada(s) o excluida(s).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 NUMERAL 8

DECISION DEFINITIVA DE DECLARATORIA DE DESIERTA - Puede adoptarse simultáneamente con la decisión de rechazo de la oferta y esperarse que cobren firmeza para evitar se cercene a los oferentes la posibilidad de recurrir en Sede Administrativa

Si la decisión definitiva con la cual se ponga fin al procedimiento administrativo de selección contractual resulta ser la de declaratoria de desierta, la misma bien podría adoptarse de manera concomitante o simultánea (por ejemplo en una misma resolución), con la decisión de exclusión o de rechazo de la(s) oferta(s) correspondiente(s), si a ello hubiere lugar, pues al cabo ambas decisiones –tanto la del rechazo de la oferta, como la de declaratoria de desierta– serán susceptibles del recurso de reposición en sede administrativa. Por el contrario, con el propósito de respetar las garantías constitucionales del Debido Proceso a favor del o de los proponentes que resulten afectados con la decisión de exclusión o de rechazo de sus ofertas, debe tenerse presente que tales decisiones deberán adoptarse de manera previa y esperar a que cobren firmeza, cuando en el respectivo procedimiento administrativo de selección haya lugar a la adjudicación en favor de la propuesta que objetivamente resulte ser la más favorable, para evitar así que a tales oferentes se les cercene la posibilidad de recurrir en sede administrativa la decisión de exclusión, puesto que si la misma se adopta simultáneamente con la de adjudicación se tornará improcedente el trámite de recursos en sede administrativa por razón del mandato consagrado en el párrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80, a cuyas voces “[e]l acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa”.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77

OFERTA NO SUSCEPTIBLE DE SELECCION POR PUNTAJE BAJO - La evaluación comparativa debe realizarse a plenitud y constituir fundamento para la adopción de la decisión

Cuando una oferta no es susceptible de ser seleccionada, elegida o adjudicataria –inelegible– pero por razones diferentes a su rechazo o exclusión, como cuando obtiene calificaciones o puntajes por debajo de otra(s) oferta(s) que resulta(n) objetivamente más favorable(s), como resulta apenas obvio, tanto su evaluación comparativa en relación con el pliego de condiciones y con las demás propuestas, como sus propias calificaciones, sus puntajes o su inclusión en el orden de elegibilidad, según sea el caso, deben realizarse a plenitud y constituir fundamento básico para la adopción de la decisión con la cual se ponga fin al correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual.

RECHAZO DE PROPUESTA - Hipótesis

El rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía

constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

**INEXACTITUD DE LA INFORMACION FINANCIERA DEL PROPONENTE -
Generó la expedición de la Resolución 1178 de 1999 por la administración
considerando que el proceder del oferente era contrario al principio de
buena fe y no fue controvertida por la demandante**

Téngase presente que aunque formalmente la demandada Resolución No. 1178 de 1999 invocó como fundamento de su decisión la aludida previsión del pliego de condiciones, lo cierto es que la no escogencia de la propuesta que en su oportunidad formuló la sociedad que ahora funge como demandante, se basó en la situación fáctica que se generó por la inexactitud de la información suministrada en esa oferta y ello dio lugar a que la propia entidad estatal contratante concluyera que el examinado proceder del oferente resultaba contrario al Principio de la Buena Fe. (...) Como se puede apreciar con claridad, aunque la firma ÁVILA LTDA., tuvo a su disposición oportunidades suficientes para desplegar su derecho de defensa y, por ende, controvertir, justificar o al menos explicar las razones por las cuales se detectaron diferencias tan significativas entre la información de sus balances y aquella otra que se desprende de su propia declaración de renta, lo cierto es que en ningún caso se interesó siquiera y menos se ocupó de hacer claridad o de despejar inquietudes, ante la entidad estatal contratante, sobre cuestiones de tanta importancia y envergadura. La única mención que, de manera superficial y tangencial, se hizo para tratar de aportar alguna luz acerca de la existencia de diferencias tan significativas y marcadas entre la información financiera que contenían los balances y aquella proveniente de la declaración de renta, aportada por la profesional de la contaduría pública Maritza Ceballos Sierra durante el curso de la audiencia de adjudicación, para la Sala resulta absolutamente insuficiente y en extremo deleznable, en primer lugar porque no reviste seriedad y menos solidez alguna el tratar de explicar tan protuberantes y tan grandes diferencias entre los activos, los pasivos o las utilidades de la misma empresa durante el año de 1998, según que se tomaran unos documentos u otros, esto es los estados financieros por un lado o por el otro la declaración de renta, únicamente por el hecho de que entre la presentación de los primeros (marzo 24 de 1999) y la presentación de la segunda (abril 8 de 1999) hubiere mediado un lapso de tan sólo 9 días hábiles, por el contrario, la extrema cercanía entre esas fechas permite considerar de manera razonable que entre tales actuaciones no han debido presentarse diferencias y menos del tamaño o de la profundidad que se registraron en este caso.

**PRUEBAS DOCUMENTALES: Existió diferencia de días entre la presentación
de los balances y declaración de renta y proponente tuvo conocimiento de
ello y nada manifestó ante la demandada**

En cualquier caso, aun si en gracia de discusión se llegara a admitir que la diferencia de tan sólo nueve (9) días hábiles entre la presentación de los balances ante la Cámara de Comercio y la presentación de la declaración de renta pudiere servir para explicar de manera suficiente –que obviamente no sirve para ello– las distancias tan grandes que se registraron entre la información contenida en uno y otro documentos, aun así habría que concluir que ello no sería aceptable para justificar la conducta que la oferente tuvo ante la entidad pública contratante, puesto que la fecha en que presentó su propuesta, junio 23 de 1999, fue posterior y con mucho más de dos (2) meses, a las fechas anteriores (marzo 24 y abril 8, ambas de 1999), por lo cual para esa nueva fecha ya tenía claridad y conciencia acerca de las inconsistencias que se presentaban en esos rubros de su

información financiera y a pesar de ello nada le dijo, nada le advirtió y nada le aclaró a la entidad contratante, amén de que nada corrigió durante ese tiempo en alguno de tales documentos.

INTERVENCION DEL REVISOR FISCAL DE LA SOCIEDAD OFERENTE - En la audiencia pública participó en defensa de los intereses de Avila Limitada más en condición de administradora que de órgano de control / ACTUACION DEL REVISOR FISCAL - Conlleva a compulsar copias a la Junta Central de Contadores para que se examine las inconsistencias de la información contable y fiscal presentada en la licitación pública / ACTUACION DE CONTADORA PUBLICA - Debió realizarse en cumplimiento de la Ley 43 de 1990 y artículos 205 a 209 del Código de Comercio

No sobra mencionar lo llamativo que para la Sala resulta encontrar que en la audiencia pública de adjudicación de la licitación, la intervención de quien dice ser Revisora Fiscal de la sociedad oferente se desplegó con amplitud en defensa de la oferta de dicha sociedad y de los intereses de tal oferente, reflejando con esa participación al parecer más la condición de administradora de la compañía mencionada que la del órgano de control fiscal, por lo cual se dispondrá compulsar copias de tales actuaciones, calidades y documentos a la Junta Central de Contadores para que, en el marco de sus competencias, examine tanto las inconsistencias de la información contable y fiscal presentada a la licitación pública SOOP 001 de 1991 para la construcción de la biblioteca departamental de Riohacha (I etapa) como, en particular, la conducta de la Contadora Pública Maritza Ceballos Sierra, a la luz de sus deberes, funciones y competencias, de conformidad con los dictados de la Ley 43 de 1990 que reglamenta la profesión de los Contadores Públicos y de los artículos 205, 208 y 209 del Código de Comercio que se refieren a las incompatibilidades y al contenido del dictamen e informe de los estados financieros.

FUENTE FORMAL: LEY 43 DE 1990 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 205 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 208 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 209

PRINCIPIO DE LA BUENA FE: Postulado obligatorio e imperativo en la contratación estatal que debe cumplir la administración pública y particulares, proponente o contratistas / PRESUPUESTO DE LA BUENA FE - Exigencia que debe realizarse desde el período precontractual, la adjudicación y en la celebración del contrato

Tal como se indicó con amplitud en la exposición del marco teórico en el cual se encuentran los elementos necesarios para la solución del presente caso, merecen las mayores importancia y atención el examen del respeto al postulado de la Buena Fe, cuya observancia en todo el campo de la contratación estatal –bueno es insistir en ello– resulta obligatoria e imperativa tanto para la Administración Pública como para los particulares que actúan ante ella en su condición de proponentes o contratistas, según corresponda, al punto de que la sujeción al mencionado Principio, según se indicó, se erige en un presupuesto indispensable para que puedan tenerse como válidas las actuaciones relacionadas tanto con la decisión de adjudicación como la consiguiente celebración del respectivo contrato estatal, presupuesto que resulta más exigente aun durante el período precontractual puesto que a lo largo del mismo los interesados y oferentes, al igual que las entidades contratantes, están en el deber legal (artículo 863 C. de Co.), “... de proceder de buena fe exenta de culpa ...”.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 863

DECLARACION DE RENTA: Prueba documental solicitada por la entidad estatal por encontrarse vigente el apartado 22.3 artículo 22 de la Ley 80 de 1993 / FACULTAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES - Verificar la veracidad y consistencia de la información financiera presentado por los proponentes

En ese sentido se impone indagar acerca de la legalidad de la actuación que desplegó la entidad estatal contratante al solicitarle a la sociedad proponente la entrega de la declaración de renta del año 1998, requerimiento que la parte demandante considera constitutivo de abuso de poder, en cuanto la presentación de dicho documento no estaba prevista o contemplada en el respectivo pliego de condiciones. Sobre este aspecto advierte la Sala que si bien el pliego de condiciones no exigió de manera precisa, como requisito de la propuesta, que cada oferente aportara sus correspondientes declaraciones de renta, no es menos cierto que para la época de la licitación en estudio se encontraba vigente el apartado 22.3 de artículo 22 de la Ley 80 de 1993, mediante el cual se confirieron amplias facultades a las entidades estatales contratantes para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de información financiera presentada por los proponentes. Así las cosas, dado que con fundamento en las normas legales vigentes para ese entonces la entidad estatal contratante contaba con suficiente autorización para verificar, válidamente, la información que cada oferente hubiere consignado en el Registro Único de Proponentes, ningún reproche puede hacerse a la solicitud que en el caso que ahora se examina formularon los evaluadores de las ofertas a la sociedad que ahora concurre como demandante, solicitud que según el expediente únicamente tuvo como propósito confirmar o corroborar, frente a su respectiva declaración de renta, la veracidad y consistencia de los estados financieros que la oferente ÁVILA LTDA., aportó con su propuesta, máxime si se tiene presente que de conformidad con el inciso 2º del mencionado apartado 22.3 del artículo 22 de la Ley 80, vigente para la época de los hechos. (...) Desde esta perspectiva, no advierte la Sala conducta ilegal o abusiva alguna de parte de la entidad demandada en cuanto se refiere a la verificación que hizo de la información financiera suministrada en su propuesta por la sociedad ÁVILA LTDA., puesto que a ello procedió con base en claras y precisas facultades legales e incluso con apego a la metodología determinada por la propia ley, consistente en comparar el balance comercial presentado por el proponente con su última declaración de renta, por lo cual la solicitud de aportar dicha declaración de renta para efectuar la aludida comparación de ninguna manera puede considerarse como abuso de poder, a lo cual cabe añadir que la presentación de esos documentos por parte del oferente, como respuesta o en atención a los requerimientos de la entidad estatal contratante forman parte de los deberes de conducta exigibles a los proponentes y contratistas en desarrollo de la Buena Fe con la cual ellos también deben actuar, incluso en el marco del Derecho Privado.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993- ARTICULO 22

FALTA DE CONSISTENCIA E INEXACTITUDES EN LA INFORMACION DE LA PROPUESTA Y LA CONTENIDA EN LA DECLARACION DE RENTA - Conllevó a la administración a considerar violatorio el principio de la buena fe por parte del proponente / INCONSISTENCIA DE INFORMACIÓN - Obligó a que la entidad estatal que adoptara la decisión de considerar no susceptible de adjudicación o selección la oferta presentada

En la medida en que en desarrollo de una actuación sustentada en precisos mandatos legales, la entidad estatal contratante pudo verificar de manera fehaciente –tal como también se puso de presente en el curso del proceso judicial que ahora se decide en segunda instancia– que en realidad existía una palmaria y notoria discrepancia entre la información que la sociedad actora consignó en sus estados financieros, presentados ante la entidad estatal contratante como parte de su propuesta, en comparación con la información que la misma sociedad plasmó en su correspondiente declaración de renta, hay lugar a concluir entonces que resultó acertada la consideración que en su momento hizo explícita la entidad pública demandada en el sentido de calificar ese proceder de la sociedad proponente como contrario al mandato de la Buena Fe, consistente en el deber de presentar información veraz. En cualquier caso, la Sala considera necesario preguntar si la falta de consistencia o las inexactitudes advertidas entre la información financiera que se incluyó en la propuesta de la sociedad ÁVILA LTDA., y la información que reflejó la declaración de renta de esa misma sociedad, tenían la entidad suficiente para que se adoptara la decisión de considerar no susceptible de adjudicación o de selección la oferta en cuestión, o si tales diferencias de información obedecían a cuestiones de menor entidad, puramente marginales, fruto de errores excusables o puramente mecánicos.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE: Límites internos y externos en su aplicación / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - No resulta compatible con conductas negligentes, torpes e imperitas cuando provienen de expertos

Al respecto la Sala comienza por señalar que aunque la buena fe constituye un principio de interpretación y aplicación irrenunciable, resulta importante establecer los límites internos y externos en su aplicación. Así, los límites externos están enmarcados por el respeto al orden público y las buenas costumbres, con lo cual se tiene que la Buena Fe no puede servir para justificar un comportamiento contrario a un mandato de naturaleza imperativa y en cuanto a los límites internos hay lugar a señalar que la Buena Fe no resulta compatible con conductas negligentes, torpes y ni siquiera imperitas cuando provienen de expertos que, por tanto, deben comportarse y proceder como tales y muchísimo menos podría armonizarse con maniobras o conductas dolosas o malintencionadas. Quiere decir lo anterior que la simple creencia de actuar correctamente no resulta suficiente ni es válida si se procedió cometiendo un error inexcusable o se actuó con falta de diligencia, de allí que el Código Civil establezca en su artículo 9º que “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, lo cual no significa que la ‘excusabilidad’ del error no deba apreciarse según las circunstancias de cada caso. Así pues, cuando la entidad estatal contratante advierte la ocurrencia de falencias, inconsistencias, inexactitudes o contradicciones en las ofertas, le corresponde efectuar un ejercicio de interpretación para determinar si se trata de errores excusables, configurados en el marco de la Buena Fe, que no impiden la evaluación y comparación de tales propuestas, o si, por el contrario, se trata de errores inaceptables, inadmisibles, incompatibles con la ley y/o los postulados de la Buena Fe.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL: - ARTICULO 9

CAPACIDAD DE CONTRATACION - No puede existir diferencias entre la información de los estados financieros y la de su propia declaración de renta, dado que se trataría de error inexcusable / INCONSISTENCIA EN LA INFORMACION FINANCIERA - Genera al proponente el beneficio de una mayor capacidad financiera diversa a la que realmente poseía / CAPACIDAD FINANCIERA DE CONTRATACION - Garantiza que interesados en contratar cuenta con suficiente respaldo, organización y solidez para ejecutar el

contrato / PRINCIPIO DE CONFIANZA - Se vulnera frente a la entidades contratante y a los demás oferentes, cuando se presentan balances financieros que reflejan situación mejor que la que se tenía

En el asunto concreto que centra la atención de la Sala, es fácil advertir que las diferencias o contradicciones entre la información de los estados financieros del proponente y la información de su propia declaración de renta, corresponden a un error inexcusable, que le generaría al mismo proponente el beneficio de atribuirle una mayor capacidad de contratación, diversa a la que realmente poseía. La capacidad financiera de contratación no puede ser tenida como un asunto menor o intrascendente, puesto que se dirige a garantizar que quienes aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, en realidad cuenten, de manera efectiva, con los suficientes respaldo, experiencia, organización y solidez para emprender y ejecutar el contrato en cuestión. En este orden de ideas, presentar balances financieros que reflejen una situación mejor a la que realmente tenía en ese momento la empresa, independientemente de que sea una conducta que resulte constitutiva o no de algún delito (Vr. gracia: falsedad y/o fraude procesal), lo cierto es que vulnera el principio de confianza, tanto de la entidad pública contratante, como de los demás proponentes, en cuanto todos ellos –en la medida en que se presume la Buena Fe de cada oferente– confían en la seriedad, en la consistencia, en la solidez, en la rectitud y, por tanto, en la sinceridad de la información suministrada dentro de cada propuesta.

En este caso específico se tiene que la información financiera incorporada en la propuesta de la sociedad ÁVILA LTDA., registró profundas y marcadas discrepancias frente a la misma información que esa misma sociedad incluyó en su propia declaración de renta, correspondiente al año de 1998

DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS RELACIONADAS CON ACTIVOS - No pueden tenerse como error excusable sino que se trata de un atentado a la buena fe por evidenciarse variación de cifras de la persona jurídica de capacidad financiera mayor a la real / DUALIDAD DE CONDUCTA DE UN MISMO OFERENTE - Al presentar al Departamento de la Guajira una información financiera en los balances y a la Dirección de Impuestos Nacionales otra en la declaración de renta

La sociedad demandante registra diferencias en extremo significativas en la información relacionada con sus activos, por más de quinientos millones de pesos (\$ 500'000.000.00), lo cual corresponde a una alteración del 31%, al paso que en los pasivos de la empresa la diferencia alcanza la muy cuantiosa suma de casi seiscientos ochenta millones de pesos (\$ 680'000.000.00), lo cual refleja un cambio del 111,27%; lo propio ocurre con la diferencia que se aprecia en los ingresos netos, puesto que ese monto de variación se aproxima a la cantidad de trescientos millones de pesos (\$ 300'000.000.00), cuestión que expresada en términos porcentuales refleja una alteración superior al 13.05%; a la misma cifra de trescientos millones de pesos (\$ 300'000.000.00) se acerca la discrepancia que se aprecia en el rubro de utilidades del ejercicio, esto es del 84.06%, todo lo cual evidencia que no se trató de un simple error excusable, sino de un verdadero atentado a la Buena Fe, en cuanto la significativa variación de esas cifras representaba para esa persona jurídica o bien el reconocimiento de una capacidad financiera mayor a la que realmente tenía, cuestión que, a su vez, le reportaría el máximo puntaje, o bien la liquidación y reconocimiento de menores impuestos. Para la Sala resulta inadmisibles la dualidad de la conducta de un mismo y único oferente particular, puesto que mientras a la Administración Pública, representada en este caso en la entidad estatal contratante del orden

territorial, le presentaba una determinada información financiera –con valores que pueden significarle asignaciones favorables de puntajes o de capacidad financiera– al mismo tiempo y sobre los mismos conceptos, a la misma Administración Pública –pero por conducto de una entidad del orden nacional: DIAN– le presentaba otra información financiera –esta vez con valores que pueden significarle una liquidación de impuestos menor y, por tanto, también favorable a sus personales intereses–.

SELECCION DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE: La decisión negativa de la administración obedeció a la aplicación del principio de la buena fe infringido por la sociedad proponente

La cuestionada decisión administrativa que adoptó la entidad estatal contratante en el sentido de no seleccionar la propuesta que formuló la sociedad ÁVILA LTDA., encuentra suficiente apoyo jurídico, como claramente lo expresó la transcrita motivación de la atacada Resolución 1178 de 1999, "... en aplicación del principio de buena fe", puesto que resulta evidente que con la información financiera que se incluyó en dicha propuesta se defraudó la confianza que, en virtud de la presunción de Buena Fe, se predica, se espera, se supone y se exige de todos los particulares en sus actuaciones ante la Administración Pública. En cuanto la entidad estatal contratante verificó las protuberantes, inexplicables e inexcusables diferencias que han quedado reseñadas, existentes entre la información financiera que la sociedad ÁVILA LTDA., incluyó en su oferta y aquella información financiera que plasmó en su propia declaración de renta, concluyó válidamente, con apoyo en sólida evidencia, que respecto de esa propuesta no se cumplía el presupuesto, ineludible e indispensable, de ajustarse al Principio de la Buena Fe y, por ello mismo, era palmario que no podía ser pasible de adjudicación, independientemente del puntaje que pudiese acumular u obtener como resultado de la calificación aislada de cada uno de los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones y su respectiva ponderación. Lo expuesto sirve para explicar la función que le corresponde a la Buena Fe en el control de la coherencia de la conducta de los proponentes, con el fin de evitar, en casos como el que aquí se examina, el nocivo impacto que en la contratación estatal podría representar la celebración de contratos con contratistas que no proceden de manera recta, clara y transparente, en cuanto a la misma Administración Pública le suministran simultáneamente informaciones diversas y por tanto inconsistentes, inexactas o erradas acerca de unos mismos conceptos con el fin de obtener tratamientos diversos a partir de cada información en beneficio de sus propios intereses, los cuales pretenden hacer prevalecer entonces sobre el interés general con cuya satisfacción, precisamente, deben comprometerse y colaborar decididamente los contratistas particulares en su condición de colaboradores de las entidades estatales (artículo 3º, Ley 80).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 3

REGISTRO UNICO DE PROPONENTES. Finalidad asegurar que la clasificación del proponente en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme coincida con el Registro Unico Tributario

La razón por la cual desde el año 2007 el legislador estimó necesario reformar las normas relativas al Registro Único de Proponentes, con el fin de asegurar que la clasificación del proponente en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme –CIU– coincida con la que se haya reportado al Registro Único Tributario –RUT–, de tal manera que la información reportada a la correspondiente Cámara de Comercio sea la misma que se reporta y utiliza para

fines tributarios. Finalmente, para la Sala no resulta cierto que el demandante hubiere sido objeto de un trato discriminatorio respecto de los demás proponentes, en el sentido de haber sido el único proponente al cual se le verificó la información financiera, puesto que fácilmente se desprende de la motivación de la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, que la sociedad DICON LTDA., integrante del Consorcio "DICON LTDA Y URBANIZADORA Y CONSTRUCTORA OSORIO LTDA.", también fue objeto de análisis similares y por ello mismo la propuesta correspondiente, con base en la misma causa, tampoco fue considerada apta para ser seleccionada.

PUNTAJE EXIGIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES: Alcanzado por el oferente no fue suficiente para la adjudicación por encontrarse que infringió el principio de la buena fe al suministrar información financiera inexacta, inconsistente y contradictoria

Argumentó la sociedad demandante que aunque se le hubiere calificado con cero (0) puntos la capacidad financiera, como consecuencia de las discrepancias entre la información presentada y la contenida en su declaración de renta, tenía derecho a la adjudicación porque había obtenido un puntaje superior a los 700 puntos. Acerca de este planteamiento la Sala no se detendrá a efectuar análisis adicionales, puesto que, según ya se explicó, el haber verificado la ausencia del presupuesto indispensable e ineludible para la selección de un oferente consistente en el respeto y apego a los postulados de la Buena Fe, comoquiera que la demandante ÁVILA LTDA., desconoció tales dictados al suministrar información financiera inexacta, inconsistente y contradictoria, la cual era necesaria y sensible para la evaluación y comparación de su oferta, hay lugar a concluir que procedió bien la entidad pública demandada en cuanto consideró que dicha oferta no era pasible de adjudicación. Así pues, independientemente de que la propuesta de la demandante hubiere alcanzado un puntaje muy alto o suficiente para su consideración, lo cierto es que igual no habría podido ser objeto de selección, en atención a las razones anotadas.

POLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA: Requisito de la oferta, no analizado debido a las inconsistencias reportadas en estados financieros por el proponente. Decisión del a-quo revocada

En la misma dirección debe precisarse que aunque se llegare a la conclusión de que la póliza de seriedad de la oferta hubiere sido correctamente constituida, de todas maneras ello resultaría insuficiente para considerar que la propuesta de la firma ÁVILA LTDA., pudiere ser válidamente seleccionada por la entidad demandada dentro del procedimiento administrativo de selección contractual que se ha venido examinando. Como obligada consecuencia de todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia del Tribunal a quo y negará las pretensiones de la demanda comoquiera que los cargos de ilegalidad planteados por la parte actora no fueron probados y en ese sentido resulta improcedente hacer cualquier examen o consideración adicional sobre la declaratoria de desierta de la Licitación No. 001 de 1998.

RESPONSABILIDAD DE LOS LLAMADOS EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Exonerados al no prosperar pretensiones de la demanda

En cuanto a la responsabilidad de los señores ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y JAVIER GAMEZ HINOJOSA, también debe revocarse la decisión proferida por el Tribunal a quo, toda vez que al no prosperar las pretensiones de la demanda

resulta innecesario abordar el estudio de la conducta de los mencionados servidores públicos, tal y como lo ha precisado la Sala en otras oportunidades:

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013)

Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059)

Actor: SOCIEDAD AVILA LIMITADA

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes del proceso y los llamados en garantía con fines de repetición, contra la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002), dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual se dispuso:

*“1. **Declarar** la nulidad de la Resolución No. 1178 de octubre 6 de 1999, por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública No. 001 de 1999, expedida por el Gobernador del Departamento de la Guajira.*

*2. **Condenar** en concreto, a título de restablecimiento del derecho, al Departamento de La Guajira, a pagar a la sociedad ÁVILA LIMITADA o a quien sus derechos represente, la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON 21/100 (**\$155'769.895.21**) M/L., por concepto de indemnización de perjuicios, conforme a las consideraciones de este proveído.*

*3. **Condenar** a los llamados en garantía, señores ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, Exgobernador del Departamento de La Guajira, y a JAVIER GAMEZ HINOJOSA, miembro del Comité Evaluador, a pagar al Departamento de La Guajira, el diez por ciento (10%), cada uno, del valor de la condena impuesta mediante esta sentencia.*

*4. **Sin** costas en la instancia.*

5. Denegar las demás súplicas de la demanda.

6. Advertir que a esta providencia se le deberá dar cumplimiento dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación y que las cantidades líquidas de dinero reconocidas en esta sentencia devengarán intereses comerciales y moratorios en los términos de la sentencia C-188 de 1999 de la Corte Constitucional (Arts. 176 y 177 C.C.A.)”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 25 de noviembre de 1999 (folios 1 a 39 cuaderno 1) se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“DECLARACIONES

1. QUE ES NULA en todas sus partes la resolución # 1178 de octubre seis (6) de 1999 proferida por el GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA mediante la cual se declara desierta una licitación.

2. Que como consecuencia de esta nulidad se diga que la firma ÁVILA LIMITADA en su calidad de proponente en dicha licitación es LEGÍTIMA GANADORA de la misma y que por tal razón ha debido adjudicársele y debe celebrarse con ella el contrato objeto de la misma.

CONDENAS

Hechas las declaraciones anteriores y para el caso que se hubiere adjudicado el contrato objeto de la licitación, SE CONDENE al DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA a pagar a la FIRMA ÁVILA LIMITADA a título de INDEMNIZACIÓN por los perjuicios causados las siguientes sumas de dinero:

A. La suma de DIECISIETE MILLONES SESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS (\$17'681.129) por concepto de gastos realizados en la preparación de la licitación de la siguiente manera:

DETALLE	VALOR
Compra de pliego	\$ 2'000.000
Compra de carpetas	118.800
Pago a YUNI ENRÍQUEZ	500.000
Elaboración de programas	800.000
Pólizas	702.960
Sueldos	9'060.000
Prestaciones	1'599.369
Ploteo	85.000
Fotocopias – 3.240	324.000
Útiles de oficina y papelería	447.000
Varios (mensajería –transporte – contador)	43.600
Honorarios Abogado asesor	2'000.000

B. La suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL VEINTITRÉS PESOS equivalentes a las ganancias que hubiera obtenido la firma ÁVILA LIMITADA de habersele adjudicado la licitación y haber ejecutado el contrato respectivo representados de la siguiente manera:

1. Gastos de incorporación del personal de la firma para el proyecto \$60'639.904.00

2. Costos por utilización del equipo de la firma para el proyecto \$71'910.009.00.

3. Utilidad del 6% del valor del proyecto \$113'243.110.00.

C. Que igualmente se condene a la indexación de las sumas anteriores a partir de la fecha en que según los pliegos de condiciones debía terminarse la obra objeto de la licitación.

D. Se condene en costas y al pago de agencias en derecho.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

- El Departamento de la Guajira adelantó la Licitación Pública No. 001 de 1999, cuyo objeto era la construcción de la Biblioteca Departamental del Municipio de Riohacha.
- Al procedimiento administrativo de selección se presentaron los siguientes proponentes: **1)** sociedad ÁVILA LTDA., **2)** Consorcio EDIOBRAS y ASOCIADOS GUAJIRA, **3)** El Consorcio GOMEZ, PUGLIESE LTDA., y JUAN MANUEL MUÑOZ INGENIERÍA CIVIL LTDA., **4)** El Consorcio DICON LTDA., y URBANIZADORA y CONSTRUCTORA OSORIO LTDA., **5)** SERGIO TORRES, y **6)** la Unión Temporal INCOPRO LTDA., y SCORPIO Y CIA LTDA.
- Luego de efectuada la evaluación de las ofertas, la entidad demandada concluyó lo siguiente: **i)** las ofertas presentadas por la sociedad ÁVILA LTDA., y el CONSORCIO DICON LTDA. Y URBANIZADORA Y CONSTRUCTORA OSORIO LTDA., contenían información presuntamente falsa sobre su capacidad financiera; **ii)** la sociedad ÁVILA LTDA., no constituyó la póliza de seriedad de la oferta de acuerdo con lo ordenado en el pliego de condiciones; y **iii)** los demás oferentes no obtuvieron el puntaje mínimo exigido en el pliego de condiciones (700 puntos).
- Mediante la Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, el Gobernador de la Guajira declaró desierta la licitación pública No. 001 de 1999.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invocó como vulnerados los artículos 23, 24, 25-18 y 29 de la Ley 80 de 1993, por las siguientes razones:

“(...) basta pasar una ojeada a la propuesta de ÁVILA LIMITADA para darse cuenta que si el Gobernador hubiera sido objetivo, que si hubiera leído por lo menos este artículo, le hubiera sido fácil concluir que no había más alternativa que adjudicar a esta firma la licitación que subjetivamente declaró desierta. Tan es así honorables Magistrados, tan es cierto, que la experiencia, el cumplimiento propuesto, el plazo, los equipos disponibles, el precio y la ponderación de esta propuesta sobresalían por encima de las demás, y no nos cansaremos de repetirlo, que aún poniéndole CERO (0) A LA MISMA EN LOS ESTADOS FINANCIEROS QUE ERA PARA CALIFICAR CON 200 PUNTOS, RESULTÓ SER LA PROPUESTA GANADORA.

Y no es que los estados financieros de ÁVILA LIMITADA se encontraran por debajo de lo que la administración requería, fue sólo que esta firma preparó su licitación de acuerdo a los términos de referencia concordando su situación económica actual con los balances presentados y certificados por la CAMARA DE COMERCIO de Riohacha domicilio donde tiene asiento la empresa, como era lo exigido en los pliegos de condiciones concordando estos en lo más mínimo. Lo de la declaración de rentas (sic) fue una carta sucia sacada a última hora para argumentar una descalificación que de otra manera carecía de argumentos.”

Adicionalmente, advirtió que la póliza de seriedad de la oferta cubría la totalidad de los riesgos exigidos en el Pliego de Condiciones, pero la entidad demandada desconoció la aclaración que sobre este aspecto efectuó la compañía aseguradora antes de celebrarse la audiencia de adjudicación.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de la Guajira dispuso la admisión de la demanda por auto del 14 de diciembre de 1999 (folios 42 a 44 cuaderno principal).

4.2. Mediante providencia del 16 de marzo de 2000, se ordenó la vinculación como llamados en garantía con fines de repetición de los señores ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y JAVIER GÁMEZ HINOJOSA, por solicitud del Ministerio Público (folios 116 a 118 cuaderno principal).

4.3. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 24 de mayo de 2000 (folios 170 a 171 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

5.1. El Departamento de la Guajira (folios 17 a 70 cuaderno 1). Se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que fue legal la decisión de declarar desierta la licitación pública; al respecto sostuvo que la empresa demandante, en su oferta, presentó las siguientes falencias: **i)** una presunta falsedad en el balance general presentado, **ii)** presentación de la póliza de seriedad de la oferta sin el

lleno de las exigencias del pliego de condiciones y, **iii**) la calificación del oferente fue inferior a 700 puntos.

5.2. JAVIER GÁMEZ HINOJOSA (folios 122 a 135 cuaderno 1). Consideró que ninguna de las ofertas presentadas obtuvo el puntaje mínimo exigido en el pliego de condiciones. Adicionalmente, la parte actora incumplió con las condiciones financieras y de constitución de la póliza de seriedad de la oferta; en cuanto al llamamiento en garantía sostuvo que no existe prueba de que hubiere obrado con dolo o culpa grave.

5.3. ÁLVARO CUELLO BLANCHAR (folios 162 a 169 cuaderno 1). Manifestó que en el acto administrativo que declaró desierta la licitación se encuentran debidamente sustentadas las razones por las cuales se consideró que las propuestas presentadas no cumplían las condiciones exigidas por la entidad; en lo que se refiere al llamamiento en garantía manifestó que en su calidad de Gobernador obró con la diligencia y cuidado necesarios.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 14 de diciembre de 2000 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folio 269 del primer cuaderno).

6.1. La parte demandante (folios 270 a 278 cuaderno 1). Señaló que los testimonios recogidos en el proceso señalaron que el señor GAMEZ HINOJOSA decidió apartarse de la decisión de la mayoría de los integrantes del Comité Evaluador, quienes habían aprobado las condiciones financieras de la empresa; así mismo, indicó que la denuncia penal instaurada por la presunta falsedad en la que incurrió la sociedad fue precluida por la Fiscalía General de la Nación.

6.2. El Ministerio Público (folios 299 a 305 cuaderno 1). Consideró que la entidad demandada desbordó su competencia al pronunciarse sobre la falsedad de los documentos financieros aportados por la empresa demandante, pues esta decisión correspondía adoptarla a la justicia penal y por tal razón debe declararse nulo el acto demandado, sin embargo, no advirtió en los llamados en garantía comportamiento doloso o gravemente culposo que justifique una condena en su contra.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de la Guajira accedió a algunas de las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 311 a 333 cuaderno principal):

En lo que se refiere a la presunta falsedad de los estados financieros presentados por la parte actora, señaló que no podía la entidad demandada solicitar documentos diversos a los exigidos en el pliego de condiciones, como lo fue la declaración de renta. Agregó a lo anterior que la presunta falsedad fue desvirtuada totalmente por la investigación penal adelantada en la Fiscalía General de la Nación y por la actuación administrativa de la DIAN.

Sobre el rechazo de la entidad a la póliza de seriedad de la oferta, indicó que se había incurrido en una desviación de poder porque mediante una nota aclaratoria

allegada dos días antes de la fecha prevista para la adjudicación, la compañía aseguradora había extendido la cobertura a todos los riesgos y la entidad tenía además la facultad prevista en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, para exigir cualquier siniestro que no estuviere contemplado en la póliza.

Finalmente, consideró que los llamados en garantía desconocieron por completo los pliegos de condiciones, razón por la cual debían responder por el 10% de la condena.

El Magistrado ÁLVARO RODRÍGUEZ BOLAÑOS salvó parcialmente el voto, en cuanto consideró que no se demostró que los llamados en garantía hubieren actuado con dolo o culpa grave.

8. Los recursos de apelación.

8.1. El Departamento de la Guajira (folios 354 a 358 cuaderno principal). Manifestó que la decisión de primera instancia asumió como un abuso o desviación de poder que la entidad le solicitara a la sociedad proponente la declaración de renta para aclarar su situación financiera, lo cual estaba previsto dentro del marco de los documentos exigidos en el pliego de condiciones y en las directivas de la DIAN.

8.2. JAVIER GÁMEZ HINOJOSA (folios 352 a 358 cuaderno principal). Solicitó que se revocara la decisión del Tribunal *a quo*, por cuanto que no se probó que hubiere obrado con dolo, sobre todo, cuando no le correspondía adoptar la decisión administrativa.

8.3. ÁLVARO CUELLO BLANCHAR (folios 359 a 364 cuaderno 1). Manifestó que en su calidad de Gobernador obró con fundamento en los conceptos emitidos por la Contraloría General de la República y la DIAN, así como de su cuerpo consultor, los cuales exigían tener en cuenta la declaración de renta del proponente para compararla con los estados financieros presentados con la oferta. En consecuencia, sostuvo que no hubo actuación dolosa o gravemente culposa de su parte.

8.4. La parte demandante (folios 365 a 369 cuaderno principal) Solicitó que se incrementara el porcentaje de la condena a los llamados en garantía, en consideración a que el Tribunal *a quo* había concluido que se había obrado con desviación y abuso de poder.

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. La Corporación dispuso el traslado para la sustentación de los recursos mediante auto del 16 de diciembre de 2002 (folio 351 cuaderno principal).

9.2. Mediante auto del 20 de febrero de 2003 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes (folio 376 cuaderno principal).

9.3. La Corporación, por medio de auto proferido el 13 de marzo de 2003, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 378 del cuaderno principal).

10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

10.1. La sociedad ÁVILA LTDA., (folios 379 a 385 cuaderno principal). Solicitó que se rechazara la apelación presentada por el señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA

teniendo en cuenta que otorgó poder para que su apoderado representara a la entidad demandada, para lo cual no estaba investido. En esta misma línea de argumentación, consideró que con el poder aportado por el Departamento de la Guajira no aparece una prueba idónea que demuestre al otorgante la calidad de Gobernador encargado; finalmente, manifestó que está debidamente probada la desviación de poder en la que incurrió la entidad demandada.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis, se abordarán los siguientes temas: **1. Aspectos procesales:** 1.1 competencia y caducidad de la acción; 1.2 los poderes presentados en la apelación; **2. Aspectos sustanciales:** 2.1 las pruebas recaudadas; 2.2 la declaratoria de desierta de la licitación; 2.3 los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones; y 2.4 el análisis del caso concreto.

1. Aspectos procesales.

1.1. Competencia y caducidad de la acción.

El Consejo de Estado es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de declaratoria de desierta de la licitación pública, la Sala observa que para la época de la expedición de la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo ya había sido objeto de modificación por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, cuyo texto dispuso:

“De las Controversias Contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato 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 y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según sea el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado este, 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 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 solo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes (...)”

De la anterior previsión legislativa se desprende que al control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, puede accederse mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo para el efecto un término de caducidad de 30 días que se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el acto se comunique, notifique o publique, según el caso.

En el asunto de autos, a través de la Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, el Departamento de la Guajira dio por terminada la licitación pública No. 001 de 1999 y, por tanto, el plazo de caducidad a observar para controvertir la legalidad del acto administrativo así proferido es el de treinta (30) días a que alude la norma en cita y no el de cuatro meses como lo sugiere el recurrente. Sobre este tema en particular, la Sala hizo las siguientes precisiones:

*“Por lo tanto para la Sala no resulta acertada la interpretación del recurrente debido a que, como en reiteradas oportunidades se ha establecido¹, la ley es clara en señalar que todos los actos precontractuales, que se expidan **con ocasión de la actividad contractual**, son susceptibles de ser atacados a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 87 del C. C. A. cuyo término de caducidad es de 30 días.*

*Por consiguiente, el acto administrativo que declara desierta la licitación también es de aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual, pues por su naturaleza, uno de los efectos de esa decisión es truncar el proceso **contractual** iniciado con anterioridad y por lo tanto sí es aplicable el inciso 2 del artículo 87 del C. C. A., razón por la cual la Sala modifica su tesis anterior, según la cual dicho acto solo era demandable en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad establecido en el artículo 136, numeral 2, es decir, de 4 meses.*

En efecto, la posición anterior de la Sección Tercera aseveraba que el artículo 87 del C. C. A. solo era aplicable a los actos precontractuales relacionados con la actividad contractual y excluía al que declaraba desierta la licitación, a pesar de ser precontractual, porque dicho acto manifiesta la voluntad de la Administración de frustrar el procedimiento licitatorio o concursal, impidiendo la celebración del contrato, y por lo tanto no se profería con ocasión de la actividad contractual.

¹ Ver, entre otros: *) Sentencia del 29 de junio de 2000. Exp: 16.602. Actor: Sociedad Baupres Limitada Pilotos Prácticos BPP. Demandado: ECOPETROL. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. *) Auto que dictó la Sección Tercera el 23 de mayo de 2002. Exp. 22.049. Actor: Ansiscom. Demandado: Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil (Fondo Rotatorio). Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Para la Sala esa tesis resulta contraria al verdadero sentido de la ley, pues de la interpretación armónica de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 87 del C. C. A., se evidencia que la intención del legislador no fue crear diversos términos de caducidad o acciones diferentes a la contractual para demandar los actos producidos durante la formación del contrato.

Si esto fuera así, el acto de adjudicación del contrato también tendría un término de caducidad diferente, pues el artículo 24 citado anteriormente lo incluye como aquellos expedidos durante la actividad contractual o con ocasión de ella de la misma forma en que trata el que declara desierto el proceso de escogencia.

Además es precisamente la actividad contractual la que da origen al acto de declaratoria de desierto de un proceso licitatorio o concursal pues si no fuera así, dicho acto no existiría toda vez que no habría lugar a su expedición porque qué se haría frustrar o finalizar?

Entonces, no existe una razón legal de la cual se deduzca que el acto que declara desierto el proceso licitatorio o concursal tenga un término de caducidad diferente al consagrado en el artículo 87 del C. C. A., toda vez que se trata de un acto expedido durante la actividad contractual y con ocasión de ella, que precisamente finaliza el proceso por las razones previstas en la ley 80 de 1993.

Por consiguiente, se analizará si la demanda que pretende la nulidad del acto de adjudicación de contrato se presentó dentro del término de caducidad de 30 días previsto en el artículo 87 del C. C. A.”²

Despejada entonces cualquier inquietud respecto del término de caducidad que debe aplicarse para controvertir la legalidad de la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, se tiene que dicho término debe contabilizarse de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, en cuanto establece que: *"En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil"*.

De acuerdo con esa previsión legislativa se encuentra establecido en el caso concreto que la Resolución demandada fue comunicada al demandante mediante oficio recibido el 13 de octubre de 1999 (folio 1 cuaderno 2) por lo cual se impone concluir que en cuanto la demanda se presentó el 25 de noviembre de 1999, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue ejercida oportunamente, toda vez que los treinta (30) días previstos en la ley para que operase la caducidad de la acción vencían el día 29 de noviembre de 1999.

1.2. Los poderes otorgados en la apelación.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 2 de agosto de 2006, exp. 30141, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En los alegatos de conclusión presentados ante esta Corporación, la parte actora solicitó que se rechazaran las apelaciones presentadas por el señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA y el Departamento de la Guajira.

Respecto del señor GAMEZ HINOJOSA señaló que el poder se encontraba indebidamente otorgado, puesto que habría conferido poder para que representara a la entidad demandada cuando él solamente es un llamado en garantía con fines repetición; sobre el poder aportado por el apoderado del Departamento de la Guajira consideró que el acto administrativo aportado por el Gobernador encargado no era idóneo para demostrar la facultad legal para conferir poder.

Pues bien, acerca del poder otorgado por el señor GAMEZ HINOJOSA (folio 345 cuaderno principal), la Sala encuentra que de acuerdo con lo señalado en el artículo 65 del C. de P.C., aplicable según las previsiones del artículo 267 del C.C.A., se exige que en los poderes especiales se determine con claridad el asunto para el cual se confiere el respectivo mandato, de tal modo que no pueda confundirse con otro. Si bien es cierto que en el mencionado poder se indicó que el poder se otorgaba para que *“represente a la entidad demandada”*, lo cual sin lugar a dudas no corresponde con la calidad procesal de llamado en garantía con fines de repetición que ocupa en el proceso el señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA, no es menos cierto que tal manifestación no crea confusión acerca del asunto para el cual se otorgó el mandato, ya que no existe duda que el poderdante se encuentra vinculado al proceso como llamado en garantía con fines de repetición y que el fin del recurso interpuesto por su apoderado no es otro que el de impugnar la condena impuesta por el Tribunal *a quo*, tal y como se señala en el escrito presentado por el aludido apoderado judicial el 8 de octubre de 2002 (folios 344 cuaderno principal):

*“(…) en mi condición de Apoderado del señor **JAVIER GAMEZ HINOJOSA**, según poder adjunto, por medio del presente escrito promuevo **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de fecha septiembre 26 del año que transcurre, dentro del proceso arriba referenciado, por medio del cual se condenó a mi poderdante a pagar al Departamento de la Guajira el diez por ciento (10%) del valor de la condena impuesta mediante esa sentencia.*

El propósito de este recurso es que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto accedió a condenar a mi representado y en su lugar se desestime su llamamiento en garantía, conforme a la sustentación que oportuna y suficientemente haré ante el Honorable Consejo de Estado.” (Subraya la Sala)

En este orden de ideas, para la Sala la imprecisión contenida en el poder presentado constituye un defecto de orden formal que de manera alguna puede desconocer el derecho que le asiste a toda persona para acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Sin duda, rechazar la apelación presentada por el señor GAMEZ HINOJOSA, cuando se encuentra absolutamente clara la calidad en la cual fue vinculado a este proceso y por la cual impugna la decisión de primera instancia – llamado en garantía- traería el efecto perverso de incurrir en una *“frustración ritual*

del derecho” o “*exceso ritual manifiesto*”, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renunciando conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, de lo cual se derivaría una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial³.

Además es obvio que si el poderdante no representa a la entidad demandada sino que es su llamado en garantía, mal podría aceptarse como lógico que pudiere otorgarle poderes en nombre de ella.

Ahora bien, en cuanto al acto administrativo por medio del cual se acreditó la calidad de Gobernador encargado de la Guajira respecto del doctor ALEX CORONADO FELIZZOLA, considera la Sala que se trata de una copia auténtica, con valor probatorio, toda vez que se encuentra suscrita en original por el Secretario General de la Gobernación de la Guajira.

2. Aspectos sustanciales.

2.1. Las pruebas aportadas al proceso.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo⁴ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía⁵ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.⁶, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del

³ Es preciso señalar que la “frustración ritual del derecho” denominada por la Corte Constitucional colombiana como “*exceso ritual manifiesto*” no es una figura extraña en la jurisprudencia y doctrina comparada. La Corte Suprema argentina, en el caso Colalillo Domingo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata, fallado el 18 de septiembre de 1957, expuso: “[E]l proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte. (...) la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad es indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual del derecho”. En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_07_055.pdf.

⁴ Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

⁵ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

⁶ Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros*

fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”

Previo a examinar de fondo los recursos de apelación propuestos, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

2.1.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos, debidamente decretados como pruebas, se allegaron al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

2.1.1.1. Circular 0134 del 21 de junio de 1999, expedida por el Director General de la DIAN, por medio de la cual se solicitó al Departamento de la Guajira verificar las obligaciones tributarias de los proponentes en los procedimientos de contratación (folio 71 cuaderno 1)⁷.

2.1.1.2. Póliza de seriedad de la oferta No. 0210448559 del 9 de junio de 1999, expedida por la Compañía de Seguros La Previsora S.A., por cuenta de la sociedad ÁVILA LTDA., (folio 72 cuaderno 1).

2.1.1.3. Modificación de la Póliza de seriedad de la oferta No. 10448559, expedida por la Compañía de Seguros La Previsora S.A., ampliando las coberturas (folio 73 cuaderno 1).

2.1.1.4. Concepto del 27 de septiembre de 1999, por el cual el Jefe Jurídico de la Contraloría General de la República se refiere al rechazo de ofertas por la ocurrencia de presuntas falsedades en la información y la insuficiente cobertura de la póliza de seriedad de la propuesta, dirigido al Gobernador del Departamento de la Guajira (folios 74 a 77 cuaderno 1).

2.1.1.5. Oficio del 8 de septiembre de 1999, por medio del cual la Jefe de la División Normativa y de Doctrina Tributaria de la DIAN absolvió la consulta sobre el procedimiento de Declaración de Renta y Complementarios (folio 78 cuaderno 1).

2.1.1.6. Acta de la audiencia pública de adjudicación de la Licitación Pública No. 0001 de 1999 celebrada por el Departamento de la Guajira el 28 de septiembre de 1999 (folios 83 a 93 cuaderno 1).

2.1.1.7. Resolución No. 094 del 4 de agosto de 1999, por medio de la cual el Gobernador de la Guajira atendió la solicitud de recusación presentada por la Sociedad ÁVILA LTDA., en contra del Secretario de Obras Públicas y Vías del Departamento (folio 94 cuaderno 1).

2.1.1.8. Balance general y estados de pérdidas y ganancias presentados en la propuesta de la sociedad ÁVILA LTDA., (folios 95 a 102 cuaderno 1).

⁷ La mencionada Circular 0134 del 21 de junio de 1999, fue declarada nula por falta de competencia, mediante la Sentencia que profirió el Consejo de Estado a través de la Sección Tercera en abril 28 de 2005, expediente 17.103, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

2.1.1.9. Declaración de Renta y Complementarios de la Sociedad ÁVILA LTDA., correspondiente al año gravable de 1997 (folio 103 cuaderno 1).

2.1.1.10. Declaración de Renta y Complementarios de la Sociedad ÁVILA LTDA., correspondiente al año gravable de 1998 (folio 104 cuaderno 1).

2.1.1.11. Denuncia penal instaurada por el Gobernador de la Guajira ante el Director Seccional de Fiscalías del Departamento, por la presunta falsedad en la documentación financiera presentada por la sociedad ÁVILA LTDA., en el curso de la Licitación No. 001 de 1999 (folios 137 a 143 cuaderno 1).

2.1.1.12. Denuncia instaurada por el Gobernador de la Guajira ante la Directora Seccional de la DIAN, por la presunta falsedad en la documentación financiera presentada por la sociedad ÁVILA LTDA., en el curso de la Licitación No. 001 de 1999 (folios 144 a 150 cuaderno 1).

2.1.1.13. Queja instaurada por el Gobernador de la Guajira ante el Procurador General de la Nación, por la presunta falsedad en la documentación financiera presentada por la sociedad ÁVILA LTDA., en el curso de la Licitación No. 001 de 1996 (folios 155 a 158 cuaderno 1).

2.1.1.14. Aclaración de la compañía de seguros La Previsora S.A., sobre la cobertura de la póliza de seriedad de la oferta, expedida a la sociedad ÁVILA LTDA., (folio 190 cuaderno 1).

2.1.1.15. Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999 “*por medio de la cual se declara desierta una licitación*”, proferida por el Gobernador de la Guajira en el curso de la Licitación No. 001 de 1999 (folios 2 a 7 cuaderno 2).

2.1.1.16. “Términos de Referencia” de la Licitación No. 001 de 1999, cuyo objeto lo constituyó la Construcción de la Biblioteca Departamental del Municipio de Riohacha (folios 9 a 126 cuaderno 2).

2.1.1.17. Informe de evaluación de las ofertas, presentado el 12 de agosto de 1999 por el Comité Evaluador (folios 166 a 223 cuaderno 2).

2.1.1.18. Observaciones formuladas al informe de evaluación, por parte de la sociedad ÁVILA LTDA., (folios 238 a 299 cuaderno 2).

2.1.1.19. Respuesta del Comité Evaluador, del 15 de septiembre de 1999, respecto de las observaciones efectuadas por los proponentes al informe de evaluación del 12 de agosto de 1999 (folios 300 a 413 cuaderno 2).

2.1.1.20. Oferta presentada por la sociedad ÁVILA LTDA., (cuaderno 3 en 678 folios).

2.1.2. Testimonios.

De acuerdo con lo ordenado en el auto de pruebas, el Tribunal *a quo* recibió los siguientes testimonios:

2.1.2.1. Declaración del señor SAMUEL PULIDO COY (folios 176 a 179 cuaderno 1). En su calidad de miembro del Comité Evaluador de las ofertas señaló que la propuesta presentada por la sociedad ÁVILA LTDA., tuvo inconsistencias en la información financiera registrada con la oferta y la declaración de renta, pero

consideró que debía calificarse la propuesta dejando la anotación al respecto. Que el señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA se separó de dicho criterio mayoritario y consideró que la oferta debía ser rechazada.

2.1.2.2. Declaración del señor CARLOS CAICEDO MESTRE (folios 180 a 184 cuaderno1). Manifestó que se encargó de la evaluación de los aspectos técnicos y económicos de las propuestas presentadas en la Licitación No. 001 de 1999. Señaló que el Comité Evaluador decidió calificar todas las propuestas y solamente observaciones acerca de las inconsistencias encontradas. De este criterio mayoritario se apartó el señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA, quien consideró que las ofertas que presentaban inconsistencias debían ser rechazadas.

2.1.2.3. Declaración del señor WALTER CONSUEGRA NIETO (folios 185 a 189 cuaderno 1). Como encargado de calificar los aspectos jurídicos de las propuestas presentadas en la Licitación No. 001 de 1999, explicó que el señor GAMEZ HINOJOSA encontró discrepancias en los estados financieros presentados por la sociedad ÁVILA LTDA., sin embargo, en su concepto, dicha situación no podía considerarse como una presunta falsedad. En cuanto a la póliza de seriedad de la oferta, se encargó de solicitar por escrito la aclaración a la compañía de seguros dos días antes de la celebración de la audiencia de adjudicación.

2.1.3. Interrogatorio de parte.

De acuerdo con lo solicitado por la entidad territorial demandada, el Tribunal *a quo* recibió la declaración del señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA (folios 192 a 198 cuaderno 1), llamado en garantía con fines de repetición.

Como responsable de evaluar la parte financiera de las ofertas presentadas en la Licitación No. 001 de 1999, consideró que la oferta de la sociedad ÁVILA LTDA., debía ser rechazada porque presentaba inconsistencias en la información financiera al ser contrastada con la declaración de renta correspondiente al año de 1998. Así mismo, indicó que la póliza de seriedad de la oferta solamente amparaba el incumplimiento del contratista de no firmar el contrato en caso de ser favorecido con la adjudicación. Afirmó que las declaraciones de renta fueron solicitadas a todos los proponentes. En su concepto, al existir discrepancias en los documentos presentados por la sociedad era evidente que se presentaba una presunta falsedad en uno de ellos, que estaba sancionada en el Pliego de Condiciones con rechazo de la oferta. Agregó que si bien es cierto la Declaración de Renta no era un documento exigido con la propuesta la DIAN había exigido que se hiciera dicha constatación.

3. La estructura genérica de los procedimientos administrativos de selección contractual.

Como es bien sabido, en atención a los principios de igualdad, imparcialidad, selección objetiva, transparencia, moralidad, economía y, naturalmente, libre concurrencia, entre muchos otros de importancia, la regla general enseña que la Administración Pública debe seleccionar a sus colaboradores particulares o mejor a sus co-contratantes privados –entiéndase a sus contratistas– con estricta sujeción a los procedimientos reglados o preestablecidos en las leyes y reglamentos, ello en orden a asegurar la consecución de los fines de la contratación estatal y en especial la satisfacción del interés general que se encuentra inmerso en toda la actividad contractual de las entidades estatales.

Sobre el particular esta Corporación ha explicado lo siguiente:

“Lo cierto es, por tanto, que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella. En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.”⁸

El artículo 30⁹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993 –norma aplicable al caso concreto en examen–, se ocupó de regular con detalle¹⁰ las diferentes etapas y actuaciones que en definitiva integran el procedimiento administrativo de selección de los contratistas particulares, cuya observancia resulta imperativa para las entidades estatales cada vez que pretenden la celebración de un contrato.

Así pues, según la norma legal en cita, cuando una entidad estatal requiere escoger a un contratista privado, debe recorrer la ruta que en términos generales está conformada por las siguientes actuaciones, sin perjuicio, claro está, de acudir a la aplicación de disposiciones especiales que se ocupen del tema, cuando a ello haya lugar:

- i).-** La entidad estatal, previa verificación de la existencia de disponibilidad presupuestal y mediante acto administrativo debidamente motivado, debe ordenar la apertura del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual (artículo 30 numeral 1º, Ley 80);
- ii).-** La misma entidad estatal debe elaborar el respectivo pliego de condiciones y ponerlo a disposición de los interesados (artículo 30 numeral 2º, Ley 80);
- iii).-** La orden de apertura del procedimiento administrativo de selección debe ser divulgada y publicitada según la periodicidad y el contenido mínimos que al respecto señalan las disposiciones correspondientes (artículo 30 numeral 3º, Ley 80);

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Algunos de los numerales del artículo 30 de la Ley 80 han sido modificados, en aspectos puntuales, por disposiciones de la Ley 1150 de 2007, de la Ley 1474 de 2011 y del Decreto-ley 19 de 2012.

¹⁰ En sentido similar el Decreto-ley 222 de 1983, mientras mantuvo vigencia en el ordenamiento colombiano, también reguló con precisión cada uno de los pasos que las autoridades competentes debían cumplir para la selección de sus respectivos contratistas particulares, tal como lo evidencian, entre otros, los artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y demás concordantes del aludido y hoy derogado Estatuto de Contratación Administrativa.

- iv).**- A petición de los potenciales oferentes interesados –sin perjuicio de que la entidad estatal la programe de oficio– se deberá(n) realizar una (o varias) audiencia(s) para aclaración y precisión del contenido y alcance del pliego de condiciones –así como para revisar la asignación de riesgos–, actuación que no excluye la posibilidad de que cualquier persona formule sus inquietudes, interrogantes, sugerencias, observaciones, etc., en ejercicio del derecho fundamental de petición cuya respuesta, así como cualquier ajuste, modificación o cambio que se introduzca en el pliego de condiciones, como es lógico y para preservar el principio y a la vez derecho fundamental a la igualdad, debe darse a conocer a todos aquellos que tengan interés en participar en el procedimiento de selección contractual de que se trate (artículo 30 numeral 4º, Ley 80);
- v).**- La entidad estatal contratante debe llevar a efecto la diligencia de apertura del correspondiente procedimiento de selección contractual, oportunidad a partir de cuya realización cualquier interesado podrá depositar su respectiva propuesta (artículo 30 numeral 5º, Ley 80);
- vi).**- El plazo de la licitación, esto es el término que ha de transcurrir entre la diligencia de apertura y el cierre del correspondiente procedimiento de selección, ha de establecerse en función de la naturaleza –cuestión que involucra el análisis sobre la complejidad–, el objeto y la cuantía del contrato cuya celebración se pretende (artículo 30 numeral 5º, Ley 80);
- vii).**- La entidad estatal contratante debe realizar la diligencia de cierre, la cual tiene lugar en el momento en que finaliza la oportunidad para que los interesados puedan presentar válidamente sus ofertas y, por tanto, allí se verifica cuáles y cuántas se presentaron; cuáles son las características generales de cada una de ellas; los datos relevantes de la identificación de cada oferente, monto o cuantía de cada oferta, plazo ofrecido para la ejecución del contrato, etcétera (artículo 30 numeral 5º, Ley 80);
- viii).**- La entidad estatal debe proceder al examen y evaluación comparativos –tanto a la luz de las normas legales vigentes como de las exigencias y las previsiones específicas del pliego de condiciones–, de las ofertas recibidas; de ordinario ese examen comparativo comprende la realización de estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la calificación de las propuestas, estudios a partir de los cuales deben elaborarse los correspondientes informes de evaluación (artículo 30 numeral 7º, Ley 80);
- ix).**- Los informes de evaluación de todas las propuestas deben ponerse a disposición de todos los oferentes para que, durante esa suerte de traslado, tengan la oportunidad de formular sus comentarios, críticas, observaciones o inquietudes en relación con los mismos (artículo 30 numeral 8º, Ley 80);
- x).**- Aunque no se encuentre plasmada de manera formal como una etapa del procedimiento de selección contractual, es natural que la entidad estatal contratante deba disponer de un término razonable para revisar las intervenciones que se hubieren producido a propósito del traslado de los informes de evaluación comparativa de las ofertas y re-examine entonces tales informes a la luz de las aludidas intervenciones, bien para corregirlos o ajustarlos o bien para reafirmar sus conclusiones iniciales (artículo 30 numeral 9º, Ley 80);

xi).- Contando con todos los elementos de juicio que resultan tanto de la evaluación comparativa de las ofertas –evaluación que debe estar fundada en el estudio igualmente comparativo de tales propuestas–, como de la revisión de las observaciones, las críticas o los comentarios formulados en relación con dicha evaluación comparativa, la entidad estatal contratante debe adoptar una decisión final con la cual está llamado a culminar el correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual (artículo 30 numeral 10º, Ley 80).

3.1.- Las decisiones de adjudicación y de declaratoria de desierta de los procedimientos administrativos de selección contractual.

Los procedimientos administrativos de selección contractual, en línea de principio, deberían concluir o terminar con la adopción de la correspondiente **adjudicación o selección**, que siempre deberá recaer sobre la oferta más favorable, escogencia que obligatoriamente debe efectuarse de manera objetiva, para cuyo propósito resulta indispensable entonces que la evaluación comparativa de las propuestas se realice con estricta y rigurosa sujeción tanto a los factores o criterios de selección como a su ponderación precisa, detallada y concreta, todo según lo consignado previamente en el correspondiente pliego de condiciones.

La decisión de **adjudicación** o de **selección**, que por regla general es irrevocable¹¹, genera efectos vinculantes y mutuamente obligatorios para la entidad estatal contratante y para el oferente particular adjudicatario o seleccionado, sea singular o plural; precisamente por su generalizada característica de irrevocabilidad, por lógica elemental, ese acto administrativo no admite recursos en la vía gubernativa, tal como lo precisa de manera expresa el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80¹².

De otro lado, en lo que sin duda constituye un resultado frustrante tanto para el interés general, como para las necesidades que pretendían satisfacerse con la celebración y ejecución del contrato estatal proyectado; resultado frustrante tanto para la entidad estatal que diseñó, impulsó y llevó hasta su culminación el respectivo procedimiento administrativo de selección contractual al que, por tanto, le invirtió tiempo al igual que recursos humanos y presupuestales, como frustrante también para los oferentes que atendieron la convocatoria que se les hizo, que hicieron el esfuerzo de elaborar y estructurar sus ofertas y que participaron activamente en tal procedimiento administrativo de selección contractual, con todos los costos que ello les representa, se tiene que esa clase de procedimientos administrativos también pueden finalizar de una manera que naturalmente no era la que se esperaba cuando se emprendió su realización, circunstancia que se materializa cuando no resulta posible efectuar una selección objetiva, caso en el cual la finalización o terminación del respectivo procedimiento administrativo corresponderá a la decisión de **declararlo desierto**, en cuya virtud se adoptará la

¹¹ Se dice que la adjudicación “en principio” es irrevocable, porque si bien el artículo 35 del Decreto-ley 222 de 1983 disponía que la resolución de adjudicación es irrevocable, sin contemplar excepciones al respecto, cuestión que mantuvo el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 en cuya virtud se tenía que “[e]l acto de adjudicación es irrevocable ...”, línea que reiteró el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que en esta última disposición introdujo unas excepciones expresas al respecto, según las cuales “... si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado ...”.

¹² Así lo precisa la parte inicial del parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80, a cuyo tenor: “El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa”.

determinación de no adjudicarlo o de no seleccionar a uno sólo de los ofrecimientos recibidos, concepto que la jurisprudencia de la Sala ha concretado en los siguientes términos:

“(...) la declaratoria de desierta es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración”¹³

3.1. Causales de declaratoria de desierta de una licitación.

Ahora bien, la decisión de declarar desierto un procedimiento administrativo de selección contractual –dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico–, también se encuentra debidamente reglada y, por tanto, a su adopción sólo podrá procederse cuando se configuren las causales o hipótesis fácticas previstas expresamente en las normas vigentes para el efecto; así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades:

“(...) La facultad de adjudicar la licitación o no adjudicarla, que se reserva la Administración, entonces, debe entenderse en el sentido de que, eventualmente, el proceso de selección adelantado podría culminar sin la escogencia de un contratista, a pesar de constituir ésta su objeto esencial, pero ello sólo sucedería excepcionalmente, en los eventos expresa y taxativamente previstos por la norma.”¹⁴ (Se subraya).

En consecuencia, al puntualizar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultad legal para declarar desierta una licitación por razones diferentes a las expresamente señaladas en la ley, se reafirma que en todas aquellas circunstancias en las cuales no se configure un específica causal de declaratoria de desierta, la entidad estatal competente debe efectuar la adjudicación a la oferta más favorable, tal como lo ha puesto de presente la Jurisprudencia de esta Sala:

“(...) la decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional ..., sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda la selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente.”¹⁵

Esta postura se reiteró en la sentencia 15.235 proferida el 24 de junio de 2004:

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2010, exp. 20.811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683 C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁵ Sentencia 3335 del 20 de junio de 1983 citada en la sentencia 13.683 de 2004, ya referida.

“La regla de la adjudicación compulsoria¹⁶ obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable.”¹⁷

A propósito del carácter eminentemente reglado de la decisión administrativa de declaratoria de desierta y de las causales que las normas legales han consagrado para su procedencia, conviene hacer un examen comparativo de las normas actualmente vigentes en relación con lo que al respecto prescribía el anterior Estatuto de Contratación Administrativa, para evidenciar la magnitud del cambio o de la modificación legislativa que en esa materia se produjo a partir del año de 1993.

Así rezaba el artículo 42 del Decreto-ley 222 de 1983:

“ARTICULO 42. DE CUANDO SE DECLARA DESIERTA LA LICITACION O CONCURSO DE MERITOS. - El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:

“1. Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.

“2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias.

“3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.

“4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas [se refiere a las ofertas] de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso.

“5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante.

“En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada.”

¹⁶ Cita original de la providencia transcrita: *“La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993)”*.

¹⁷ Sentencia 15.235 del 10 de diciembre de 2004. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD GEOMINAS S.A.

Como se puede apreciar, la Administración Pública no sólo contaba con facultades legales para declarar desierto uno de los procedimientos administrativos de selección contractual sino que se encontraba en el deber de hacerlo siempre que se presentara uno cualquiera de los eventos contemplados en alguno de los cinco (5) numerales que integraban la norma.

Esa facultad-deber, en cuanto comportaba –al igual que lo sigue comportando en la actualidad– la expedición de un acto administrativo y en consecuencia, por definición, el ejercicio de una potestad que ha sido directa y expresamente atribuida por la ley, también le imponía –como en la actualidad le sigue imponiendo– a la entidad pública contratante la carga de motivar, de manera real, clara, completa y suficiente las razones de su decisión.

No obstante lo anterior, en cuanto el inciso final de la norma transcrita no incluyó de manera expresa a los casos del numeral 5º para efectos de exigirle el deber de que la declaratoria de desierto se tuviere que realizar *“mediante resolución motivada”*, surgieron interpretaciones doctrinales encaminadas a sostener que las entidades públicas contratantes habrían quedado legalmente relevadas del deber de motivar esa clase de actos administrativos cuando la correspondiente declaratoria de desierto se hubiere proferido porque *“... las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante”*, razón por la cual, frente a regulaciones similares, la Sala precisó que en esos casos también debía motivarse de manera clara el acto respectivo, por la sencilla pero suficiente razón de que las entidades contratantes se encuentran en el deber de explicar suficientemente el fundamento de sus decisiones, en esos casos referidos a la inconveniencia predicada respecto de cada propuesta.

Así se expuso en la sentencia del 26 de febrero de 2009, radicación No. 30.329 del 26 de febrero de 2009, al reiterar el planteamiento realizado en esa misma línea en oportunidades anteriores:

“... la Sala ha considerado que la Administración debe sustentar razonada y objetivamente los motivos de ‘inconveniencia de las propuestas’, al momento de invocar dicha causal para declarar desierto una licitación y que, en todo caso, está en la obligación de verificar los hechos que determinan tal inconveniencia. Para tal efecto, es necesario un estudio serio y técnico, en el cual se comparen las propuestas atendiendo los factores objetivos y, en caso de duda en alguno de los criterios, la Administración debe indagar y comprobar los

hechos con el fin de incluir o rechazar alguna de las ofertas presentadas, sin atender a parámetros subjetivos”¹⁸.

Ya en la sentencia del 20 de febrero de 2003¹⁹, la Sala había sostenido:

“Aducir razones de inconveniencia, tal como lo permitía el ord. 5 del art. 265 del Código Fiscal, como quiera que éstas no están definidas por la ley, remite a lo que la doctrina ha denominado ‘cláusulas abiertas’ o ‘conceptos jurídicos indeterminados’, los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma, con un mayor margen de apreciación.

“.....

“En el caso que se examina, no bastaba que la Administración considerara que las propuestas resultaban inconvenientes, puesto que aquí se hallaba en frente de un concepto indeterminado por la ley. No le era suficiente considerar que la denuncia presentada ponía en duda el proceso de la invitación, sino que era su deber para llegar a tal conclusión y poder tomar la determinación de declarar desierto el proceso licitatorio, que realizara previamente la verificación de las denuncias hechas y el examen exhaustivo de las propuestas, que le permitieran concluir que, en efecto, los precios de las ofertas se encontraban en la situación denunciada; para determinar el concepto en el caso concreto, debió probar los hechos que tornaban la propuesta inconveniente ...”. (Se subraya).

En similar sentido se encuentra el pronunciamiento que recoge la sentencia del 7 de diciembre de 2004, radicación No. 13.683, en la cual se señaló:

“(...) la Administración no puede adoptar decisiones irrazonadas o fundadas en el solo capricho de la autoridad respectiva. Aquéllas deben atender siempre al objetivo de servir a los intereses generales, y su sustento debe resultar coherente con la garantía de los principios citados. Por esta razón, el Código Contencioso Administrativo prevé, en su artículo 36, que, aun tratándose de decisiones discrecionales, éstas deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y proporcionales a los hechos que les sirven de causa.

No puede entenderse, entonces, la previsión contenida en el Código Fiscal del Distrito Capital e incluida en los pliegos de condiciones correspondientes a las licitaciones objeto del presente proceso, referida a la reserva, por parte de la entidad pública, de la facultad de adjudicarlas o no adjudicarlas, como una potestad ilimitada y arbitraria. Si tal fuera su sentido, dicha previsión resultaría claramente contraria a las normas constitucionales y legales que acaban de mencionarse y

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2009, exp. 30.329, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2003, exp. 9729, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

podría ser retirada del ordenamiento, al menos para la decisión del caso concreto, en aplicación del artículo 4º de la Carta Política.

En efecto, no cabe duda de que la adopción de la decisión de no adjudicar una licitación, por parte de la autoridad competente en una determinada entidad estatal, sin fundamento alguno y por la sola voluntad de aquélla, resultaría contraria a los principios consagrados en tales normas, y especialmente a los de economía y eficacia, lo que aparece evidente de la lectura de los apartes del artículo 3º del C.C.A., antes citado, en los que se alude al contenido de los mismos. Establece este artículo que, '[e]n virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta ... que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos ...', y '[e]n virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias ...'.

Una tal decisión resultaría, igualmente, contraria al postulado de la buena fe, dado que, como lo ha expresado esta Sala, las entidades públicas 'no pueden manejar la contratación administrativa con INFORMALIDAD, pues cuando se abre una licitación SUSCITA INTENCIONALMENTE CONFIANZA. No se puede invitar a las personas ... a participar en la licitación, bajo el entendido de que al final del proceso estén obligadas, sin más ni más, a renunciar a sus derechos, o a someter su libertad a restricciones desproporcionadas'.²⁰

“.....

Si bien, entonces, no puede desconocerse que el procedimiento de adjudicación de una licitación, como muchos otros, no es totalmente reglado, en el ejercicio de las facultades discrecionales que dentro del mismo le competen, la Administración debe someterse a ciertas reglas previamente trazadas y, sobre todo, velar, al adoptar sus decisiones, por el cumplimiento de los fines propios de la función que le corresponde, conforme a la Constitución y la ley.

En ese sentido, el artículo 36 del C.C.A., ya mencionado, establece que '[e]n la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa'. De ello se desprende claramente que, entre nosotros, la discrecionalidad no puede ser entendida, ni por asomo, como sinónimo de arbitrariedad, y que su ejercicio podrá ser siempre objeto de control judicial, que deberá realizarse teniendo en cuenta los aspectos aludidos en la norma citada, esto es, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que otorga la facultad y la proporcionalidad de aquélla respecto de los hechos en que se funda.’²¹

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de mayo de 1992, exp. 6307. C. P. Julio César Uribe Acosta.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Pues bien, de las cinco causales establecidas en el Decreto-ley 222 de 1983, la Ley 80, expedida en el año de 1993, según los términos del numeral 18 de su artículo 25, redujo las causales de declaratoria de desierta a una sola que recoge todas las hipótesis en las cuales resulte **imposible efectuar la escogencia de manera objetiva**, al tiempo que determinó de manera imperativa que en el correspondiente acto administrativo deben consignarse, de forma expresa y detallada, las razones que hubieren conducido a la respectiva declaratoria de desierta, así:

“Artículo 25.- DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

“.....

“18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso²² únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”

Y en relación con la necesidad de que el acto administrativo de declaratoria de desierta se motive de manera expresa, precisa y detallada, el numeral 7 del artículo 24 del mismo Estatuto de Contratación Estatal también dispuso:

“Artículo 24.- DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

“.....

“7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”. (Se ha destacado).

De esta manera, al ocuparse de regular la declaratoria de desierta de los procedimientos de selección contractual, la Ley 80 precisó **i)** que el acto administrativo que contenga la declaración de desierta de una licitación debe estar motivado, en todos los casos, de una manera precisa y detallada, y **ii)** que la motivación del acto debe fundarse únicamente en motivos o causas que impidan la escogencia objetiva.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del

²² La expresión “concurso” fue derogada posteriormente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, el principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de Contratación Estatal²³ y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993²⁴, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar²⁵.

²³ “Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.

(...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección”. Gaceta del Congreso. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18.

²⁴ Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, **sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos**, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...).” (Destaca la Sala)

²⁵ Ley 1474 de 2011, artículo 88. *FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR*. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

“a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

En este sentido, todo lo que de manera concreta se regule, se consigne y se exija en el correspondiente pliego de condiciones acerca de la evaluación de las propuestas, resulta especialmente importante y exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, porque sólo así será posible cerrarle el paso a toda decisión arbitraria o caprichosa e incluso a toda clase de consideraciones discriminatorias o de favorecimiento por parte de las respectivas autoridades administrativas.

Pues bien, a propósito del principio constitucional (artículo 209 C.P.) y a la vez derecho fundamental (artículo 13 C.P.) a la IGUALDAD, cuyos alcances resultan necesariamente asociados con los principios constitucionales de moralidad, de imparcialidad y de publicidad, de cuya efectiva observancia pende en gran medida la realización concreta de los principios de transparencia y de selección objetiva, cabe mencionar que son muchas y muy variadas las manifestaciones y actuaciones específicas en las cuales debe reflejarse, así: **i)** En la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; **ii)** En la fijación de plazos suficientes y razonables que faciliten y permitan la libre concurrencia de los interesados; **iii)** En la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; **iv)** En el deber que asume la entidad estatal contratante de evaluar todas las propuestas; **v)** En la obligación de la entidad estatal contratante de aplicar de manera rigurosa y estricta los criterios de selección establecidos libremente por ella; **vi)** En el deber de la entidad estatal contratante de evaluar las propuestas con estricta sujeción a los parámetros de ponderación establecidos legal y libremente en el pliego de condiciones del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con mayor rigor o severidad a determinadas propuestas y ser laxa o permisiva con otras; y **vii)** En la imposibilidad, para la entidad estatal contratante, de variar los criterios establecidos para la evaluación de las ofertas y la ponderación de tales criterios²⁶.

“b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

“PARÁGRAFO. Adiciónese un párrafo 6o en el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

“El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos”.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366.

Como complemento fundamental de esa actuación que debe cumplirse de manera objetiva e imparcial, en las oportunidades que a título ilustrativo se dejan reseñadas, es claro que también la entidad estatal contratante se encuentra en el deber de observar a cabalidad el ya referido principio de publicidad, para cuyo propósito debe dar a conocer de manera completa y oportuna, entre otros, los informes comparativos de las evaluaciones de las ofertas recibidas, así como debe también atender y dar respuesta motivada a las observaciones que se formulen en relación con tales evaluaciones comparativas.

En este punto resulta de especial importancia para el análisis del caso concreto retomar las consideraciones que la Sala ha efectuado sobre la naturaleza y el contenido del pliego de condiciones.

4. Los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones.

El principio de selección objetiva del contratista además de servir de garantía para los proponentes respecto de los criterios de selección, permite a la Administración Pública cumplir con el cometido de adjudicar el contrato a la oferta que realmente –según sus propios estudios previos, realizados en virtud del principio de planeación– le resulte más favorable. En este sentido, el pliego de condiciones que se debe confeccionar por la entidad pública antes de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección contractual, se erige en la base fundamental de este deber, pues permite concretar el concepto jurídico indeterminado de “favorabilidad” en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en el pliego de condiciones se plasman tanto los criterios o factores de escogencia como la ponderación precisa y detallada de los mismos, los cuales constituyen las ‘reglas de juego’ que permitirán determinar objetivamente cuál es la oferta más ventajosa.

En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan, así como la construcción de los mismos de acuerdo con las necesidades de la contratación en el marco del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, la Sala sostuvo lo siguiente:

“(…) los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

Los primeros [requisitos de participación], permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos [criterios de evaluación o calificación de las ofertas], posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en

cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993²⁷, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable.

En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

De ahí que la Sala considere que, si bien la Administración goza de autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que ella está enmarcada en los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación, deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que reclama la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, solo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias al fin del contrato²⁸ 29.

Según lo expuesto, tanto los criterios de selección como la ponderación precisa y detallada de cada uno de ellos se deben establecer y definir para cada procedimiento administrativo de selección contractual en función de una adecuada etapa de planeación³⁰ que efectúe la entidad a partir de unos apropiados estudios

²⁷ El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

²⁸ Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.”

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 2006, expediente 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ En relación con los alcances, la importancia y los efectos del Principio de Planeación en materia de contratación estatal se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: agosto 31 de

previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección y una ponderación de los mismos que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación.

4.1. La naturaleza jurídica de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones.

En un pronunciamiento relativamente reciente, la Sala puntualizó –tal como ahora se reafirma– que del pliego de condiciones es posible predicar una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general –que no como un reglamento, habida consideración de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación y/o hasta finiquitarse todo lo atinente a la ejecución y liquidación del contrato–, igualmente, una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría una suerte de “mutación” en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado del mismo.

En este sentido, discurrió la Sala de la siguiente manera:

“En primer lugar, porque el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, éste es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo —en tanto no se agota con su aplicación— y se expide en ejercicio de la función administrativa.

Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

(...)

En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.

Así, por ejemplo, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen, por agotamiento, las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación —apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación—, entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto “acto administrativo”.

En cambio, las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretenden adquirir, la estipulación sobre las garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como “cláusulas” del mismo —teniendo efectos, en adelante, sólo entre la administración y el contratista. Más aún, este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podrían no reproducirse en el instrumento que contiene el clausulado y que, de ordinario, suscriben las partes, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego; de allí que la doctrina y la jurisprudencia sostengan que “el pliego de condiciones es la ley del contrato”, pues a él se acude, en adelante, para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación.

Las anteriores ideas reflejan que si bien el pliego, en su origen, es un típico acto administrativo, en el camino que recorre el proceso de selección y posterior ejecución contractual cambia su naturaleza, para convertir una buena parte de su contenido en cláusula contractual, pues múltiples condiciones perviven y se incrustan en el contrato mismo, rigiendo exclusivamente la relación administración-contratista”³¹.

Así mismo ha explicado la Sala³² que la configuración del pliego de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohiendo la Sala³³, partiendo de diferenciar entre las denominadas definiciones

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431.

³³ En relación con la aludida concepción pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

“materiales” o “positivas” de dicha figura y las catalogadas como “formales” o “negativas” de la misma, en cuanto las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley —lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones—, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere —expresa o implícitamente— a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando *«elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional»*³⁴.

Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

³⁴ **“Artículo 29. Del deber de selección objetiva.** La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación”.

Algo similar ocurre tratándose de las previsiones introducidas por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuyo numeral 2 fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1474:

“Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

“a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

Para las segundas, por su parte —las definiciones catalogadas como “formales” o “negativas”— el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el *objeto* de la facultad misma y el *cómo* ella debe ser ejercida —esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión—, sino la *forma* en la cual se configura —la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad—, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas parcialmente por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que —supuestamente, según estas posturas— todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de *indiferentes jurídicos*³⁵.

“b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad”.

³⁵ Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por Martín Bullinger, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la Administración frente a los demás poderes públicos —legislativo y judicial—, por manera que la facultad discrecional comporta un «*margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada*». Cfr. BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en *La Ley*, 1.831, 30 de octubre de 1987, Madrid, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura —claramente mayoritaria en dicho país— que concibe la discrecionalidad como un “*margen de libertad de decisión*” —Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 15ª edición, Trivium, Madrid, 1993, p. 317— conferido a la Administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por Luciano Parejo Alfonso, quien considera que la discrecionalidad «*consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad*», dentro del cual «*pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho aplicable*». Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de René Chapus. Cfr. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tomo I, 15ª edición, Montchrestien, París, 2001, p. 1056. También Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que «*el ejercicio de una potestad discrecional permite (...) una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (...). La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 455-456 y 460-461. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis. y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 26, afirman que «*potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la Administración Pública*». Por similares derroteros marcha el concepto que propone María José Alonso Más, para quien «*podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso (...), de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas*». Cfr. ALONSO MÁS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1998, p. 223.

Empero, esta Sala ha justificado ya por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general —prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior—, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado Social y Democrático de Derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir *libertad de elección* a la Administración, sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se soporten sus decisiones, semejantes comprensiones fácilmente pueden convertirse en una ‘patente de corso’ para la arbitrariedad. Las concepciones *formales o negativas* de la discrecionalidad, entonces, son aquellas que convierten esta figura en “*el caballo de Troya en el Estado de Derecho*”³⁶.

Lo hasta ahora expuesto permitió a la Sala ilustrar la manera en la cual ha de operar la Administración al momento de configurar los pliegos de condiciones —o los documentos equivalentes a los mismos— dentro de un procedimiento administrativo de selección contractual:

“(...) en primer lugar, las normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los parámetros a los cuales ha de ceñirse la elaboración de los referidos actos administrativos —los cuales luego se incorporarán, en lo pertinente, al clausulado contractual, según se explicó—, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la Administración la responsabilidad de fijar las reglas y los criterios que orientarán cada proceso de selección en particular; en segundo término, la Administración ejercerá esa facultad estableciendo los mencionados reglas y criterios —objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada— los cuales completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato; cual resulta evidente, esa actividad de la Administración es materialmente normativa.

*Y, en tercer término, aquello que debe hacer la Administración es subsumir —procedimiento de aplicación reglada del Derecho— en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos —en los pliegos de condiciones— por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los plurimencionados pliegos de condiciones o sus equivalentes. De ahí que esta concepción de la discrecionalidad encaje perfectamente con la postura que ha asumido la Sala en el sentido de sostener que la facultad que ejerce la entidad pública al adjudicar el contrato es eminentemente reglada y no discrecional, como en otras ocasiones se sostuvo.”*³⁷

³⁶ En la expresión de Hans Huber, traída a cuento por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en su *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 457.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431.

4.2. Los límites que debe respetar la Administración al configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

Ahora bien, al ocuparse de los límites que no pueden ser transgredidos por las entidades estatales contratantes al confeccionar pliegos de condiciones, la Sala se refirió a dos elementos:

i) Los elementos reglados, siempre existentes en toda decisión de la Administración que participe de la naturaleza de acto administrativo —y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se explicó, es mixta—:

*“En relación con los **elementos reglados** siempre presentes en el acto administrativo —cuya naturaleza posteriormente muta, para convertirse, en lo pertinente, en cláusula contractual— contenido de los pliegos de condiciones o de su equivalente, siguiendo los planteamientos de Vedel son, como mínimo, tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa —los pliegos, entre ellas— está reglada: el primero, la competencia del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los motivos, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre «material y jurídicamente exactos», aún cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos y, el tercero, el fin perseguido, el cual debe ser siempre de interés público.”³⁸*

ii) Los principios generales del Derecho y en particular de los principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993³⁹, circunstancia ésta que conduce a que más que a “principio”, deba hacerse referencia a la “regla general de la proporcionalidad”, como lo ha sostenido la Sala:

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

³⁹ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: **“Artículo 23. De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales.** Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

“El control por los principios generales del Derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al Derecho, incluyendo dentro de éste, como no podía ser de otra manera, la «(...) condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica» en que los principios se traducen. De este modo, el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales”⁴⁰.

Lo dicho conduce a concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones —pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas—, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración Pública para establecer los factores de escogencia entre los ofecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios elegidos en sede administrativa por los que él llegare a considerar más apropiados o más convenientes para el interés general⁴¹, a no ser que aquellos que establezca la Administración incurran en *error manifiesto de apreciación*, noción ésta en relación con la cual la Sala ha expresado lo siguiente:

“Debería la Corporación, en consecuencia, entrar a revisar si, con base en el material probatorio de que se ha hecho acopio tanto durante la actuación administrativa, como en el proceso judicial, incurrió la administración en el que ha dado en denominarse como “error manifiesto de apreciación” que, de acuerdo con lo sostenido por Miguel Sánchez Morón, debe dar lugar a un control judicial que no puede convertirse en una «fiscalización técnica, política o de oportunidad», de modo que únicamente procederá «allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable», es decir, cuando sea un control estrictamente jurídico, que no conduzca a la sustitución de una posición opinable por otra, pues «de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo».

También el juez de lo contencioso administrativo francés ha recurrido, para fiscalizar el poder discrecional de la administración, a la noción de

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 13074.

⁴¹ Se estaría, en estos casos, en el terreno del control judicial de las decisiones administrativas basadas en criterios técnicos o en el de lo que ha dado en denominarse “discrecionalidad técnica”, asunto del cual se ocupó la Sala en reciente pronunciamiento en el cual fijó algunos parámetros relacionados con los alcances de la fiscalización judicial de este tipo de decisiones. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

«erreur manifeste d'appréciation», de acuerdo con la cual, en palabras de Rivero y Waline, si resulta que la calificación de los hechos es tan evidentemente equivocada que hasta alguien sin conocimientos técnicos podría determinarlo, anulará la decisión; o, como diría Vedel, «se comprueba desde un punto de vista muy práctico: es manifiesto un error que salta a la vista sin necesidad de ser un experto muy sagaz».

Para este último autor el concepto de error manifiesto es una adquisición relativamente reciente de la jurisprudencia administrativa, siendo la primera sentencia que lo utilizó el arrêt Denizet, del 13 de noviembre de 1953, consolidándose a partir de entonces como uno de los elementos integrantes del aludido control mínimo. Vedel, en línea con lo que hasta ahora se ha venido exponiendo en esta providencia, explica de la siguiente manera la función que en la justicia contencioso administrativa desempeña la noción de error manifiesto: normalmente los motivos de Derecho, la materialidad de los hechos y su calificación jurídica, que son el fundamento de todo acto sometido al examen del juez del exceso de poder, están plenamente sometidos al control de éste. En cambio, la «apreciación de los hechos», especialmente cuando tiene un carácter técnico, «está cubierta por el poder discrecional de apreciación de la Administración». Sin embargo, reconocer a dicha discrecionalidad una extensión ilimitada conduciría, a abusos indudables —«tratándose, por ejemplo, de la apreciación de los inconvenientes estéticos de una construcción, se concibe que el abandono total de todo control jurisdiccional sería dar paso a la arbitrariedad»—. Pero, por otra parte, «integrar pura y simplemente la apreciación de los hechos en el control jurisdiccional vendría a hacer del juez el superior jerárquico de los administradores y transformarle, además, en un experto técnico con las calificaciones más variadas».

De suerte que, ante estas dos posturas que considera excesivas, refiere cómo el Consejo de Estado ha optado «por el camino de en medio» —que Vedel juzga prudente— de exigir que el error de apreciación tenga carácter manifiesto para que sea tenido en cuenta como tal por el juez, aunque, claro está, «el carácter manifiesto del error es materia de apreciación, pero esto es inevitable»⁴².

4.3. Incidencia de los principios en la configuración de los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

Buena parte de las exigencias a que se ha venido refiriendo la Sala se encuentran consagradas positivamente en la Ley 80 de la forma en que a continuación se expone:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, se deben definir “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso”, de acuerdo con la terminología empleada por la letra b) del artículo 24-

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

5 de la Ley 80 de 1993. Sobre el contenido de esta preceptiva legal, la Sección Tercera explicó:

*“En ese orden de ideas, las reglas que de manera **previa** a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación —toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato— han de ser reglas **justas**, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas **objetivas** en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes —principio de objetividad—.*

*Deben ser, así mismo, reglas **claras**, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas **completas**, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita “al estado del arte o de la ciencia” en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado.”⁴³*

En segundo lugar, los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección así como su correspondiente ponderación precisa y detallada, para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia así lo determinan —artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474— por lo cual tales criterios de escogencia y su respectiva ponderación deben ser proporcionados, objetivos y razonables, comoquiera que sólo así resultarán respetuosos de los principios de imparcialidad e igualdad de trato para todos los oferentes, a la vez que contribuirán a que los ofrecimientos que se presenten correspondan a las condiciones y características que la entidad requiere para que el objeto contractual resulte cabalmente cumplido y responda a

⁴³Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

las necesidades identificadas por la contratante, esto es a los requerimientos derivados del propósito de servir a los intereses generales.

Al respecto, la Sala expuso algunos casos ilustrativos:

“Así, por ejemplo, no resultarán proporcionados, objetivos, razonables y respetuosos de la igualdad e imparcialidad que han de gobernar el proceso de selección, previsiones en los pliegos que incluyan requisitos o factores de selección que, de antemano, puede saberse que sólo serán asequibles para un único eventual proponente; que respondan a consideraciones de orden político, racial o religioso —o cualquier otro constitucionalmente proscrito como sustento de tratamientos diferenciales para estos eventos—; que formulen exigencias técnicas, financieras, logísticas, entre otras, propias del contratista de una concesión de gran envergadura, verbigracia para la ejecución de una obra menor; que conduzcan a que la escogencia se efectúe con base en criterios irrelevantes —como lo proscriben los principios de razonabilidad y objetividad— de cara al cumplimiento del deber de selección objetiva; que defieran la elección del contratista a la interpretación subjetiva de la autoridad administrativa con competencia para decidir en cada caso y no al estricto acatamiento de las reglas fijadas en los pliegos mismos o que resulten tan vagas y etéreos que permitan el indebido direccionamiento del proceso de selección.”⁴⁴

En tercer y último término, existen diversas prohibiciones que no pueden ser desconocidas por la entidad contratante al configurar el pliego de condiciones, no sólo por cuanto actualmente se encuentran consagradas, de forma expresa, en el Estatuto de Contratación Estatal —letras d) y e) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993—, sino en consideración a que, de admitirse la inclusión, en los pliegos de condiciones, de previsiones que marchasen en contravía de las aludidas restricciones, sin duda se estaría avalando la consagración de reglas o de criterios manifiestamente arbitrarios, desproporcionados o irrazonables.

Se trata, entonces, de las prohibiciones consistentes en **(i)** introducir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento; **(ii)** prever exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que suministren las entidades; **(iii)** consignar reglas que induzcan en error a los proponentes y contratistas —especialmente cuando aquellas establezcan efectos o consecuencias contradictorios—; **(iv)** consagrar reglas que permitan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada y/o **(v)** fijar reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante.

En esta misma línea se encuentran también aquellos otros eventos en los cuales las propias normas legales prohíben de manera expresa a las entidades estatales exigir determinados requisitos a los potenciales oferentes, a través de los correspondientes pliegos de condiciones, tal como ocurre, por ejemplo, con la disposición consignada en el inciso 2º del apartado 6.1⁴⁵ del artículo 6 de la Ley 1150, norma en la cual después de puntualizar que la certificación acerca de la calificación y clasificación de los inscritos en el Registro Único de Proponentes del

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

⁴⁵ Norma legal que a pesar de la modificación que a su texto introdujo el artículo 221 del Decretoley 19 de 2012, en el punto que aquí interesa destacar se mantuvo inalterada.

Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio constituirá plena prueba de las circunstancias que en tal certificación se hagan constar y después de precisar que “... la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5º de la presente ley, se demostrará **exclusivamente** con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones”, concluye de manera categórica que “[e]n consecuencia, **las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro**”⁴⁶.

4.4.- La imposibilidad de determinar válidamente, en el pliego de condiciones, prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades respecto de los oferentes o causales de exclusión o de rechazo respecto de las ofertas.

Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales contratantes **no** cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones.

De ahí que las entidades estatales contratantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas que se encuentren en circunstancias de incumplimiento de requisitos esenciales o indispensables establecidos en el correspondiente pliego de condiciones –lo cual incluye aquellos que hoy la propia ley denomina “*requisitos habilitantes*”⁴⁷–, por lo cual no será válido que tras la apariencia de tales exigencias en realidad se disfracen u oculten inhabilidades o incompatibilidades distintas a las previstas en la Constitución o en la ley para impedir la participación de ciertos interesados en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual .

El planteamiento expuesto encuentra fundamento en los siguientes razonamientos cuya sencillez y claridad van de la mano con su contundencia:

⁴⁶ El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150, norma a la cual hace expresa referencia el aludido inciso 2º del apartado 6.1 del artículo 6 de esa misma Ley, para efectos de prohibir a las entidades estatales la exigencia de documentos que deban utilizarse para efectuar la inscripción en el Registro Único de Proponentes –RUP–, es del siguiente tenor:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”. (Se deja subrayado).

⁴⁷ Así lo recoge de manera expresa el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150, cuyo texto se encuentra transcrito en la nota a pie de página inmediatamente anterior.

i).- En primer lugar se impone recordar que si bien la normativa legal que rige la contratación pública, autoriza y confiere a las entidades estatales contratantes un amplio margen al momento de definir en los respectivos pliegos de condiciones, siempre de manera razonable y proporcional, cuáles son los requisitos y las exigencias que deben satisfacer las ofertas que se presenten en el curso de un determinado procedimiento administrativo de selección contractual y así poder identificar entonces de manera objetiva cuál de tales ofrecimientos resulta ser el más favorable, ello no altera por completo ni invierte la regla general que se deriva directamente de una de las dimensiones del Principio de Legalidad cuyas vigencia y obligatoriedad resultan consustanciales al ejercicio de las funciones públicas y al poder que en ellas va inmerso en un Estado Social y Democrático de Derecho, regla en cuya virtud las autoridades públicas no pueden ejercer sino aquellas funciones o desplegar las atribuciones que les hubieren sido expresamente asignadas o conferidas por la Constitución Política o las leyes de la República.

Al respecto han sido abundantes los desarrollos jurisprudenciales, de entre los cuales cabe destacar, por su claridad, el pronunciamiento que hizo la Corte Constitucional en su sentencia C-337 de 1993:

*"(...) Por otra parte, para la Corte no es de recibo el argumento de que el Gobierno puede perfectamente atender una serie de asuntos relacionados con el tema en cuestión, por cuanto la Constitución no prohíbe expresamente dicha actuación. Considera, entonces, esta Corporación oportuno pronunciarse acerca de la denominada **"cláusula general de competencia"**, la cual establece que el funcionario público únicamente puede hacer aquello que le está expresamente permitido.*

"El principio según el cual a los particulares se confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley, está recogido en el texto constitucional en su artículo 6, que prescribe:

"Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

"Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal.

"Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquiera otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo

ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta Corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas.

“La inversión del principio es contraproducente desde todos los puntos de vista: desde el constitucional, porque extendería al servidor público una facultad connatural a los particulares, con lo cual introduce un evidente desorden, que atenta contra lo estipulado en el Preámbulo de la Carta y en el artículo 2o. de la misma; también desde el punto de vista de la filosofía del derecho, por cuanto no es proporcionado otorgar al servidor público lo que está adecuado para los particulares; y desde el punto de vista de la conveniencia, resulta contraproducente permitir la indeterminación de la actividad estatal, porque atenta contra el principio de la seguridad jurídica que es debido a la sociedad civil. (...)”

Y ese Principio que inicialmente la sentencia en cita de la Corte Constitucional apoya en los dictados del artículo 6 de la Carta Política, encuentra reiteración y refuerzo en la prohibición perentoria y categórica que la misma Constitución consagra en su artículo 121, en los siguientes términos:

“Artículo 121. *Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la constitución y la ley”.*

Por ello, de manera más precisa, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

“... en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ...”⁴⁸.

Así pues, resulta perfectamente claro que de conformidad con los dictados del numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80, las entidades estatales contratantes cuentan tanto con facultades, atribuciones y funciones expresamente atribuidas por la ley, como con el deber, igualmente asignado de manera explícita por la misma ley, de elaborar *“... los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”.*

A su turno, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150, expedida en el año 2007, al ocuparse tanto de consagrar el Principio de Selección Objetiva que debe regir en todo procedimiento administrativo de selección contractual, como al definir cuándo una adjudicación o selección es objetiva, contempló

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 2000, expediente No. 16.394. Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

que “... los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios ...”, con lo cual evidenció la autorización que esa misma norma impartió a dichas entidades para que efectúen la estructuración del pliego de condiciones en torno a la determinación de los factores de escogencia y calificación, así como, en el citado numeral 1º, al referirse a los requisitos que se exijan a los oferentes en el correspondiente pliego de condiciones, dispuso con claridad que “[l]a exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”, mandato en cuya virtud se reafirmó la facultad legal impartida a las entidades estatales contratantes para que puedan, de manera válida y discrecional, exigir requisitos y condiciones a los oferentes, pero siempre en términos de razonabilidad y proporcionalidad.

Por el contrario, en el ordenamiento vigente no existen disposiciones que faculden, autoricen y menos impongan a las entidades estatales contratantes el deber de crear y/o de consignar prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades distintas a las establecidas en la Constitución Política o en la ley para efectos de limitar o de excluir la participación de algunos interesados en los procedimientos de selección de contratistas.

- ii).- La posibilidad de que las entidades estatales contratantes procedan a través de sus actos administrativos (resoluciones, circulares, decretos, manuales internos, etc.), incluidos los correspondientes pliegos de condiciones, a consagrar prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución o en la ley que impidan la participación de los interesados en los procedimientos administrativos de selección contractual, además de no encontrar fundamento expreso –como se requiere– en las normas constitucionales o legales vigentes y con ello contrariar las disposiciones consagradas en los artículos 6, 121 y 122 de la Carta Política y consiguientemente viciar tales decisiones por falta de competencia, significa también desconocer –sin facultades que lo autoricen– el principio general de la **libertad** que informa, inspira, explica y hasta justifica la existencia misma de la propia Constitución Política.

Sólo en cuanto la **libertad** de sus individuos constituya un valor fundamental e insustituible para un Estado, podrá concebirse entonces la existencia de Democracia y a la vez de una Constitución Política con verdaderos efectos vinculantes, puesto que con el fin de asegurar y garantizar de manera efectiva esa **libertad** surge la imperiosa necesidad de limitar el ejercicio del poder público y establecer controles para su ejercicio; de allí que en sistemas de carácter totalitario, en los cuales las autoridades respectivas pueden disponer de poderes ilimitados que incluso les permiten contar con la capacidad necesaria para modificar a su antojo las disposiciones vigentes y, naturalmente, atropellar o desconocer los derechos y las libertades de los individuos, no hace falta la existencia de una Constitución Política y en caso de haberse expedido no pasa de jugar un papel puramente formal y/o inútil.

En el caso del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano ha de decirse que la **libertad** de los habitantes del territorio nacional campea por todos los extremos y rincones de la parte dogmática de su Constitución Política, comoquiera que constituye uno de los principios y valores fundantes cuya consecución invocó de manera expresa el “PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano ...” en el preámbulo de la Carta como razón para proceder a su sanción y promulgación, amén de que se encuentra

incluida también entre los fines esenciales del Estado en cuanto su artículo 2º determina que “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su[s] ... derechos y libertades ...”.

Esa **libertad** se encuentra consagrada de manera explícita y directa en la propia Constitución Política, con el fin de asegurar su efectividad y respeto, a través de sus más variadas modalidades o expresiones, como las siguientes: **i)** al reconocer que “[t]odas las personas nacen **libres e iguales ante la ley**” y que, por tanto, “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, **libertades** y oportunidades sin ninguna discriminación ...” (artículo 13); **ii)** al consagrar la **libertad** que tiene toda persona de disponer de su intimidad personal y familiar (artículo 15); **iii)** al establecer el derecho “... **al libre desarrollo de la personalidad** ...” (artículo 16); **iv)** al prohibir de manera perentoria “... **la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas**” (artículo 17); **v)** al señalar que “[s]e garantiza la **libertad de conciencia**” (artículo 18); **vi)** al garantizar “[l]a **libertad de cultos**” (artículo 19); **vii)** al determinar que “[s]e garantiza a toda persona la **libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, viii) la [libertad] de informar y recibir información veraz e imparcial, y ix) la [libertad] de fundar medios masivos de comunicación**” (artículo 20); **x)** al consagrar, a favor de toda persona, la **libertad** de “... presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular” (artículo 23); **xi)** al reconocerle a toda persona el “... derecho a **circular libremente por el territorio nacional, xii) a entrar y salir [libremente] de él y xiii) a permanecer y residenciarse [libremente] en Colombia**” (artículo 24); **xiv)** al establecer que “... [t]oda persona es **libre de escoger profesión u oficio**” (artículo 26); **xv)** al imponerle al Estado el deber de garantizar “... **las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra**” (artículo 27); **xvi)** al consagrar, de manera categórica y rotunda, que “[t]oda persona es **libre**” y que no puede ser molestada ni reducida a prisión o a arresto, ni detenida, ni su domicilio registrado “... **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley**” (artículo 28); **xvii)** al instaurar el *Habeas Corpus* como recurso eficaz y expedito a favor de todo aquel que “... **estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente ...**” (artículo 30); **xviii)** al reconocer la **libertad** que tiene “[t]oda parte del pueblo [a] reunirse y manifestarse pública y pacíficamente” (artículo 37); **xix)** al admitir “... el derecho de **libre asociación ...**” (artículo 38); **xx)** al darle cabida plena, en favor de los ciudadanos, a la **libertad de “... participar en la conformación, ejercicio y control del poder político**” para cuyo propósito tales ciudadanos cuentan, entre otras importantes posibilidades, con **xxi) la libertad de elegir, xxii) la libertad de postularse para ser elegidos, xxiii) la libertad de tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática**, etc; (artículo 40); **xxiv)** al definir que “[l]a actividad económica y la iniciativa privada **son libres, dentro de los límites del bien común**” y que “[p]ara su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley” a lo cual la norma fundamental agregó que **xxv) “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades**” (artículo 333).

Así pues, si la **LIBERTAD** debe inspirar y orientar en todas sus actuaciones al Estado Social y de Derecho en Colombia; si la **LIBERTAD** explica y justifica la existencia misma de la propia Constitución Política en el país; si es evidente que la **LIBERTAD** se encuentra plasmada de manera expresa y directa a

través de diversas modalidades y manifestaciones en la Carta de Derechos Fundamentales que recoge e instituye la propia Constitución Política; si la *LIBERTAD* se erige entonces en uno de los Principios Rectores, Generales y Básicos que sirven de fundamento al propio Estado en Colombia, fácil resulta deducir que la protección, la garantía y la efectividad de la *LIBERTAD* de los individuos constituye la Regla General con sujeción a la cual deben conducirse y ejercer sus facultades todas las autoridades nacionales, incluidas, claro está, las de índole administrativa,

Pues bien, si se parte del supuesto –como la Sala evidentemente estima que debe admitirse y considerarse– de que la protección, el respeto, la garantía y la efectividad de la *LIBERTAD* constituyen la regla general, de ello se sigue, de manera necesaria e inexorable, con sujeción a las más elementales reglas de la lógica formal y de hermenéutica jurídica: **a).**- Que las excepciones a una regla general deben consagrarse de manera expresa; **b).**- Que la creación de las excepciones únicamente compete a quien tiene la capacidad de adoptar, modificar o revocar la correspondiente regla general y, por tanto, **c).**- Que las excepciones deben obrar en una norma de igual o superior jerarquía a aquella que contiene o consagra la regla general; **d).**- Que la interpretación y la aplicación de las excepciones debe realizarse de manera restrictiva, por lo cual **e).**- No es posible interpretar las excepciones de manera extensiva, como **f).**- Tampoco hay lugar a la aplicación de las excepciones por vía de analogía.

De lo anterior se desprenden dos corolarios obvios, a saber: **g).**- cuando en un proceso judicial se debate acerca de la aplicación de una excepción, para efectos de dejar de lado la regla general consagrada en el ordenamiento vigente, quien pretenda la aplicación de una de las excepciones existentes asume la carga de probar la hipótesis fáctica que dé lugar a su configuración, amén de que al juez únicamente le será permitido acceder a ello en cuanto, en el respectivo proceso, se encuentre debida y diáfana y establecida que evidentemente se han acreditado los aspectos fácticos que permitan tenerla por configurada, y **h).**- cuando en una específica situación existen interrogantes acerca de la configuración de una determinada excepción, toda duda razonable e insalvable, necesariamente, deberá resolverse a favor de la regla general.

Síguese de todo lo expuesto en este punto que, en cuanto la *LIBERTAD* y su protección efectiva constituyen la regla general que debe orientar la actuación de todas las autoridades públicas en Colombia y dado que de esa regla general forman parte tanto el *principio de libre concurrencia*, como las modalidades de *libre contratación* y, naturalmente, de *libre acceso a la contratación estatal*, debe tenerse por sentado entonces que las prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades que restringen o impiden la participación en los procedimientos administrativos de selección contractual, únicamente pueden venir dadas o establecidas –en cuanto excepciones a la referida regla general–, por normas de rango Constitucional o legal, sin que le sea dado a las autoridades administrativas consagrarlas o establecerlas.

- iii).**- Además del límite que *per se* representa para el ejercicio del poder público la existencia de la regla general que consagra y protege los derechos y las libertades de los asociados, máxime ante la ausencia de una precisa excepción al respecto, ocurre que el artículo 84 de la Carta Política prohíbe de manera expresa a las autoridades públicas la posibilidad de establecer o de exigir permisos, licencias o requisitos adicionales –lo cual incluye también la posibilidad de consagrar inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones o

causales de exclusión de las ofertas— cuando se trate de derechos o actividades que se encuentren reglamentados de manera general, por manera que sólo podrán exigirse los permisos, licencias o requisitos que se encuentren plasmados en la respectiva reglamentación general o que dicha regulación autorice requerir.

Así pues, en cuanto la actividad contractual de las entidades estatales —lo cual comprende el acceso de los particulares a la misma— se encuentra regulada de manera general a través de las normas legales que integran el Estatuto de Contratación Estatal, disposiciones expedidas en virtud de los mandatos consagrados en el inciso final del artículo 150⁴⁹ de la Constitución Política, resulta evidente entonces que tales autoridades no pueden, sin contrariar los dictados del citado artículo 84 de la Carta, establecer nuevas o diferentes prohibiciones que impidan acceder a ella.

iv).- Agréguese a lo anterior que la propia ley limitó de manera explícita las facultades de las autoridades administrativas en punto a la consagración y/o creación de inhabilidades e incompatibilidades, tal como se desprende del contenido de la letra a) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, a cuyo tenor:

“Artículo 8º. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

“1º.- Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”. (Se deja subrayado).

Tal como lo refleja la simple lectura de la norma legal transcrita, únicamente podrán tenerse como inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales, aquellas personas que se encuentren inhabilitadas para contratar por mandato de la Constitución Política o de las leyes de la República, disposición que lejos de constituir una tautología permite resaltar que de ninguna manera podrán tenerse como inhábiles para contratar con las entidades estatales a quienes quisiera tenerse como tales por mandato o disposición de normas de inferior jerarquía a las antes mencionadas.

Así pues, **no** hay lugar a tener como inhábiles para participar en licitaciones o para contratar con entidades estatales a quienes sean catalogadas como tales únicamente a través de actos administrativos como son las resoluciones, las circulares, los pliegos de condiciones, los manuales internos de contratación, etc.

En consecuencia, en cuanto la consagración de tales prohibiciones —en la modalidad de inhabilidades o de incompatibilidades— son materias reservadas a la

⁴⁹ Así reza el inciso final del artículo 150 de la Carta Política:

“Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

“.....

“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

Constitución Política o a la ley y dado, además, que corresponden a cuestiones debidamente **regladas** por las normas superiores, se impone concluir que las entidades estatales no se encuentran facultadas para introducir novedades o modificaciones en esas precisas materias a través de decisiones de naturaleza administrativa.

No sobra señalar que la reserva existente para que sólo a través de normas de linaje **constitucional** o **legal** se pueda integrar y diseñar el *régimen de inhabilidades* en la contratación estatal, no comprende –por tratarse de un asunto diferente, aunque comparta una terminología similar y genere efectos prácticos parcialmente iguales, como el del rechazo de la propuesta– ni se extiende a la facultad, esa sí eminentemente administrativa, deferida expresamente por la propia ley a las entidades estatales para que en los respectivos pliegos de condiciones puedan determinar o concretar las exigencias mínimas que deben satisfacer los proponentes y que la propia ley califica como **requisitos habilitantes** –*capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización*– (artículo 5-1, Ley 1150)⁵⁰.

Iguals razonamientos y conclusiones negativas caben, con la misma contundencia, cuando se aborda el examen acerca de la facultad que pudiere asistirles a las entidades estatales contratantes en relación con la consagración, en los pliegos de condiciones, de ‘*causales de exclusión*’ o de rechazo de las ofertas, en el marco de sus procedimientos administrativos de selección contractual.

Sobre el particular se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25, cuyo tenor era el siguiente:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Así pues, en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente *la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para*

⁵⁰ Así reza el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150:

“ARTÍCULO 5º. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”.

la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Acerca del alcance de la disposición legal en mención, esta Corporación señaló:

“Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987⁵¹, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores.”⁵²

Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones:

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. (Se deja subrayado).

No sobra subrayar que el rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente

⁵¹ Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540.

selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada – como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos).

Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta.

Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva – como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el artículo 30-8 de la Ley 80– para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la decisión final que corresponda.

De esta manera, aunque en ese traslado se haga referencia tanto a las razones y circunstancias que darían lugar al rechazo o a la exclusión de la propuesta, como también incluiría su calificación y/o evaluación comparativas –evaluación que resulta deseable y hasta necesario dar a conocer, de cara tanto al Debido Proceso de los demás proponentes, como a la eventualidad, que siempre debe contemplarse, de que al estudiar los argumentos del afectado finalmente se pueda tomar la decisión de no rechazarla o no excluirla– ello no impide que si la decisión consiste en rechazar o excluir esa oferta, la respectiva adjudicación y/o declaratoria de desierta se adopte dejando de lado por completo –como en efecto deberían dejarse de lado en esta hipótesis–, las calificaciones o las asignaciones de puntaje de la(s) oferta(s) rechazada(s) o excluida(s).

No sobra mencionar que si la decisión definitiva con la cual se ponga fin al procedimiento administrativo de selección contractual resulta ser la de declaratoria de desierta, la misma bien podría adoptarse de manera concomitante o simultánea (por ejemplo en una misma resolución), con la decisión de exclusión o de rechazo de la(s) oferta(s) correspondiente(s), si a ello hubiere lugar, pues al cabo ambas decisiones –tanto la del rechazo de la oferta, como la de declaratoria de desierta– serán susceptibles del recurso de reposición en sede administrativa.

Por el contrario, con el propósito de respetar las garantías constitucionales del Debido Proceso a favor del o de los proponentes que resulten afectados con la decisión de exclusión o de rechazo de sus ofertas, debe tenerse presente que tales decisiones deberán adoptarse de manera previa y esperar a que cobren firmeza, cuando en el respectivo procedimiento administrativo de selección haya lugar a la adjudicación en favor de la propuesta que objetivamente resulte ser la más favorable, para evitar así que a tales oferentes se les cercene la posibilidad de recurrir en sede administrativa la decisión de exclusión, puesto que si la misma se adopta simultáneamente con la de adjudicación se tornará improcedente el trámite de recursos en sede administrativa por razón del mandato consagrado en el párrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80, a cuyas voces “[e]l acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa”.

Ahora bien, cuando una oferta no es susceptible de ser seleccionada, elegida o adjudicataria –inelegible– pero por razones diferentes a su rechazo o exclusión, como cuando obtiene calificaciones o puntajes por debajo de otra(s) oferta(s) que resulta(n) objetivamente más favorable(s), como resulta apenas obvio, tanto su evaluación comparativa en relación con el pliego de condiciones y con las demás propuestas, como sus propias calificaciones, sus puntajes o su inclusión en el orden de elegibilidad, según sea el caso, deben realizarse a plenitud y constituir fundamento básico para la adopción de la decisión con la cual se ponga fin al correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual.

De otra parte conviene precisar que si bien es cierto que en esta oportunidad la Sala puntualiza y concluye que a la luz del ordenamiento vigente las entidades estatales contratantes carecen de facultades para consagrar en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, causales de rechazo de las ofertas o causales de inhabilidad o de incompatibilidad respecto de los oferentes, en cuanto unas u otras resulten distintas, nuevas, o complementarias en relación con aquellas previamente consagradas en las normas constitucionales o legales vigentes, no es menos cierto que ello no puede entenderse al margen, por completo, del resto del ordenamiento jurídico nacional que constituye el contexto dentro del cual deben interpretarse, desarrollarse y aplicarse las reglas específicas que rigen la actividad contractual de las entidades estatales.

Así pues, junto al Principio de Legalidad que –según se dejó expuesto– necesariamente debe orientar el cumplimiento de las funciones y atribuciones asignadas a las entidades estatales contratantes, surgen con igual importancia otros Principios, muchos de ellos también de orden constitucional, a los cuales también deben ajustarse las actuaciones tanto de tales entidades estatales como de los propios contratistas particulares, respecto de cuyos alcances deben efectuarse interpretaciones sistemáticas que permitan alcanzar un entendimiento armónico del ordenamiento vigente, como un todo.

En esa línea de pensamiento resulta claro entonces que si bien por un lado debe tenerse presente que las entidades estatales contratantes no cuentan con competencia para consagrar en los pliegos de condiciones causales de rechazo de las ofertas, en cuanto tales causales determinen la configuración de circunstancias diferentes a las previstas expresamente por el legislador con ese mismo propósito –cuestión que en esta específica materia constituye un límite claro e indiscutible al ejercicio de las facultades de las respectivas autoridades administrativas–, por el otro es claro que ello no riñe con la necesidad de que en relación con las propuestas recibidas haya lugar a verificar la existencia de presupuestos mínimos e indispensables y el cumplimiento de requisitos o exigencias sin cuya observancia resultaría jurídicamente imposible seleccionarlas,

al punto de que soslayar la falta de tales presupuestos o requisitos derivaría fácilmente bien en la formación de un consentimiento viciado –por ejemplo por error o por dolo–, que las entidades estatales se encuentran en el deber ineludible de evitar a riesgo de incurrir en negligencia, incuria o incluso complicidad, según cada caso, o bien en desconocimiento del Principio y a la vez Derecho Fundamental a la Igualdad frente a los demás competidores, el cual se erige en la regla de oro de los procedimientos administrativos de selección contractual.

De esta manera, la indiferencia, la pasividad o peor aun la aquiescencia de la entidad estatal frente a la inobservancia de requisitos necesarios para la comparación de las propuestas por parte de un determinado oferente o ante la ausencia de presupuestos mínimos o indispensables derivados de los principios o de las normas superiores respecto de una específica oferta, además de afectar la validez misma de la decisión administrativa de adjudicación en favor de tal propuesta, también podría llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad estatal contratante –en el plano patrimonial– y/o la responsabilidad de los servidores competentes para expedir esa indebida o irregular adjudicación –en los campos penal, disciplinario, fiscal o patrimonial, según corresponda–.

Así pues, a los eventos que de manera expresa las normas legales transcritas sancionan con el rechazo o la exclusión de una determinada propuesta, también deben añadirse aquellas situaciones fácticas en las cuales la conducta comprobada de un determinado proponente o el contenido mismo de su oferta resulten abiertamente contrarios a Principios o disposiciones constitucionales o legales imperativas que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: **i)** cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de *inhabilidad* o de *incompatibilidad* previstas en la Constitución Política o en la ley; **ii)** cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los *requisitos habilitantes* establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; **iii)** cuando se verifique “*la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente*” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “*para la comparación de las propuestas*” y, claro está, **iv)** cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

Pues bien, a propósito de los Principios Constitucionales y/o presupuestos mínimos que emergen de aquellos, por la importancia que reviste para el caso concreto que ahora se decide, la Sala se detendrá a examinar algunos aspectos relacionados con la Buena Fe, presupuesto que si bien por mandato constitucional ha de presumirse presente en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 C.P.), no es menos cierto que tal presunción no corresponde a una de derecho que no admita prueba en contrario, por manera que ha de destacarse que la referida presunción constitucional es

susceptible de ser desvirtuada, a lo cual –como resulta apenas obvio, por los trascendentales efectos que comporta desvirtuarla–, deberá procederse con los máximos cuidado, responsabilidad y rigor.

En cualquier caso resulta evidente que todas las actuaciones que los particulares desarrollen ante las entidades estatales contratantes deben estar presididas por la buena fe y en especial es claro que deben ajustarse a esos postulados las ofertas que presenten ante las entidades estatales, cuyo examen comparativo deberá adelantarse a la luz de las normas vigentes y con sujeción al pliego de condiciones, para determinar si hay lugar a seleccionar una de ellas con el fin de proseguir con la celebración y ejecución del contrato estatal correspondiente.

En este punto resulta pertinente reiterar que a través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: **a).- subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; **b).- objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c).- formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.

En consecuencia, para la Sala sería inadmisibles sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada.

Lo que acaba de señalarse se robustece al consultar el mandato legal que contiene el artículo 863 del Código de Comercio –norma incorporada al Estatuto de Contratación Estatal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80– el cual hace explícita y clara referencia al período precontractual –que es precisamente al que corresponden los procedimientos administrativos de selección– en cuanto dicho mandato les impone a las partes el deber de proceder de *“buena fe exenta de culpa”*, noción que, como lo ha puesto de presente la doctrina autorizada, involucra un concepto más exigente y riguroso, así:

“Artículo 863.- Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”.

Pues bien, el marco teórico que se deja expuesto servirá de fundamento para que la Sala entre a resolver en el caso concreto los cargos que se han formulado en la demanda acerca de *abuso y desviación de poder*, endilgados contra la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, por medio de la cual el Gobernador del Departamento de la Guajira declaró desierta la licitación No. 001 de 1999.

5. El caso concreto.

Para desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala estudiará los siguientes aspectos: **i)** la motivación de la Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999 por medio de la cual el Gobernador del Departamento de la Guajira declaró desierta la licitación No. 001 de 1999; y **ii)** el análisis de los cargos de abuso y desviación de poder formulados contra la decisión de la entidad demandada.

5.1. Motivación contenida en la Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999. Los motivos que sirvieron de sustento al ente territorial demandado para declarar desierta la licitación fueron los siguientes:

“Agotada la etapa de cierre de licitación, recibidos los informes emitidos por el comité evaluador designado para tal efecto y habiendo analizado las observaciones de los oferentes presentadas en su momento oportuno y sustentadas en el desarrollo de la audiencia pública, este despacho detecta en las ofertas de las seis firmas licitantes lo siguiente:

1. Al ser confrontado el balance general con la declaración de rentas, solicitada en la fase de evaluación, para verificar la información contenida en aquel, se apreciaron, a propósito de la firma Ávila Limitada, serias y sustanciales inexactitudes, respecto de la cual el comité evaluador se pronuncia, en un primer informe, rechazando la propuesta. Tales imprecisiones se reflejan a cabalidad en el siguiente cuadro:

CUEN TAS	SEGÚN BALANCE GENERAL Y ESTADO DE PÉRDIDAS Y GANANCIA S	SEGÚN DECLARACI ÓN DE RENTAS	DIFERENCI AS
<i>Activos totales</i>	<i>\$1.612'123.2 91.09</i>	<i>\$2.115'566.0 00.00</i>	<i>\$503'442.70 8.91</i>
<i>Pasivo s totales</i>	<i>\$610'926.27 7.04</i>	<i>\$1.290'718.0 00.00</i>	<i>\$679.791.72 2.96</i>
<i>Patrim onio</i>	<i>\$1.001'197.0 14.05</i>	<i>\$824'848.00 0.00</i>	<i>\$176'349.01 4.05</i>
<i>Ingres os netos</i>	<i>\$2.297' 436.359</i>	<i>\$1.997'436.0 00.00</i>	<i>\$300'.000.3 59.00</i>
<i>Utilida</i>	<i>\$356'867.79</i>	<i>\$56'868.000.</i>	<i>\$299'999.79</i>

d del Ejercici o	1.05	00	1.05
------------------------	------	----	------

2. La solicitud de la declaración de rentas (sic), obedeció a la necesidad de verificar la información financiera que los proponentes habían suministrado, ante algunas dudas surgidas en los documentos soporte, como lo es la declaración de rentas (sic), tal como lo reconoce la DIAN en la circular 0134 del 21 de junio de 1999. No se trataba de solicitar un nuevo elemento de comparación de las propuestas. El documento básico de evaluación era y es el balance suministrado y obviamente tal verificación resultaba eficaz en la medida en que se confrontare con elementos o documentos externos no obrantes en la licitación, que bien pudo ser contra los libros de contabilidad en vez de la declaración de rentas.

3. En la página 20 de los pliegos de condiciones se estableció: "Ocasionará la anulación o eliminación de la propuesta **la comprobación de presunta falsedad** en la información contenida en cada uno de los documentos que integran la propuesta, de los cuales se compulsará copia a la autoridad competente".

4. El numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, señala que la ausencia de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, de donde se colige que si dicho documento es necesario para la comparación debe rechazarse. Ahora bien, si en efecto se presenta el documento y este no corresponde a la realidad como quiera que se presenta contradicción en sus datos, en los mismos renglones contables contenidos en otro documento, como es la declaración de rentas, resulta ineludible para la institución oficial el rechazo de la oferta, no sólo en aplicación del principio de buena fe, seriedad y transparencia que debe ostentar el proponente, si no por lo contemplado en los pliegos al presentarse una presunta falsedad.

5. Así mismo se observa que la póliza de garantía de seriedad de la oferta presentada por Ávila Limitada no cumple con las exigencias contempladas en los pliegos de condiciones, pues esta póliza contiene una nota específica que reza: "... en este seguro el incumplimiento del afianzado o garantizado consiste en que saliendo favorecido con la adjudicación que se le haga, no se presente a firmarla dentro del tiempo respectivo, la compañía no asume el compromiso de garantizar el incumplimiento de otra obligación ..." con lo cual no se cubre los otros dos riesgos señalados en la página 12 del pliego de condiciones, que son del siguiente tenor:

"En caso de que proponente favorecido no firme el contrato dentro de los términos establecidos o no cumpla con los requisitos de ejecución", "Si el proponente no acepta la corrección del precio de su oferta, de conformidad con el numeral 29 de esta sección."

6. Posteriormente un miembro del Comité Evaluador, dos días antes de la fecha fijada para la celebración de la audiencia, allega una simple constancia expedida por la compañía de seguros la previsora

en donde se manifiesta que la póliza expedida cubre todos los riesgos.

7. Ante las dudas surgidas en torno a estos dos aspectos de la firma Ávila Ltda., se consultó a la Contraloría General de la República quien, mediante oficio de fecha 27 de septiembre de 1999, suscrito por Dagoberto Quiroga, Jefe Oficina Jurídica, conceptuó lo siguiente:

La constitución de la póliza "... En forma contraria a lo exigido en el pliego de condiciones, necesariamente es causal de rechazo del ofrecimiento...". "...Con posterioridad al cierre de la licitación no se puede modificar, completar, adicionar o mejorar las ofertas, como lo señala el numeral 8 del artículo 30 de la ley antes citada

"... La presentación de información falsa atenta contra el principio de la buena fe, la moralidad y la transparencia con que deben actuar los intervinientes de la contratación. Al estar previsto que la falsedad en la documentación de la propuesta ocasionaría su eliminación debe obrarse de conformidad con lo dictado en el pliego de condiciones..."
(subrayo)

Este criterio ha sido imperante en la Contraloría General de la República, tal como se aprecia en la nota periodística publicada en "El Espectador", miércoles 1 de septiembre de 1999, página 3b, en torno a un proceso licitatorio adelantado por La Comisión Nacional de Televisión.

8. Por su parte la DIAN, ante consulta planteada por el Secretario Jurídico del Departamento de La Guajira, a través de la dependencia autorizada como lo es la División Normativa y Doctrina Tributaria, conceptuó que entre el balance general y la declaración de rentas debe guardarse plena coherencia.

9. En las observaciones planteadas por la firma Ávila Ltda., al informe evaluativo, dentro del término legal que tenía para ello, no se pretendió en forma alguna explicar o justificar la información contenida en el balance y que resultó inconsistente en forma ostensible, como ya hemos visto, cuando se efectuaron verificaciones con la declaración de rentas. En la propia audiencia pública iniciada el día 28 de septiembre del año en curso, tampoco la contadora se preocupó lo más mínimo por clarificar la situación. Sólo se limitó a expresar que antes del 8 de abril de 1999 se encontraron algunas inconsistencias y se hicieron los ajustes correspondientes y afirma que si tiene dos años para hacer corrección a la declaración de rentas, mucho más puede hacer correcciones en su contabilidad; reiterando de esta manera la tan aludida inconsistencia.

10. Tal y como lo anota el Doctor Rodrigo Escobar Gil, en su obra "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública", editado por LEGIS S.A., 1999, página 197 consideramos que: "...la primera labor que debe realizar la entidad licitante, a través del comité asesor es resolver sobre la admisión o rechazo de los ofrecimientos, para lo cual, deberá examinar las propuestas con el objeto de terminar si reúnen todos los requisitos establecidos en la ley y en los pliegos de condiciones...".

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 29 de marzo de 1984, actuando como Consejero Ponente el doctor José Alejandro Bonivento Fernández, así:

“La administración puede rechazar las propuestas cuando éstas no reúnan las condiciones que se establezcan en el pliego; en cambio, cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego, surge para la administración la obligación de calificar cada una de ellas para hacerla producir el efecto jurídico deseado, que no es nada distinto a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso negocial de formalización del contrato” (Subrayado fuera del texto).

Así mismo el ilustre doctrinante, Doctor **JAVIER GÁMEZ**, en su reciente obra “Práctica Contractual Administrativa”, Editado por LEGIS S.A., en 1999, página 175, al respecto manifiesta lo siguiente:

“Descarte de las Propuestas. Las propuestas serán descartadas en los siguientes casos ... 7. Cuando se descubra falsedad material o ideológica en cualquiera de los documentos de la propuesta o se descubra cualquier intento de fraude o engaño por parte del proponente a la entidad o a los demás participantes”.

(...)

En relación al puntaje que tres de los evaluadores le asignan a Ávila Ltda., en el aspecto técnico y económico, es de anotar que [en] el mismo documento, a renglón seguido se aclara que “La propuesta de la firma Ávila Ltda., no es elegible”, concepto que comparte este despacho, lo cual es ampliamente sustentado con lo expuesto en las consideraciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, y 10, parte motiva del presente acto administrativo.

Tal como se aprecia en los pliegos de condiciones se estableció como parámetro fundamental un puntaje mínimo que garantizase la conveniencia para la institución en la ejecución de las obras, el cual no puede ser ahora desconocido por la propia entidad, comoquiera que constituye una regla básica para el concurso y consecuentemente para la adjudicación.

Adjudicar el contrato objeto de la licitación en comento a cualquiera de las firmas que no alcanzaron el puntaje mínimo sería una flagrante violación a lo establecido en el pliego de condiciones.

12. También la empresa DICON LTDA., integrante del consorcio “DICON LTDA Y URBANIZADORA Y CONSTRUCTORA OSORIO LTDA.,” presenta serias inexactitudes, respecto de la cual el evaluador financiero igualmente, en el segundo informe, se aparta de la calificación otorgada a este consorcio y recomienda el rechazo de la misma, por las mismas consideraciones dichas a propósito de ÁVILA LTDA., y que igualmente se comparten.

(...)

14. En consecuencia de lo anterior las firmas ÁVILA LTDA., y el CONSORCIO DICON LTDA. Y URBANIZADORA Y CONSTRUCTORA OSORIO LTDA., no pueden ser sujeto de la adjudicación, ni siquiera de calificación válida, y las firmas restantes no alcanzaron el puntaje mínimo exigido en los pliego[s] para la adjudicación del contrato.”

Al resumir los planteamientos anteriores, encuentra la Sala que fueron tres (3), básicamente, los argumentos centrales por los cuales la entidad demandada consideró que ninguna de las propuestas cumplía con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones: *i)* las ofertas presentadas por la sociedad ÁVILA LTDA., y por el CONSORCIO DICON LTDA., y URBANIZADORA Y CONSTRUCTORA OSORIO LTDA., contenían información presuntamente falsa sobre su capacidad financiera; *ii)* la sociedad ÁVILA LTDA., no constituyó la póliza de seriedad de la oferta de acuerdo con lo ordenado en el pliego de condiciones; y *iii)* los demás oferentes no obtuvieron el puntaje mínimo exigido en el pliego de condiciones (700 puntos).

5.2. Análisis de los cargos de abuso y desviación de poder. La sociedad ÁVILA LTDA., impugnó los argumentos que sirvieron para rechazar su ofrecimiento por considerar, en cuanto a la capacidad financiera, que la entidad estatal contratante le había exigido la declaración de renta del año anterior y que el mismo era un documento no previsto en el pliego de condiciones y que si bien existían inexactitudes entre lo declarado ante la DIAN y los balances aportados en la oferta, mal podía calificarse tal situación como una presunta falsedad sin que mediara una investigación penal que así lo concluyera. Así mismo, señaló que aunque hubiere obtenido un puntaje de cero (0) en la capacidad financiera, su oferta superó los 700 puntos exigidos en el pliego de condiciones. Finalmente, en lo que se refiere a la póliza de seriedad de la propuesta, manifestó que antes de la adjudicación la respectiva compañía aseguradora había aclarado que la póliza comprendía todos los riesgos exigidos en el pliego de condiciones.

A continuación, la Sala efectuará el estudio de cada uno de tales cargos.

5.2.1. La inexactitud de la información financiera del proponente. El problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar si la discrepancia entre la información financiera presentada en la oferta en comparación con aquella contenida en la declaración de renta del año gravable inmediatamente anterior constituía una razón válida para rechazar la propuesta presentada por la sociedad ÁVILA LTDA.

En concordancia con los lineamientos generales expuestos acerca de la selección objetiva del contratista y los límites que deben observar las entidades estatales al elaborar los pliegos de condiciones, lo primero que la Sala estima pertinente puntualizar es que en el presente caso la previsión que contenía el pliego de condiciones en el sentido de señalar que “[o]casionará la anulación o eliminación de la propuesta, la comprobación de presunta falsedad en la información contenida en cada uno de los documentos que integran la propuesta, de los cuales se compulsará copia a la autoridad competente”, en realidad, desde el punto de vista material, no corresponde a una nueva causal de rechazo, de creación de la entidad pública contratante, sino que tal contenido se limita a hacer explícita una consecuencia directa e indefectiblemente derivada tanto con el Principio Constitucional de Buena Fe como con el mandato del artículo 863 del Código de Comercio, a cuya aplicación habría lugar incluso si el pliego de condiciones nada hubiera previsto explícitamente al respecto.

Téngase presente que aunque formalmente la demandada Resolución No. 1178 de 1999 invocó como fundamento de su decisión la aludida previsión del pliego de condiciones, lo cierto es que **la no escogencia** de la propuesta que en su oportunidad formuló la sociedad que ahora funge como demandante, se basó en la situación fáctica que se generó por la inexactitud de la información suministrada en esa oferta y ello dio lugar a que la propia entidad estatal contratante concluyera que el examinado proceder del oferente resultaba contrario al Principio de la Buena Fe.

Ciertamente, en la parte motiva del acto administrativo demandado, para fundamentar la conclusión de que *“14. En consecuencia de lo anterior las firmas ÁVILA LTDA., y ... no pueden ser sujeto de la adjudicación, ...”* la entidad estatal que ahora concurre como demandada sostuvo:

“4. El numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, señala que la ausencia de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, de donde se colige que si dicho documento es necesario para la comparación debe rechazarse. Ahora bien, si en efecto se presenta el documento y este no corresponde a la realidad como quiera que se presenta contradicción en sus datos, en los mismos renglones contables contenidos en otro documento, como es la declaración de rentas, resulta ineludible para la institución oficial el rechazo de la oferta, ... en aplicación del principio de buena fe, seriedad y transparencia que debe ostentar el proponente, ...”.

Tal como lo evidencian las pruebas documentales, debida y oportunamente incorporadas al expediente, en el informe que contiene la evaluación comparativa de las propuestas, fechado en agosto 12 de 1999 (folios 165 a 223 del cuaderno No. 2), además de consignar tanto las cifras respectivas y sus diversas fuentes, como las diferencias existentes entre las mismas, se anotó de manera precisa:

“Así las cosas señor Gobernador, el funcionario responsable de evaluar la parte financiera, encontró serias inconsistencias entre los estados financieros (balance general y Estado de pérdidas y ganancias) y la declaración de renta y complementarios, a 31 de diciembre de 1998, a la firma licitante Avila Ltda. Inconsistencias estas que no permiten valorar en forma objetiva su propuesta ...”.

Ahora bien, importa poner de presente que en el caso concreto que se examina la decisión demandada se adoptó con respeto y observancia del Debido Proceso y las garantías que amparan a la sociedad demandante, comoquiera que la misma tuvo oportunidad, efectiva y real, de conocer de manera directa esas anotaciones, en virtud del traslado que la entidad estatal contratante corrió a los oferentes respecto del aludido informe comparativo de las propuestas y, por ello mismo, en la comunicación fechada en agosto 17 de 1999 (folios 224 a 227, cuaderno No. 2), la propia sociedad oferente –hoy demandante– hizo referencia explícita a las inconsistencias anotadas, pero únicamente para señalar que tendría dos (2) años para corregir su declaración de renta, sin aportar explicación y menos justificación que permitiera entender la existencia de diferencias tan notorias, en aspectos tan importantes, entre los estados financieros aportados por esa compañía con su oferta y la declaración de renta de esa misma firma, todo según los siguientes términos:

“La presunta falsedad a que hace referencia el pliego de condiciones, no puede ser ambigua, sino que debe ser comprobada (sic) y además denunciada ante la autoridad competente, no puede dejarse en términos dubitativos como se ha hecho. O hay presunta falsedad o no la hay; o las Declaraciones de renta hacen parte de los términos de referencia o no lo hacen. Si no lo hacen no hay que tenerlas en cuenta. Si lo hacen, la falsedad presunta que arbitrariamente quiere endilgarle el evaluador Javier Gámez Hinojosa, sin atreverse a decirlo, tampoco existiría, ya que según el estatuto Tributario artículo 588 (Decreto 624 de 1989) los contribuyentes tienen dos años para corregir en ellas cualquier inconsistencia. Por último si la hay, debe denunciarse como lo expresan los pliegos en la página 20 numeral 30.2”. (Las subrayas y el (sic) pertenecen al texto original).

Así mismo, en el escrito de observaciones al informe evaluativo de las ofertas, el cual se presentó mediante comunicación de agosto 20 de 1999, la misma firma ÁVILA LTDA., (folios 238 a 298, cuaderno No. 2), se pronunció de la manera que se señala a continuación:

“2. RECHAZO DE LA PROPUESTA DE AVILA LIMITADA POR INCONSISTENCIA

“Como ya lo hicimos saber en escrito calendado [en] agosto 17 de 1999, al señor Gobernador de la guajira, con copia al comité Evaluador, el funcionario responsable de evaluar la parte financiera de nuestra propuesta señor JAVIER GAMEZ HINOJOSA, encontró seria inconsistencias entre los estados financieros (Balance General y Estado de Pérdidas y Ganancias y la Declaración de renta y complementarios a diciembre 31 de 1998, al afirmar este funcionario miembro de ese comité, que las “inconsistencias encontradas no permiten valorar en forma objetiva la propuesta, razón por la cual se decidió rechazarla por no ser posible su valoración”. Está demostrado un desconocimiento total de los pliegos de condiciones de la Licitación, entiéndase “Ley de Licitación” ya que en estos de manera clara, expresa y tajante se señala en la página 20 que: “ocasionará la anulación o eliminación de la propuesta, la comprobación de presunta falsedad en la información contenida en cada uno de los documentos que integran la propuesta de las cuales se compulsará copia a la autoridad competente” Sic. Lo que quiere decir que la simple inconsistencia no descalifica al proponente; A lo sumo como ya lo dijimos en anterior escrito, bajaría la calificación en el Item respectivo, jamás generaría como se ha hecho, descalificación a la propuesta”. (La ausencia de cierre del paréntesis y el “Sic” son tomados textualmente del texto original).

Posteriormente, tal como lo refleja el “ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA PARA ADJUDICACIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 DE 1999 CUYO OBJETO ES LA CONSTRUCCION DE LA BIBLIOTECA DEPARTAMENTAL EN EL MUNICIPIO DE RIOHACHA (PRIMERA ETAPA)”, visible a folios 83 a 93 del cuaderno No. 1 del expediente, la firma oferente, por conducto de su apoderado, volvió a ocuparse del tema de las inconsistencias o diferencias detectadas en su información financiera, así:

“Luego siguió la intervención de la firma Ávila Ltda.

“Comienza su ponencia el doctor Carlos Caicedo apoderado de la firma Ávila Ltda. (... ..)”

“Manifiesta que el señor Javier Gámez está equivocado, porque en los pliegos de condiciones dice que se comparan los balances presentados con los registrados en la cámara de comercio, no dice en ninguna parte de los pliegos que la declaración de renta se compara con los balances presentados (... ..).”

“Menciona una serie de incongruencias o cosas:

“Resulta que cuando se cierra la licitación el gobernador encargado pide las declaraciones de rentas.

“El evaluador de la parte financiera compara los balances con las declaraciones de rentas rechaza la propuesta por presentar inconsistencias, sin saber que la ley dice todo declarante tiene dos años a partir de cuándo la presenta para hacer correcciones.

“Quien hizo la evaluación financiera no leyó o no tuvo el tiempo suficiente para leer los términos de referencia.

“La evaluación viola los términos de referencia o pliego de condiciones, en la página 17 del pliego de condiciones, a continuación lee la página pertinente, el punto evaluación de la propuesta, también lee de los pliegos de condiciones la página 5 documentos de la licitación, numeral 1.7.3 página 6, para concluir interrogando: ¿cómo descalifica la propuesta si la declaración de renta no está dentro de los términos de condiciones?”

“Luego lee numeral 9 página 6 y dice la declaración de renta se pide después de cerrada la licitación, este documento no puede ser tenido en cuenta para descalificar.

“Pero bien que descalifique el ítem referente a la evaluación financiera así como lo hicieron los tres evaluadores restantes que le ponen cero a este aspecto y muy a pesar de esto Ávila Ltda obtiene más de lo solicitado por los pliegos de referencia.

“.....”

“Lee la página 22 numeral 30.5 análisis financiero del proponente dice que la comparación de los balances con los de la cámara de comercio son idénticos en su totalidad.

“.....”

“Hace su intervención el gerente de Ávila Ltda Antonio Ávila Chassaine. ...”

Aunque el representante legal de la firma oferente también intervino en la audiencia de adjudicación y tuvo la oportunidad de hacerlo, lo cierto es que sobre el punto guardó silencio y no hizo referencia alguna a la existencia de las

diferencias detectadas entre la información de los estados financieros aportados con su oferta y su declaración de renta.

“.....

“Interviene la doctora Maritza Ceballos Sierra⁵³

“Ella insiste en que se ha violado la ley 43, ya que allí se define quién es que puede hacer evaluación de los estados financieros y el doctor Javier Gamas (sic) hizo evaluación financiera.

“Ávila Ltda tenía que presentar sus estados financieros, presentó ante la cámara de comercio sus estados financieros el día 24 de marzo de 1998, en ese momento, en nuestros libros lo pueden ver las autoridades, reposan los mismos datos que tenemos en la cámara de comercio y le hago una claridad tanto los estados financieros, no es que las declaraciones de rentas hay que hacerla con los estados financieros ni los estados financieros hay que hacerlos con la declaración de rentas, con los libros de contabilidad entonces nosotros presentamos nuestros balances a la cámara de comercio el día 24 de marzo ¿cuándo teníamos que presentar declaración de rentas? La presentamos el 8 de abril, en ese término ustedes saben bueno las personas que quizás no saben esto que cuando uno va [a] preparar [o] revisar su declaración de rentas comienza a comparar algunas cosas, a comparar con algunos documentos y se encontraron, algunas inconsistencias que se hicieron los ajustes correspondiente, reposan en los libros, reposan en la contabilidad para las autoridades competentes cuando lo quieran, pueden ir a Ávila Ltda y revisar sus libros. Por esa sencilla razón no concuerda la declaración de rentas con el balance y aclarar que después de presentada la declaración de rentas se tienen dos años para corregirla mucho más puedo corregirla hacer mis correcciones en mi contabilidad antes de presentar los estados financieros.

“.....

“Interviene nuevamente el abogado Carlos Caicedo

“Dice que la declaración de renta no hace parte de los documentos de la licitación, si es falso o no, lo tienen que decir las autoridades competentes, las inconsistencias no dan descalificación.

“Los pliegos de condiciones pueden que den lugar a una rebaja de puntos una calificación en este ítem, nosotros la aceptamos y aun así la otra parte ha evaluado”. (Las negrillas no pertenecen al original).

Y en la motivación de la demandada Resolución 1178 de 1999, en aspectos fácticos que no fueron objeto de controversia, de tacha, ni de cuestionamiento por parte de la actora, se sintetizó así la intervención de la sociedad ÁVILA LTDA.,

⁵³ Tanto en los estados financieros aportados con la oferta por la firma ÁVILA LTDA., (folios 34 a 46 del cuaderno No.1), como en la declaración de renta de esa misma sociedad (folio 104 del cuaderno No. 1) la profesional MARITZA CEBALLOS SIERRA dice actuar en su condición de Revisora Fiscal de la aludida compañía.

ante la propia entidad pública demandada, a propósito de la identificación de diferencias significativas entre la información que se consignó en los estados financieros y aquella que se plasmó en la declaración de renta de esa misma compañía:

“9. En las observaciones planteadas por la firma Ávila Ltda., al informe evaluativo, dentro del término legal que tenía para ello, no se pretendió en forma alguna explicar o justificar la información contenida en el balance y que resultó inconsistente en forma ostensible, como ya hemos visto, cuando se efectuaron verificaciones con la declaración de rentas. En la propia audiencia pública iniciada el día 28 de septiembre del año en curso, tampoco la contadora se preocupó lo más mínimo por clarificar la situación. Sólo se limitó a expresar que antes del 8 de abril de 1999 se encontraron algunas inconsistencias y se hicieron los ajustes correspondientes y afirma que si tiene dos años para hacer corrección a la declaración de rentas, mucho más puede hacer correcciones en su contabilidad; reiterando de esta manera la tan aludida inconsistencia”.

Como se puede apreciar con claridad, aunque la firma ÁVILA LTDA., tuvo a su disposición oportunidades suficientes para desplegar su derecho de defensa y, por ende, controvertir, justificar o al menos explicar las razones por las cuales se detectaron diferencias tan significativas entre la información de sus balances y aquella otra que se desprende de su propia declaración de renta, lo cierto es que en ningún caso se interesó siquiera y menos se ocupó de hacer claridad o de despejar inquietudes, ante la entidad estatal contratante, sobre cuestiones de tanta importancia y envergadura.

La única mención que, de manera superficial y tangencial, se hizo para tratar de aportar alguna luz acerca de la existencia de diferencias tan significativas y marcadas entre la información financiera que contenían los balances y aquella proveniente de la declaración de renta, aportada por la profesional de la contaduría pública Maritza Ceballos Sierra durante el curso de la audiencia de adjudicación, para la Sala resulta absolutamente insuficiente y en extremo deleznable, en primer lugar porque no reviste seriedad y menos solidez alguna el tratar de explicar tan protuberantes y tan grandes diferencias entre los activos, los pasivos o las utilidades de la misma empresa durante el año de 1998, según que se tomaran unos documentos u otros, esto es los estados financieros por un lado o por el otro la declaración de renta, únicamente por el hecho de que entre la presentación de los primeros (marzo 24 de 1999) y la presentación de la segunda (abril 8 de 1999) hubiere mediado un lapso de tan sólo 9 días hábiles⁵⁴; por el contrario, la extrema cercanía entre esas fechas permite considerar de manera razonable que entre tales actuaciones no han debido presentarse diferencias y menos del tamaño o de la profundidad que se registraron en este caso.

En cualquier caso, aun si en gracia de discusión se llegara a admitir que la diferencia de tan sólo nueve (9) días hábiles entre la presentación de los balances ante la Cámara de Comercio y la presentación de la declaración de renta pudiese servir para explicar de manera suficiente –que obviamente no sirve para ello– las distancias tan grandes que se registraron entre la información contenida en uno y otro documentos, aun así habría que concluir que ello no sería aceptable para

⁵⁴ Los días 1 y 2 de abril de 1999 fueron festivos, por corresponder a los denominados Jueves Santo y viernes Santo, además de los días 27 de marzo y 3 de abril que correspondieron a sábado y los días 28 de marzo y 4 de abril que cayeron en domingo.

justificar la conducta que la oferente tuvo ante la entidad pública contratante, puesto que la fecha en que presentó su propuesta, **junio 23 de 1999**⁵⁵, fue posterior y con mucho más de dos (2) meses, a las fechas anteriores (**marzo 24 y abril 8, ambas de 1999**), por lo cual para esa nueva fecha ya tenía claridad y conciencia acerca de las inconsistencias que se presentaban en esos rubros de su información financiera y a pesar de ello nada le dijo, nada le advirtió y nada le aclaró a la entidad contratante, amén de que nada corrigió durante ese tiempo en alguno de tales documentos.

No sobra mencionar lo llamativo que para la Sala resulta encontrar que en la audiencia pública de adjudicación de la licitación, la intervención de quien dice ser Revisora Fiscal de la sociedad oferente se desplegó con amplitud en defensa de la oferta de dicha sociedad y de los intereses de tal oferente, reflejando con esa participación al parecer más la condición de administradora de la compañía mencionada que la del órgano de control fiscal, por lo cual se dispondrá compulsar copias de tales actuaciones, calidades y documentos a la Junta Central de Contadores para que, en el marco de sus competencias, examine tanto las inconsistencias de la información contable y fiscal presentada a la licitación pública SOOP 001 de 1991 para la construcción de la biblioteca departamental de Riohacha (I etapa) como, en particular, la conducta de la Contadora Pública Maritza Ceballos Sierra, a la luz de sus deberes, funciones y competencias, de conformidad con los dictados de la Ley 43 de 1990 que reglamenta la profesión de los Contadores Públicos y de los artículos 205, 208 y 209 del Código de Comercio que se refieren a las incompatibilidades y al contenido del dictamen e informe de los estados financieros.

Pues bien, tal como se indicó con amplitud en la exposición del marco teórico en el cual se encuentran los elementos necesarios para la solución del presente caso, merecen las mayores importancia y atención el examen del respeto al postulado de la Buena Fe, cuya observancia en todo el campo de la contratación estatal – bueno es insistir en ello– resulta obligatoria e imperativa tanto para la Administración Pública como para los particulares que actúan ante ella en su condición de proponentes o contratistas, según corresponda, al punto de que la sujeción al mencionado Principio, según se indicó, se erige en un presupuesto indispensable para que puedan tenerse como válidas las actuaciones relacionadas tanto con la decisión de adjudicación como la consiguiente celebración del respectivo contrato estatal, presupuesto que resulta más exigente aun durante el período precontractual puesto que a lo largo del mismo los interesados y oferentes, al igual que las entidades contratantes, están en el deber legal (artículo 863 C. de Co.), “... *de proceder de buena fe exenta de culpa* ...”.

En ese sentido se impone indagar acerca de la legalidad de la actuación que desplegó la entidad estatal contratante al solicitarle a la sociedad proponente la entrega de la declaración de renta del año 1998, requerimiento que la parte demandante considera constitutivo de abuso de poder, en cuanto la presentación de dicho documento no estaba prevista o contemplada en el respectivo pliego de condiciones⁵⁶. Sobre este aspecto advierte la Sala que si bien el pliego de

⁵⁵ Así lo refleja el “ACTA DE CIERRE Y APERTURA DE URNAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL No. S.O.P.P. 001 DE 1999 – CONSTRUCCION BIBLIOTECA DEPARTAMENTAL, MUNICIPIO DE RIOHACHA (I ETAPA) Y LECTURA DE PROPUESTAS”, visible al folio 155 del cuaderno No. 1.

⁵⁶ Pliego de Condiciones: “**30.5 Análisis Financiero del proponente: 200 puntos (FORMATO LIBRE)**

Para efectos de evaluar este ítem, el proponente anexará copia de sus estados financieros de dos años anteriores, básicamente se requiere Balance General y P y G a 31 de Diciembre de cada año.”

condiciones no exigió de manera precisa, como requisito de la propuesta, que cada oferente aportara sus correspondientes declaraciones de renta, no es menos cierto que para la época de la licitación en estudio se encontraba vigente el apartado 22.3 de artículo 22 de la Ley 80 de 1993, mediante el cual se confirieron amplias facultades a las entidades estatales contratantes para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de información financiera presentada por los proponentes, de conformidad con los siguientes términos:

22.3 DE LA CLASIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LOS INSCRITOS. *La clasificación y calificación la efectuarán las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que expida el gobierno nacional en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos, y se presentará a la respectiva Cámara de Comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción. La entidad contratante se reservará la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la Cámara de Comercio y en el formulario de clasificación y calificación. (Se subraya y se destaca)⁵⁷.*

⁵⁷ Aunque con variaciones y restricciones importantes, las normas actualmente vigentes, en especial aquellas contenidas en el artículo 6 de la Ley 1150, modificado parcialmente por el artículo 221 del Decreto-ley 19 de 2012, mantienen en alguna medida, en cabeza de las entidades estatales contratantes, la facultad de verificación de la información suministrada por los proponentes para efectos de su inscripción, calificación y clasificación en el registro único de proponentes, según los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES.
(... ..).*

“En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.

“(...) En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

“No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

“.....

“Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP, que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de veinte (20) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP.

“.....

“PARÁGRAFO 2. El reglamento señalará las condiciones de verificación de la información a que se refiere el numeral 1 del artículo 5, a cargo de cada entidad contratante, para el caso de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia.

Así las cosas, dado que con fundamento en las normas legales vigentes para ese entonces la entidad estatal contratante contaba con suficiente autorización para verificar, válidamente, la información que cada oferente hubiere consignado en el Registro Único de Proponentes, ningún reproche puede hacerse a la solicitud que en el caso que ahora se examina formularon los evaluadores de las ofertas a la sociedad que ahora concurre como demandante, solicitud que según el expediente únicamente tuvo como propósito confirmar o corroborar, frente a su respectiva declaración de renta, la veracidad y consistencia de los estados financieros que la oferente ÁVILA LTDA., aportó con su propuesta, máxime si se tiene presente que de conformidad con el inciso 2º del mencionado apartado 22.3 del artículo 22 de la Ley 80, vigente para la época de los hechos, la capacidad financiera de los proponentes debía establecerse en la forma que se indica a continuación:

“La capacidad financiera del inscrito se establecerá con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos para las personas nacionales y en los documentos equivalentes a los anteriores, para las personas extranjeras.”

Desde esta perspectiva, no advierte la Sala conducta ilegal o abusiva alguna de parte de la entidad demandada en cuanto se refiere a la verificación que hizo de la información financiera suministrada en su propuesta por la sociedad ÁVILA LTDA., puesto que a ello procedió con base en claras y precisas facultades legales e incluso con apego a la metodología determinada por la propia ley, consistente en comparar el balance comercial presentado por el proponente con su última declaración de renta, por lo cual la solicitud de aportar dicha declaración de renta para efectuar la aludida comparación de ninguna manera puede considerarse como abuso de poder, a lo cual cabe añadir que la presentación de esos documentos por parte del oferente, como respuesta o en atención a los requerimientos de la entidad estatal contratante forman parte de los deberes de conducta exigibles a los proponentes y contratistas en desarrollo de la Buena Fe con la cual ellos también deben actuar, incluso en el marco del Derecho Privado, tal como lo ha puesto de presente la doctrina autorizada sobre la materia:

“La buena fe impone por principio un deber de transparencia y de veracidad que obliga a decirle al otro contratante lo que solo no podría descubrir o conocer. Este deber de información rige básicamente en la etapa precontractual, y se proyecta durante toda la vida del contrato.

“.....”

El deber de informar supone no sólo conductas negativas, en el sentido de no mentir, sino conductas positivas, en el sentido de dar lo

“El reglamento señalará de manera taxativa los documentos objeto de la verificación a que se refiere el numeral 1, del artículo 6”. (Se deja destacado).

*que hace falta, aunque no se le pida, en lo que refiere a información y asesoramiento para lograr que el consentimiento sea informado. No sólo se excluye o prohíbe el actuar con falsedad o deshonestidad sino que se impone el deber positivo de decir la verdad aún cuando no se le pida la información.*⁵⁸

Ahora, en la medida en que en desarrollo de una actuación sustentada en precisos mandatos legales, la entidad estatal contratante pudo verificar de manera fehaciente –tal como también se puso de presente en el curso del proceso judicial que ahora se decide en segunda instancia– que en realidad existía una palmaria y notoria discrepancia entre la información que la sociedad actora consignó en sus estados financieros, presentados ante la entidad estatal contratante como parte de su propuesta, en comparación con la información que la misma sociedad plasmó en su correspondiente declaración de renta, hay lugar a concluir entonces que resultó acertada la consideración que en su momento hizo explícita la entidad pública demandada en el sentido de calificar ese proceder de la sociedad proponente como contrario al mandato de la Buena Fe, consistente en el deber de presentar información veraz.

En cualquier caso, la Sala considera necesario preguntar si la falta de consistencia o las inexactitudes advertidas entre la información financiera que se incluyó en la propuesta de la sociedad ÁVILA LTDA., y la información que reflejó la declaración de renta de esa misma sociedad, tenían la entidad suficiente para que se adoptara la decisión de considerar no susceptible de adjudicación o de selección la oferta en cuestión, o si tales diferencias de información obedecían a cuestiones de menor entidad, puramente marginales, fruto de errores excusables o puramente mecánicos.

Al respecto la Sala comienza por señalar que aunque la buena fe constituye un principio de interpretación y aplicación irrenunciable, resulta importante establecer los límites internos y externos en su aplicación. Así, los **límites externos** están enmarcados por el respeto al orden público y las buenas costumbres, con lo cual se tiene que la Buena Fe no puede servir para justificar un comportamiento contrario a un mandato de naturaleza imperativa y en cuanto a los **límites internos** hay lugar a señalar que la Buena Fe no resulta compatible con conductas negligentes, torpes y ni siquiera imperitas cuando provienen de expertos que, por tanto, deben comportarse y proceder como tales y muchísimo menos podría armonizarse con maniobras o conductas dolosas o malintencionadas.

Quiere decir lo anterior que la simple creencia de actuar correctamente no resulta suficiente ni es válida si se procedió cometiendo un error inexcusable o se actuó con falta de diligencia, de allí que el Código Civil establezca en su artículo 9º que “*la ignorancia de la ley no sirve de excusa*”, lo cual no significa que la ‘excusabilidad’ del error no deba apreciarse según las circunstancias de cada caso.

Así pues, cuando la entidad estatal contratante advierte la ocurrencia de falencias, inconsistencias, inexactitudes o contradicciones en las ofertas, le corresponde efectuar un ejercicio de interpretación para determinar si se trata de errores excusables, configurados en el marco de la Buena Fe, que no impiden la evaluación y comparación de tales propuestas, o si, por el contrario, se trata de

⁵⁸ Odorqui Castilla Gustavo, *Buena Fe Contractual*, Bogotá: Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 377.

errores inaceptables, inadmisibles, incompatibles con la ley y/o los postulados de la Buena Fe.

En el asunto concreto que centra la atención de la Sala, es fácil advertir que las diferencias o contradicciones entre la información de los estados financieros del proponente y la información de su propia declaración de renta, corresponden a un error inexcusable, que le generaría al mismo proponente el beneficio de atribuirle una mayor capacidad de contratación, diversa a la que realmente poseía.

La capacidad financiera de contratación no puede ser tenida como un asunto menor o intrascendente, puesto que se dirige a garantizar que quienes aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, en realidad cuenten, de manera efectiva, con los suficientes respaldo, experiencia, organización y solidez para emprender y ejecutar el contrato en cuestión. En este orden de ideas, presentar balances financieros que reflejen una situación mejor a la que realmente tenía en ese momento la empresa, independientemente de que sea una conducta que resulte constitutiva o no de algún delito (Vr. gracia: falsedad y/o fraude procesal), lo cierto es que vulnera el principio de confianza, tanto de la entidad pública contratante, como de los demás proponentes, en cuanto todos ellos –en la medida en que se presume la Buena Fe de cada oferente– confían en la seriedad, en la consistencia, en la solidez, en la rectitud y, por tanto, en la sinceridad de la información suministrada dentro de cada propuesta.

En este caso específico se tiene que la información financiera incorporada en la propuesta de la sociedad ÁVILA LTDA., registró profundas y marcadas discrepancias frente a la misma información que esa misma sociedad incluyó en su propia declaración de renta, correspondiente al año de 1998, así:

CUENTAS	BALANCE PRESENTADO EN LA OFERTA	DECLARACIÓN DE RENTA 1988	DIFERENCIAS
<i>Activos totales</i>	\$1.612'123.29 1.09	\$2.115'566.00 0.00	\$503'442.70 8.91 (31,22%)
<i>Pasivos totales</i>	\$610'926.277. 04	\$1.290'718.00 0.00	\$679.791.72 2.96 (111,27%)
<i>Patrimonio</i>	\$1.001'197.01 4.05	\$824'848.000. 00	\$176'349.01 4.05 (17,7%)
<i>Ingresos netos</i>	\$2.297' 436.359	\$1.997'436.00 0.00	\$300'.000.35 9.00 (13,05%)
<i>Utilidad del Ejercicio</i>	\$356'867.791. 05	\$56'868.000.0 0	\$299'999.79 1.05 (84,06%)

Como puede advertirse, la sociedad demandante registra diferencias en extremo significativas en la información relacionada con sus activos, por más de quinientos millones de pesos (\$ 500'000.000.00), lo cual corresponde a una alteración del 31%, al paso que en los pasivos de la empresa la diferencia alcanza la muy cuantiosa suma de casi seiscientos ochenta millones de pesos (\$ 680'000.000.00), lo cual refleja un cambio del 111,27%; lo propio ocurre con la diferencia que se aprecia en los ingresos netos, puesto que ese monto de variación se aproxima a la cantidad de trescientos millones de pesos (\$

300'000.000.oo), cuestión que expresada en términos porcentuales refleja una alteración superior al 13.05%; a la misma cifra de trescientos millones de pesos (\$ 300'000.000.oo)⁵⁹ se acerca la discrepancia que se aprecia en el rubro de utilidades del ejercicio, esto es del 84.06%, todo lo cual evidencia que no se trató de un simple error excusable, sino de un verdadero atentado a la Buena Fe, en cuanto la significativa variación de esas cifras representaba para esa persona jurídica o bien el reconocimiento de una capacidad financiera mayor a la que realmente tenía, cuestión que, a su vez, le reportaría el máximo puntaje, o bien la liquidación y reconocimiento de menores impuestos.

Para la Sala resulta inadmisibles la dualidad de la conducta de un mismo y único oferente particular, puesto que mientras a la Administración Pública, representada en este caso en la entidad estatal contratante del orden territorial, le presentaba una determinada información financiera –con valores que pueden significarle asignaciones favorables de puntajes o de capacidad financiera– al mismo tiempo y sobre los mismos conceptos, a la misma Administración Pública –pero por conducto de una entidad del orden nacional: DIAN– le presentaba otra información financiera –esta vez con valores que pueden significarle una liquidación de impuestos menor y, por tanto, también favorable a sus personales intereses–.

Así pues, la cuestionada decisión administrativa que adoptó la entidad estatal contratante en el sentido de no seleccionar la propuesta que formuló la sociedad ÁVILA LTDA., encuentra suficiente apoyo jurídico, como claramente lo expresó la transcrita motivación de la atacada Resolución 1178 de 1999, “... *en aplicación del principio de buena fe*”, puesto que resulta evidente que con la información financiera que se incluyó en dicha propuesta se defraudó la confianza que, en virtud de la presunción de Buena Fe, se predica, se espera, se supone y se exige de todos los particulares en sus actuaciones ante la Administración Pública.

En cuanto la entidad estatal contratante verificó las protuberantes, inexplicables e inexcusables diferencias que han quedado reseñadas, existentes entre la información financiera que la sociedad ÁVILA LTDA., incluyó en su oferta y aquella información financiera que plasmó en su propia declaración de renta, concluyó válidamente, con apoyo en sólida evidencia, que respecto de esa propuesta no se cumplía el presupuesto, ineludible e indispensable, de ajustarse al Principio de la Buena Fe y, por ello mismo, era palmario que no podía ser pasible de adjudicación, independientemente del puntaje que pudiese acumular u obtener como resultado de la calificación aislada de cada uno de los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones y su respectiva ponderación.

Lo expuesto sirve para explicar la función que le corresponde a la Buena Fe en el control de la coherencia de la conducta de los proponentes, con el fin de evitar, en casos como el que aquí se examina, el nocivo impacto que en la contratación

⁵⁹ No pasa inadvertido para la Sala el hecho de que las cuantiosas y significativas diferencias que se detectaron entre los estados financieros y la declaración de renta de la firma ÁVILA LTDA., ambos documentos **a corte de diciembre 31 de 1998**, se expresan en pesos de ese año (COL \$ de diciembre 31 de 1998).

estatal podría representar la celebración de contratos con contratistas que no proceden de manera recta, clara y transparente, en cuanto a la misma Administración Pública le suministran simultáneamente informaciones diversas y por tanto inconsistentes, inexactas o erradas acerca de unos mismos conceptos con el fin de obtener tratamientos diversos a partir de cada información en beneficio de sus propios intereses, los cuales pretenden hacer prevalecer entonces sobre el interés general con cuya satisfacción, precisamente, deben comprometerse y colaborar decididamente los contratistas particulares en su condición de colaboradores de las entidades estatales (artículo 3º, Ley 80).

Ello explica también la razón por la cual desde el año 2007 el legislador estimó necesario reformar las normas relativas al Registro Único de Proponentes, con el fin de asegurar que la clasificación del proponente en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme –CIIU– coincida con la que se haya reportado al Registro Único Tributario –RUT–, de tal manera que la información reportada a la correspondiente Cámara de Comercio sea la misma que se reporta y utiliza para fines tributarios⁶⁰.

Finalmente, para la Sala no resulta cierto que el demandante hubiere sido objeto de un trato discriminatorio respecto de los demás proponentes, en el sentido de haber sido el único proponente al cual se le verificó la información financiera, puesto que fácilmente se desprende de la motivación de la demandada Resolución No. 1178 del 6 de octubre de 1999, que la sociedad DICON LTDA., integrante del Consorcio “DICON LTDA Y URBANIZADORA Y CONSTRUCTORA

⁶⁰ Artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto-ley 19 de 2012 y reglamentado por el artículo 4º del Decreto 1464 de 2010, en concordancia con el numeral 3º del artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012:

(...) “3. Clasificación. Es la ubicación del proponente que este mismo hace, dentro de las clasificaciones contenidas en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), **la cual debe coincidir con la que se haya reportado al Registro Único Tributario - RUT. Si el proponente está matriculado en la Cámara de Comercio, esta información también debe coincidir con la información reportada al registro mercantil.** Esto será verificado por la Cámara de Comercio correspondiente. En el evento que no coincida el CIIU del RUT con la información del registro el proponente deberá realizar la actualización del mismo ante la DIAN y así mismo actualizarlo en cámara (Registro Mercantil) como pasos previos para poder inscribirse en el RUP.

El interesado podrá clasificarse en una o varias clasificaciones contenidas en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) en los límites establecidos para el RUT que permite una actividad principal y tres secundarias.

Se aplicará el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), adoptado por Colombia, y revisado por el Departamento Nacional de Estadística –DANE– vigente al momento de realizar el proponente su inscripción, actualización o renovación en el Registro Único de Proponentes.” (Se ha resaltado y subrayado).

OSORIO LTDA.”, también fue objeto de análisis similares y por ello mismo la propuesta correspondiente, con base en la misma causa, tampoco fue considerada apta para ser seleccionada.

5.2.2. Sobre el puntaje mínimo exigido en el pliego de condiciones. Argumentó la sociedad demandante que aunque se le hubiere calificado con cero (0) puntos la capacidad financiera, como consecuencia de las discrepancias entre la información presentada y la contenida en su declaración de renta, tenía derecho a la adjudicación porque había obtenido un puntaje superior a los 700 puntos.

Acerca de este planteamiento la Sala no se detendrá a efectuar análisis adicionales, puesto que, según ya se explicó, el haber verificado la ausencia del presupuesto indispensable e ineludible para la selección de un oferente consistente en el respeto y apego a los postulados de la Buena Fe, comoquiera que la demandante ÁVILA LTDA., desconoció tales dictados al suministrar información financiera inexacta, inconsistente y contradictoria, la cual era necesaria y sensible para la evaluación y comparación de su oferta, hay lugar a concluir que procedió bien la entidad pública demandada en cuanto consideró que dicha oferta no era pasible de adjudicación.

Así pues, independientemente de que la propuesta de la demandante hubiere alcanzado un puntaje muy alto o suficiente para su consideración, lo cierto es que igual no habría podido ser objeto de selección, en atención a las razones anotadas.

5.2.3. Sobre la póliza de seriedad de la oferta. En cuanto se refiere a esta parte de la argumentación de la sociedad apelante, cabe formular la misma anotación que se acaba de consignar a propósito del cargo inmediatamente anterior.

En la misma dirección debe precisarse que aunque se llegare a la conclusión de que la póliza de seriedad de la oferta hubiere sido correctamente constituida, de todas maneras ello resultaría insuficiente para considerar que la propuesta de la firma ÁVILA LTDA., pudiere ser válidamente seleccionada por la entidad demandada dentro del procedimiento administrativo de selección contractual que se ha venido examinando.

Como obligada consecuencia de todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia del Tribunal *a quo* y negará las pretensiones de la demanda comoquiera que los cargos de ilegalidad planteados por la parte actora no fueron probados y en ese sentido resulta improcedente hacer cualquier examen o consideración adicional sobre la declaratoria de desierta de la Licitación No. 001 de 1998.

5.3. De la responsabilidad de los llamados en garantía con fines de

repetición y la indemnización de perjuicios.

En cuanto a la responsabilidad de los señores ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y JAVIER GAMEZ HINOJOSA, también debe revocarse la decisión proferida por el Tribunal a quo, toda vez que al no prosperar las pretensiones de la demanda resulta innecesario abordar el estudio de la conducta de los mencionados servidores públicos, tal y como lo ha precisado la Sala en otras oportunidades:

“De acuerdo con lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, los funcionarios serán responsables por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones por culpa grave o dolo, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al Estado. En todo caso, cuando prospere la demanda contra la entidad, la sentencia dispondrá que ésta satisfaga los perjuicios y si el funcionario ha sido llamado al proceso (artículo 57 del C.P.C.⁶¹), determinará la responsabilidad de aquél.”

En tal sentido, la acción de repetición se consagró en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo o de un particular en ejercicio de funciones públicas pueda solicitar de éste el reintegro de lo que ha pagado como consecuencia de una sentencia. De conformidad con la disposición anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal se encuentra facultado para demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos. En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso.”⁶² (Subrayado fuera del texto)

6. condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

⁶¹ Artículo 57 del C. de P.C.: “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que con el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”. Artículo 56 íbidem: “(...) En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial que existe entre denunciante y denunciado, y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo de éste”.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 17537.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira el veintiséis (26) de septiembre del año dos mil dos (2002) y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- ABSOLVER de responsabilidad a los señores ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y JAVIER GAMEZ HINOJOSA, llamados en garantía con fines de repetición.

TERCERO.- COMPULSAR copias, por Secretaría, con destino a la Junta Central de Contadores, respecto de la presente decisión y de las piezas del expediente que, según lo expuesto en la parte motiva del presente fallo, evidencian las calidades y actuaciones de la Contadora Pública Maritza Ceballos Sierra, así como de los documentos que contienen los estados financieros y la declaración de renta de la firma ÁVILA LTDA., respecto de la cual la señora Ceballos Sierra fungía como Revisora Fiscal, para que, en el marco de sus competencias, examine tanto las inconsistencias de la información contable y fiscal presentada a la licitación pública SOOP 001 de 1991 para la construcción de la biblioteca departamental de Riohacha (I etapa) como, en particular, la conducta de la mencionada Contadora Pública Maritza Ceballos Sierra, a la luz de sus deberes, funciones y competencias, de conformidad con los dictados de la Ley 43 de 1990 que reglamenta la profesión de los Contadores Públicos y de los artículos 205, 208 y 209 del Código de Comercio.

CUARTO.- Sin condena en costas.

QUINTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA