

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Por descalificación de propuesta en licitación para contrato de obra pública / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Construcción de viviendas de interés social / LICITACION CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Apertura mediante resolución expedida por la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva, entidad convocante / LICITACION CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Contó con tres propuestas para la selección / DESCALIFICACION DE PROPUESTA EN LICITACION DE CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Por no cumplir exigencias de pliego de condiciones según Comité Evaluador / DESCALIFICACION DE PROPUESTA - Presentada por Consorcio / INCUMPLIMIENTO DE PLIEGO DE CONDICIONES - Por omitir término considerando todo factor e indicar una sección de tamaño diferente a la solicitada en pliego de condiciones / INCUMPLIMIENTO DE PLIEGO DE CONDICIONES - Causal de descalificación / ADJUDICACION DE CONTRATO DE OBRA PUBLICA - A proponente que incurrió en mismo error de proponente descalificado

Mediante Resolución No. 158 del 1 de abril de 1996 la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva "EMVINEIVA" ordenó la apertura de la Licitación No. 004 de 1996, cuyo objeto lo constituyó "la construcción a todo costo de 48 unidades mínimas de vivienda en las manzanas I y J de la urbanización Virgilio Barco Vargas". (...) Al proceso de selección se presentaron los siguientes proponentes: CONSORCIO JOSE LUIS MORA - JESUS ANTONIO NARVAEZ, CONSORCIO ISRAEL GIL – ORLANDO GALINDO y EDUARDO GOMEZ ROJAS. (...) El 28 de junio de 1996 el Comité Evaluador presentó informe preliminar de evaluación en el cual concluyó que todas las propuestas eran hábiles. Sin embargo descalificó la oferta que presentó el consorcio demandante tras considerar que en el ítem 2.1, en el análisis de precios unitarios no se indicó el tamaño de la sección, ni el término "todo factor" y en el ítem 5.7 se señaló una sección de tamaño diferente a la solicitada en el pliego de condiciones. (...) Mediante Resolución No. 350 del 25 de julio de 1996, EMVINEIVA adjudicó la Licitación No. 004 al proponente Eduardo León Gómez Rojas, quien, según refiere el demandante, en su propuesta tampoco incluyó la expresión "todo factor".

COPIAS SIMPLES - Valoración probatoria / VALORACION DE COPIAS SIMPLES - Siempre que se haya surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales. Unificación jurisprudencial

A partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal que hace énfasis especial en los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que "permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio", lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad. (...) según la nueva tesis jurisprudencial de la Sala, los documentos aportados en copia simple por la parte actora con la presentación de la demanda también serán tomados en cuenta en esta sentencia, al igual que aquellos que se presentaron en original o en copia auténtica. **NOTA DE RELATORIA:** Con relación a la valoración de las copias simples, consultar sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, MP. Enrique Gil Botero.

FUENTE FORMAL: LEY 1395 DE 2010 / LEY 1437 DE 2011

CAPACIDAD PROCESAL DE LOS CONSORCIOS Y LAS UNIONES TEMPORALES PARA COMPARECER EN JUICIO - Unificación jurisprudencial / CAPACIDAD PROCESAL DE LOS CONSORCIOS Y LAS UNIONES TEMPORALES PARA COMPARECER EN JUICIO - Se les reconoce la titularidad para ejercer derechos y contraer obligaciones emanadas de contratos estatales, por tanto pueden actuar a través de su representante legal / LEGITIMACION POR ACTIVA DE CONSORCIO IVAN JAVIER PUENTES, JOSE MAURICIO ANDRADE MONJE - Ejercida a través de apoderado / UNIONES TEMPORALES - No constituyen personas naturales distintas de las jurídicas

Teniendo en cuenta que el consorcio Iván Javier Puentes - José Mauricio Andrade Monje compareció al proceso por conducto de su representante, quien a su vez otorgó poder a un profesional del derecho para ejercer la acción que dio lugar al presente proceso, la Sala estima pertinente precisar que aun cuando con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente regía, a los consorcios y a las uniones temporales no se les reconocía capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial, la Subsección estima necesario advertir que en reciente pronunciamiento la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la postura jurisprudencial que imperaba en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como terceros interesados o incluso como litisconsortes y replanteó sus consideraciones en torno al tema para adoptar la tesis según la cual si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de las personas naturales y/o jurídicas que las conforman, lo cierto es que en atención al expreso y especial reconocimiento que la ley hace y les otorga respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilita para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanan de los contratos estatales cuya celebración se les autoriza, también es claro que igual pueden actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante legal. (...) la Sala encuentra que el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, en cuanto compareció al proceso a través de su representante, quien a su vez otorgó poder en debida forma a un profesional del derecho para que acudiera a la instancia judicial en ejercicio de la acción contractual objeto del presente pronunciamiento, se encuentra legitimado para integrar el extremo activo de la presente controversia. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la capacidad procesal de los consorcios y de las uniones temporales, consultar sentencia de 25 de septiembre de 2013, Exp. 19933, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

INCUMPLIMIENTO DE PLIEGO DE CONDICIONES - Por proponente adjudicatario de contrato de obra pública / INCUMPLIMIENTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DE ADJUDICATARIO - Por omitir al igual que el demandante la expresión considerando todo factor / OMISION DE COMITE EVALUADOR - Al no advertir incumplimiento de pliego de condiciones por otros proponentes / COMITE EVALUADOR - Calificó propuestas técnicamente hábiles

Revisada la propuesta presentada por el señor Eduardo Gómez Rojas, quien resultó ser el adjudicatario, encuentra la Sala que efectivamente, tal como lo consideró el demandante y lo halló demostrado el Tribunal a quo, ese proponente también introdujo la misma modificación en el ítem No. 2.1 del análisis de precios unitarios, en el sentido de omitir la expresión "Considerando todo factor" (...) esta situación no fue advertida en el informe preliminar de evaluación, documento en el

cual se estimó que la propuesta de Eduardo Gómez Rojas, junto con las propuestas del consorcio Mora – Narvárez y Consorcio Gil – Galindo, eran técnicamente hábiles para concursar. (...) la Licitación No. 004-96 se adjudicó al proponente Eduardo Gómez Rojas por haber obtenido el mayor puntaje, sin que hasta ese momento la entidad contratante se hubiera percatado, al menos en apariencia, que el adjudicatario había incurrido en el mismo error del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, relacionado con la no inclusión del término “considerando todo factor”

DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración por descalificar propuesta que tenía el mismo error de proponente adjudicatario / VIOLACION DERECHO A LA IGUALDAD - Por tratamiento disímil frente a propuestas presentadas en licitación / PRINCIPIO DE IGUALDAD - En procedimientos de contratación estatal / PRINCIPIO DE IGUAL EN CONTRATACION ESTATAL - Propuestas presentadas en licitación deben ser estudiadas bajo las mismas reglas contenidas en el pliego de condiciones / REGLAS DE PLIEGO DE CONDICIONES – Deben ser claras, justas y objetivas / PRINCIPIO DE IGUALDAD EN ADJUDICACION DE CONTRATO ESTATAL - Propuestas que incumplan pliego de condiciones incurren en causal de descalificación / PROPUESTA SIN LLENO DE LOS REQUISITOS - Habilitada para continuar proceso de licitación no supone la habilitación de las demás propuestas, deben ser todas descalificadas / PRINCIPIO DE IGUALDAD - No puede garantizarse incurriendo en ilegalidades al habilitar propuesta que no cumple pliego de condiciones

La entidad estatal contratante, durante el procedimiento de selección, violó el derecho de igualdad al consorcio actor, circunstancia que se concretó en el hecho de haberlo descalificado sin permitirle continuar en la licitación y sin someterlo a la respectiva evaluación a pesar de que el proponente adjudicatario también incurrió en la misma causal de descalificación y sin embargo no se hizo acreedor a esa misma decisión, al punto que su propuesta resultó ser la favorecida con la elección. (...) la igualdad en materia de contratación estatal, específicamente en lo que concierne a la etapa precontractual, se concreta, entre muchos otros eventos, cuando todas las propuestas tanto para su admisión, evaluación y ponderación como para su rechazo, son examinadas a la luz y con estricta sujeción al catálogo de reglas claras, justas y objetivas contenidas en el pliego de condiciones del respectivo procedimiento de licitación en cuanto las mismas resulten válidas por consultar las normas y principios que orientan la actividad contractual del Estado. (...) La aplicación de la igualdad en el caso concreto implicaría que quien inobservara las previsiones del pliego de condiciones que contemplaba la causal de descalificación, en caso de que esta fuera válida, sufriera dicho efecto, es decir fuera descalificada y no como erradamente lo suponen el demandante y el Tribunal de primera instancia, al sugerir que por el hecho de que algún proponente que a pesar de encontrarse en un supuesto de rechazo resulte indebidamente habilitado para continuar participando en el respectivo proceso, tal circunstancia automáticamente deba habilitar al resto de propuestas que hubieren incurrido en el mismo yerro. (...) la igualdad no puede garantizarse dentro de un marco ilegalidad en el entendido de que nadie está facultado jurídicamente para alegar algún tipo de discriminación o trato diferente por haber sido sancionado con fundamento en las reglas que rigen el acto castigado, aun cuando en un caso idéntico el error de su homólogo proponente hubiere quedado sin sanción. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el principio de igual en los procesos de selección de proponentes para contratos estatales, consultar sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24059

PLIEGO DE CONDICIONES - Configuración por entidades estatales / CONFIGURACION DE PLIEGO DE CONDICIONES - No absoluta / PLIEGO DE CONDICIONES - Debe sujetarse a reglas y principios constitucionales que rigen la función pública / MODIFICACION DE PLIEGO DE CONDICIONES - No pueden introducirse nuevas causales de rechazo o fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL - Moralidad, igualdad e imparcialidad

Aun cuando se ha reconocido que la entidad estatal contratante, como directora del contrato y plena concedora de las necesidades que a partir de la celebración del futuro negocio jurídico pretende satisfacer, goza de autonomía para elaborar el pliego de condiciones y, por contera, para establecer los requisitos y exigencias que los interesados deben cumplir para participar en el respectivo procedimiento de selección contractual, lo cierto es que dicha autonomía, como esta Corporación lo ha precisado en varias oportunidades, en modo alguno resulta absoluta o ilimitada en tanto la misma debe sujetarse al catálogo de reglas y principios constitucionales que rigen la función pública y sobre todo a aquellos contenidos en el mismo Estatuto de Contratación Estatal (...) en desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal, la entidad estatal contratante no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo o –en este caso- de descalificación de las propuestas, en tanto carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como tampoco le está permitido crear inhabilidades o incompatibilidades distintas de las previstas en la Constitución o en la Ley, puesto que por esta vía se limitaría en forma ilegal la participación de los proponentes, amén de que resultaría contraria a los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los requisitos y exigencias contenidas en el pliego de condiciones, consultar sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12294, MP. Alier Hernández Enríquez

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

PLIEGO DE CONDICIONES - Causales de rechazo o descalificación de las propuestas

NOTA DE RELATORIA: En relación con las causales de rechazo previstas en la ley que pueden ser contenidas en el pliego de condiciones, consultar sentencia de 24 de julio de 2013, Exp. 28041

CAUSAL DE DESCALIFICACION DE OFERTAS - Modificación al análisis precios unitarios / MODIFICACION AL ANALISIS PRECIOS UNITARIOS - Por no hacerlo en la modalidad considerando todo factor / CAUSAL DE DESCALIFICACION CONTENIDA EN PLIEGO DE CONDICIONES - Fue creada por la entidad estatal sin estar prevista en el ordenamiento jurídico / CAUSAL DE DESCALIFICACION DE OFERTAS - Fue introducida por la entidad convocante sin contar con competencia para exigirla / ENTIDAD ESTATAL CONVOCANTE - Debió previamente establecer si las modificaciones al análisis de precios unitarios obstaculizaban la comparación con demás propuestas e impedían la selección objetiva / MODIFICACION AL ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS - Por no incluir término considerando todo factor constituía un elemento sustancial para la comparación de las propuestas

La causal de descalificación contemplada en el No. 6.1 del pliego de condiciones de la Licitación No. 004 de 1996 y la modificación de que la misma fue objeto en el

Adendo No. 001/96, comportó una consecuencia de rechazo que no estaba prevista en tales términos por el ordenamiento jurídico, por manera que la entidad no contaba con competencia para consagrarla, exigirla y menos para derivar de su configuración el rechazo de la propuesta (...) la Sala advierte que se creó una causal de descalificación de ofertas resultante de la invención propia y exclusiva de la entidad contratante, cuyo efecto era el de rechazar una propuesta sin previamente entrar a establecer si las eventuales modificaciones al análisis de precios unitarios que se castigaban con el rechazo, en realidad obstaculizaban la comparación efectiva de las propuestas y con ello impedían la selección objetiva. (...) en los términos en que quedó redactada la cláusula del pliego de condiciones –y con ese automatismo se le aplicó al ahora demandante-, un error de cualquier índole por mínimo o intrascendente que fuera podría llevar a sancionar la propuesta con su descalificación, sin importar que dicho error u omisión no afectara el cotejo de los ofrecimientos, circunstancia que, como se anotó, vicia de nulidad la referida causal en cuanto la entidad no contaba con competencia para establecer esa clase de causal o causales de eliminación o rechazo de las ofertas. (...) la incorporación del término “considerando todo factor” en los respectivos ítems del análisis de precios unitarios, resultaba de vital importancia para la comparación de las propuestas (...) de ahí que se hubiera previsto que si alguna de las propuestas no lo contenía no resultaba viable realizar una comparación objetiva de las mismas en cuanto no era posible cotejar una oferta que aceptara el sistema de distribución de riesgos planteado por la entidad y lo tuviera en cuenta para proyectar el valor de los precios unitarios que ofrecería, con otra que no se sujetara a dicha previsión.

ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS - Exigencias en pliego de peticiones / ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS - Debe estar bajo la modalidad considerando todo factor / EXIGENCIA DE ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS BAJO MODALIDAD CONSIDERANDO TODO FACTOR - Contraria a estatutos de contratación estatal / SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS - Herramienta para el cálculo de valor final del contrato / SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS - Ante la imposibilidad de establecer con exactitud los montos totales, se aproxima un cálculo estimado de la cantidad de unidades requeridas para ejecutar la obra y su valor / SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS - Sumatoria de unidades requeridas para la obra dan como resultado valor total aproximado del contrato

La Sala encuentra que la exigencia de realizar el análisis de precios unitarios de cada propuesta en la modalidad “considerando todo factor” dentro de los ítems contemplados para ello en el pliego de condiciones, es una exigencia que resulta contraria a los dictados del Estatuto de Contratación Estatal (...) el sistema de precios unitarios, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación de manera retirada y uniforme, consiste en que ante el imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada, la entidad tanto en los pliegos como en el contrato aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar para que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos en la propuesta –y aceptados por la entidad contratante

SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS - Fue establecido como modalidad de contratación simultáneamente a la modalidad de “considerando todo factor” / SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS Y MODALIDAD DE CONSIDERANDO

TODOS FACTORES - Incompatibles / MODALIDAD DE CONSIDERANDO TODO FACTOR – Se opone a la finalidad y objeto del sistema de precios unitarios / MODALIDAD DE CONSIDERANDO TODO FACTOR - Cálculo de precios global que incluye cualquier tipo de riesgo en la ejecución de la obra / SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS - Aproximación de cantidad de unidades requeridas para la ejecución de la obra y valor de cada una

Resulta a todas luces inconsistente que a pesar de definir con claridad en el objeto del futuro negocio jurídico la modalidad de contratación por el sistema de precios unitarios, de manera simultánea se hubiera pretendido exigir en el mismo pliego de condiciones que el listado de análisis de precios unitarios debiera comprender la modalidad “considerando todo factor”, pues esta última modalidad no solo desdibuja la función del sistema de precios unitarios, sino que se opone a su finalidad en cuanto que los precios habrían de pactarse considerando todo factor, lo cual se asimila más a la modalidad de precio global o alzado en cuyo contenido estaría incluida la asunción de cualquier tipo de riesgo o eventualidad en la ejecución de la obra.

ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE - Introdujo exigencias a pliego de condiciones dirigidas a que contratista asumiera todo tipo de riesgo y eventualidades ocurridas en ejecución de la obra / MATRIZ DE RIESGO - Puede ser diseñada por entidad contratante sin sobrepasar límites legales

Las explicaciones de la entidad estatal contratante contenidas en los informes preliminar y final de evaluación de las ofertas reflejaban de manera inequívoca el pernicioso propósito de EMVINEIVA de que partir de la introducción de la modalidad “considerando todo factor”, el futuro contratista asumiera en su oferta, a como diera lugar, toda serie de vicisitudes y eventualidades que tuvieran ocurrencia durante la ejecución del contrato, con independencia de la dimensión o cuantía en que se tradujeran, propósito que resulta del todo alejado del ordenamiento jurídico y por contera no puede ser prohijado por esta instancia judicial. (...) dicha facultad, como todas las demás de que está investida la Administración Pública, debe ejercerse con sujeción a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado

CLAUSULA DE DESCALIFICACION DE PROPUESTA - No valida / INVALIDEZ DE CLAUSULA DE DESCALIFICACION - Por no estar ajustada a derecho causal de descalificación y operar solo sobre uno de los proponentes a pesar de haber incurrido en la misma falta proponente adjudicatario / NULIDAD DE DESCALIFICACION DE OFERTA DE CONSORCIO - Por invalidez de cláusula de descalificación / DESCALIFICACION DE OFERTA - Adoptada en acto de adjudicación perdió fuerza ejecutoria / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE DESCALIFICACION DE OFERTA - Por decaimiento del acto de adjudicación que lo contenía por encontrarse viciada de nulidad la causal de descalificación

Si se atiende al supuesto convencimiento de que gozaba la entidad, consistente en que la causal de descalificación introducida en el pliego de condiciones se encontraba ajustada a derecho y por ende su aplicación derivaba plenos efectos, no resultaría admisible entonces que haya adjudicado el contrato a un proponente cuya oferta, según los lineamientos impartidos por esa misma entidad, debió ser descalificada al mismo tiempo y con apoyo en idénticos argumentos a los que esgrimió con el propósito de descalificar al consorcio que ahora funge como demandante. (...) se impone concluir que la cláusula de descalificación, dada su evidente invalidez, no podía surtir efecto alguno respecto de uno solo de los

proponentes, lo cual naturalmente incluye a quien resultó adjudicatario puesto que su oferta, al igual que la del consorcio actor, tampoco podía rechazarse por la modificación que introdujo en el análisis de precios unitarios. La circunstancia puesta de presente a su vez evidencia la nulidad de la decisión que resolvió descalificar la oferta del ahora demandante consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje. (...) la Sala considera que la decisión de descalificación de la oferta del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, adoptada implícitamente en el acto de adjudicación vertido en la Resolución No. 350 de 1996, perdió su fuerza ejecutoria tras configurarse el decaimiento del acto que la contenía por haber desaparecido el fundamento jurídico que le sirvió de sostén, esto es por encontrarse viciada de nulidad la causal de descalificación en que se apoyó.

PLIEGO DE CONDICIONES - Capacidad financiera de proponentes / CAPACIDAD FINANCIERA DE PROPONENTES - Debe acreditarse con sujeción a reglas contables y financieras / NORMAS CONTABLES Y FINANCIERAS DE REGLAMENTO CONTRACTUAL - Obligan al proponente a presentar estados financieros certificados por contador público / PLIEGO DE CONDICIONES - Podía contener la exigencia de presentar un balance general de la situación económica del contratista a la entidad contratante / INOBSERVANCIA E INCUMPLIMIENTO DE NORMAS CONTABLES - Por proponentes adjudicatarios y consorcio demandante / INOBSERVANCIA E INCUMPLIMIENTO DE NORMAS CONTABLES - Por presentar estados financieros sin estar debidamente certificados y avalados por un profesional de las ciencias contables

La entidad contratante EMVINEIVA exigió la presentación del balance general de la situación económica del contratista con cierre al 30 de abril de 1996, con sus respectivos soportes, el cual debía estar suscrito por contador público. (...) los proponentes debían acreditar su capacidad financiera con sujeción a las reglas contables que regulaban la materia, dentro de las cuales se encontraba la obligatoriedad de presentar los estados financieros debidamente certificados por el contador público, según lo reguló la el Decreto 2649 de 1993 y la Ley 222 de 1995, en tanto aquellos que no lo estuvieran no cumplirían la función de dar fe de la correspondencia existente entre la información consignada en el balance y la contenida en la fuente de donde se extrajo, por manera que no gozarían de presunción de autenticidad y, en consecuencia, no pasaría de ser un documento suscrito por el proponente y el contador sin ninguna vocación probatoria que satisficiera los fines perseguidos con dicha exigencia. (...) La Sala evidencia, en primer lugar, que el balance financiero presentado por el proponente Eduardo Gómez Rojas, si bien se encuentra firmado por el contador público y por el oferente, lo cierto es que no reúne las exigencias de las normas contables principalmente del artículo 37 de la Ley 222 de 1995 que regula la presentación de los estados financieros certificados (...) la Sala observa que al igual que lo que aconteció en el caso del proponente Eduardo Galindo Rojas, el consorcio demandante también inobservó las previsiones legales que exigían la presentación de sus estados financieros debidamente certificados, pues aun cuando los miembros del referido consorcio realizaron un balance general unificado suscrito por un contador público, en dicho documento no se plasmó la manifestación del profesional de las ciencias contables encaminada a declarar que los datos e información contenidos en el respectivo informe financiero fue fielmente extraída de los documentos contables que las sustentaban.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2649 DE 1993 / LEY 222 DE 1995 - ARTICULO 37

NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO DE OBRA - Por decaimiento y declaratoria de nulidad de acto de adjudicación / DECLARATORIA DE NULIDAD DE CONTRATO DE OBRA - Puede hacerse oficiosamente por Juez Administrativo a pesar de que no esté formulada como pretensión en la demanda / NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO DE OBRA - Declarada por Juez Administrativo en fallo de segunda instancia

La declaratoria de nulidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 044-96, a su turno trae consigo la consecuencial declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado entre EMVINEIVA y Eduardo Gómez Rojas, producto de dicho procedimiento de selección. (...) el contrato de obra pública No. 044-96 se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 4o. del artículo 44 de la Ley 80 anteriormente referido, a cuyo tenor los contratos del Estado serán absolutamente nulos cuando “Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.” (...) aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, dicha circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades – deberes que al respecto que le han sido otorgadas e impuestos por la ley. (...) En relación con la potestad–deber del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que puede y debe ejercerla al dictar el fallo “en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso” (...) se encuentra plenamente demostrado que el Contrato de obra pública No. 023/96 se encuentra viciado de nulidad absoluta, por las razones ampliamente expuestas en apartados precedentes respecto de la nulidad del acto de adjudicación en que se sustentó su celebración, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del Contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Por no adjudicarse a consorcio demandante la licitación a pesar de ocupar primer lugar en orden de elegibilidad / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - A obtener el reconocimiento de las utilidades dejadas de percibir por la no adjudicación del contrato de obra

Se encuentra plenamente demostrado que la propuesta del consorcio demandante debió ser la adjudicataria de la Licitación No. 004-96, tras corroborarse que la misma, de no haber sido indebidamente eliminada, habría ocupado el primer orden de elegibilidad, tal circunstancia abre paso al restablecimiento del derecho deprecado, el cual, en congruencia con lo pretendido en la demanda se materializará en el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por cuenta de la no adjudicación del contrato de obra para la construcción de 48 unidades mínimas de vivienda de interés social en la ciudad de Neiva.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845)

Actor: CONSORCIO IVAN JAVIER PUENTES - JOSE MAURICIO ANDRADE MONJE

Demandado: EMPRESA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE NEIVA

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

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del seis (06) de diciembre de dos mil dos (2002), dictada por el Tribunal Administrativo del Huila – Sala Cuarta de Decisión, mediante la cual se dispuso:

“Se deniegan las súplicas de la demanda.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 23 de septiembre de 1996, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con poder otorgado por quien en obra en calidad de representante del Consorcio integrado por los señores Iván Javier Puentes y José Mauricio Andrade Monje, (folios 8 a 22 cuaderno 1), se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 350 de fecha 25 de julio de 1996 “Por la cual se adjudica la licitación pública No. 004-96” expedida por el señor Gerente de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE NEIVA “EMVINEIVA” Doctor LUIS MIGUEL LOSADA POLANCO.”

“SEGUNDA.- Que como consecuencia de esta declaración y a título de Restablecimiento del Derecho o Reparación del Daño que le asiste al Consorcio IVAN JAVIER PUENTES – JOSE MAURICIO ANDRADE MONJE, se condene a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE NEIVA “EMVINEIVA” a reconocer y a pagar todos los perjuicios o disminución patrimonial que haya sufrido el actor, su prolongación y/o ganancias, reajustes, beneficio o provecho dejado de percibir y good will, incluyendo el daño emergente, lucro cesante y los intereses moratorios a la tasa más alta legalmente permitida de conformidad con el artículo 884 de Código de Comercio y el artículo 65 de la ley 45 de 1990, conforme a la certificación que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria, por la no adjudicación de la licitación pública No. 004 de 1996 cuyo objeto era “la construcción a todo costo de 48 Unidades mínimas de vivienda en las manzanas I y J de la Urbanización Virgilio Barco Vargas”, no obstante que desde el punto de vista legal y técnico, la menor propuesta y la de más alto puntaje en orden de elegibilidad (de no haberse descalificado de forma justa y arbitraria), era la presentada por el Consorcio demandante de acuerdo a los hechos que se relacionarán más adelante.

“TERCERO.- Que para efectos de la condena solicitada en la pretensión anterior, el daño emergente se valore por las sumas que el Consorcio demandante hubiere podido recibir como rendimientos normales derivados de la ejecución de la Licitación Pública No. 004-96, conforme a los pliegos de condiciones o términos de referencia elaborados por la entidad demandada y a la propuesta presentada por la parte actora, incluyendo las sumas por concepto de A.I.U. y reajustes y aquellos otros intereses que conforme a su propuesta habrían destinado a la amortización de costos fijos, teniendo en cuenta las tablas o índices que para este tipo de contrato expide el Ministerio de Trabajo y/o el Instituto Nacional de Vías. En relación con el lucro cesante, que éste se valore por el costo financiero o costo de la oportunidad derivado del daño emergente durante el período comprendido entre la época de causación del daño emergente y la fecha de su indemnización efectiva, para lo cual, a falta de mejor prueba específica, se deberá aplicar la tasa de interés bancaria corriente; o en su defecto, la tasa de interés que el Honorable Tribunal determine como aquella que compense plenamente el perjuicio consistente en no haber recibido los ingresos provenientes de la ejecución del contrato a que tenía derecho y, consecuentemente en no haberle podido dar a ese dinero una destinación productiva y un mejor K a los profesionales del consorciados para efectos de su calificación y/o clasificación en la Cámara de Comercio conforme al estatuto contractual vigente, entre otros factores.

“CUARTA.- Que se condene a la entidad demandada a pagar a los consorciados demandantes por concepto de perjuicios morales, la suma de dinero necesaria para adquirir en la época de la sentencia o, en su lugar, en la de la liquidación de perjuicios, equivalente a 2.000 gramos oro puro como mínimo a cada uno, conforme a la cotización que para el efecto certifique el Banco de la República o, en su defecto, empleando cualquier fórmula o sistema que resulte más favorable a los intereses de los demandantes.

“QUINTA.- Que declare y ordene que a la condena a la que se refiere la pretensión anterior, se le aplique la indemnización o corrección monetaria conforme a los criterios señalados para el efecto, por el Consejo de Estado desde el momento en que debió adjudicarse o suscribirse el contrato y hasta cuando se efectúe el pago en su defecto, empleando otra fórmula, criterio o sistema siempre que resulte más favorable a los intereses de la parte actora.

“SEXTA.- Si no fuere posible establecer el monto de los perjuicios durante el plenario, la condena deberá hacerse en abstracto o ingénere (sic) caso éste en el cual se dispondrá la tramitación del respectivo incidente, fijando las pautas o bases a que hubiere lugar tal como lo prevén los artículos 172 y 178 del Código de Procedimiento Civil.

“SEPTIMA.- Que se condene a la entidad demandada al pago de costas, incluyendo las agencias en derecho.

“OCTAVA.- La condena impuesta deberá cumplirse en las condiciones y términos a que se refieren los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, so pena que vencidos los términos de ley tenga que pagar intereses comerciales durante los seis (6) siguientes meses a su ejecutoria y moratorios después de éste término, conforme certificación que expida la Superintendencia Bancaria.”

2. Los hechos.

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

2.1. Mediante Resolución No. 158 del 1 de abril de 1996 la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva “EMVINEIVA” ordenó la apertura de la Licitación No. 004 de 1996, cuyo objeto lo constituyó “la construcción a todo costo de 48 unidades mínimas de vivienda en las manzanas I y J de la urbanización Virgilio Barco Vargas”.

2.2. El 19 de mayo de 1996 EMVINEIVA publicó el Adendo No. 001 de la Licitación No. 004, en el cual se modificaron aspectos relativos a la evaluación de las propuestas y en ese sentido dispuso que cuando las cantidades solicitadas en los diferentes ítems del pliego no coincidieran con las presentadas por el proponente en el análisis de precios unitarios de las propuestas, tal circunstancia sería causal de descalificación.

2.3. Al proceso de selección se presentaron los siguientes proponentes:

CONSORCIO JOSE LUIS MORA - JESUS ANTONIO NARVAEZ, CONSORCIO ISRAEL GIL – ORLANDO GALINDO y EDUARDO GOMEZ ROJAS.

2.4. El 28 de junio de 1996 el Comité Evaluador presentó informe preliminar de evaluación en el cual concluyó que todas las propuestas eran hábiles. Sin embargo descalificó la oferta que presentó el consorcio demandante tras considerar que en el ítem 2.1, en el análisis de precios unitarios no se indicó el tamaño de la sección, ni el término “todo factor” y en el ítem 5.7 se señaló una sección de tamaño diferente a la solicitada en el pliego de condiciones.

2.5. Dentro del término legal, el consorcio demandante presentó las respectivas observaciones al informe preliminar de evaluación y para el efecto argumentó que todas las propuestas presentadas incurrieron en errores similares y, en tal virtud, todas debían aceptarse o, en contraposición, todas debían resultar descalificadas.

2.6. En la fecha programada para llevar a cabo la audiencia de adjudicación, EMVINEIVA resolvió las observaciones formuladas por el demandante y mantuvo la decisión de descalificar su propuesta por las deficiencias encontradas en la evaluación técnica por cuanto la omisión del término de “todo factor” no fue simplemente gramatical, en tanto consideró que el mismo resultaba sustancial para la comparación de la propuesta por la naturaleza misma que implicaba dicho término.

2.7. Mediante Resolución No. 350 del 25 de julio de 1996, EMVINEIVA adjudicó la Licitación No. 004 al proponente Eduardo León Gómez Rojas, quien, según refiere el demandante, en su propuesta tampoco incluyó la expresión “todo factor”.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invocó como vulnerados los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 58, 60, 83, 84, 90, 95, 122, 123 y 209 de la Constitución Política.

Al respecto sostuvo que el Comité Evaluador desconoció la prevalencia de los derechos fundamentales de los asociados por cuanto no garantizó la efectividad

de los principios, ni la participación digna del consorcio dentro del procedimiento de selección, lo que implicó un desconocimiento del Estado Social de Derecho. A ello añadió que la entidad inobservó su obligación de impartir un trato igualitario e indiscriminado a todos los proponentes por no haber interpretado de manera objetiva el pliego de condiciones y con ello incumplió el deber de selección objetiva y demás principios que orientan la contratación estatal.

Advirtió que la expectativa de los derechos económicos que persigue un particular dentro del procedimiento de selección contractual se habrían cristalizado a favor del consorcio demandante de no ser porque la entidad contratante incurrió en transgresión de los principios de buena fe y selección objetiva.

Señaló que la interpretación y aplicación del pliego de condiciones por parte del Comité Evaluador conllevó el establecimiento de nuevos criterios de evaluación y calificación, planteándose de esta manera exigencias y requisitos ambiguos que no fueron considerados inicialmente, circunstancia en virtud de la cual se les causó un daño antijurídico a los demandantes susceptible de ser resarcido a través de la presente acción.

Agregó que los servidores públicos que se encontraban a cargo del procedimiento de selección no aplicaron los principios de la función pública y, por el contrario, incurrieron en arbitrariedad y abuso de poder.

También alegó que la entidad demandada vulneró los artículos 13, 23, 24, 25, 26, 29 y 50 de la Ley 80 de 1993.

La parte actora reiteró que los funcionarios de EMVINEIVA transgredieron las normas vigentes sobre Contratación Estatal, los principios recogidos en dicho Estatuto y en el artículo 209 de la Constitución Política. En su criterio las normas claras y objetivas que debía comprender el pliego de condiciones se tornaron subjetivas por los criterios conceptuales creados por el Comité Evaluador.

Argumentó que las reglas plasmadas en el pliego de condiciones tendientes a garantizar una selección objetiva fueron modificadas con disquisiciones gramaticales privadas, circunstancia que desvió la consecución de los fines que persigue el Estado para la correcta y debida prestación del servicio público. A ello

sumó que no se respetó el principio de selección objetiva en la medida en que no resultó favorecida la oferta más favorable para los intereses de la Administración.

Además invocó la vulneración del pliego de condiciones como reglamento de la Licitación No. 004-96, en atención a que su interpretación no fue ajustada, ni desprovista de intereses personales.

Seguidamente alegó los siguientes cargos de nulidad respecto del acto administrativo acusado:

Falsa motivación.

Consideró que la valoración, evaluación y calificación efectuada por el Comité Evaluador realmente se sustentó en criterios conceptuales propios y particulares alejados de un análisis técnico, razonable y proporcionado y de los parámetros normales y reglas objetivas llamadas a nutrir el pliego de condiciones. Esta valoración subjetiva indujo a una manifestación de la voluntad contraria a la ley del contrato y a la normativa que gobierna la actividad contractual del Estado.

Desviación y abuso de poder.

Estimó que al desplazarse las reglas objetivas, propias del pliego de condiciones y del deber de selección objetiva, por criterios y reglas ambiguas, personales y subjetivas, EMVINEIVA transgredió el principio de legalidad, extralimitó el marco de sus atribuciones y obtuvo un objetivo distinto al que debe perseguirse en un procedimiento de licitación.

Infracción de normas en que debió fundarse.

Para el demandante, la evaluación que realizó el Comité infringió las normas anteriormente referidas y además los deberes de selección objetiva y de responsabilidad.

Expedición de forma irregular.

Advirtió que el acto administrativo fue expedido en forma irregular por cuanto los criterios que adoptó el Comité con el propósito de descalificar a algunos proponentes se afectó la media aritmética que beneficiaba la propuesta de quien resultó favorecido como adjudicatario.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo del Huila, mediante providencia del 25 de octubre de 1996, dispuso la inadmisión de la demanda con el fin de que se acompañara el documento idóneo que acreditara la representación en virtud de la cual el demandante concurría a la presente causa (fl. 82 c1).

4.2. Cumplido lo anterior, el Tribunal a quo en providencia del 26 de febrero de 1997 dispuso la admisión de la demanda y ordenó notificar dicha decisión al Gerente de EMVINEIVA y al señor Eduardo León Gómez, en calidad de adjudicatario de la Licitación No. 004-96 (fls. 95 c1).

4.3. Mediante auto del 16 de julio de 1999 se ordenó la apertura del período probatorio (fl. 186- 188 c1).

5. Contestación de la demanda.

5.1. EMVINEIVA.

La entidad demandada contestó la demanda mediante escrito que aportó dentro del término legal.

En cuanto a los hechos, sostuvo que cuando una propuesta se consideraba hábil, tal condición aludía al cumplimiento de los requisitos formales de la documentación, pero en ningún caso la habilitación jurídica implicaba que en los aspectos técnicos o financieros no pudieran surgir objeciones que la descalificaran o le restarán puntaje. En ese orden de ideas, el criterio técnico con que se juzgó la propuesta, en el específico aspecto de reproche, se dirigía a prevenir por parte de la entidad cualquier situación en el contexto de la teoría de la imprevisión, por lo que mal podía catalogarse como un criterio formalista o arbitrario.

Anotó que la entidad se sujetó a las condiciones de la Licitación 004-96 y, en desarrollo de las mismas, actuó conforme a derecho pues los criterios atendidos se establecieron en orden a prevenir cualquier situación de mayor onerosidad para la Administración.

Según refiere la entidad, el consorcio demandante fue descalificado en razón a que en el análisis de precios unitarios, en el ítem 2.1, no incluyó el concepto “*todo factor*”, aspecto que entratándose de una excavación resultaba sustancial habida cuenta de que encerraba diversas condiciones tales como tipo de terreno o circunstancias en que debía ejecutarse la labor, máxime cuando durante la ejecución podía aparecer material de roca en la excavación o presencia de agua que obligara a efectuar bombeo, de tal suerte que si estas circunstancias no se hallaban cubiertas por el concepto de “*todo factor*”, ello eventualmente habría implicado el pago de gastos adicionales por parte de la entidad contratante.

Además puntualizó:

“En el informe final de evaluación se indicó que en relación con los ítems 12.3 y 12.4 la nota aclaratoria dirigida a la Ing. GILMA ORDOÑEZ DE CAMACHO no cumple de manera formal la función de modificar el pliego de condiciones, de tal manera que los proponentes consorcio Israel Gil – Orlando Galindo de un lado, y Eduardo Gómez del otro, se encuentran [ajustados] a derecho cuando su oferta se sujeta al pliego originalmente publicado; esta situación en manera alguna implica necesariamente que quienes se sujetaron a la nota aclaratoria deban ser descalificados.”

“Respecto del ítem 2.3.12 la documentación aportada por el proponente EDUARDO LEON GOMEZ ROJAS, y pertinente a la situación económica, este presenta el balance en los anexos al cierre de fecha abril 30 de 1996, concordante con la información descrita y exigida en el ítem 2.3.12 del pliego de condiciones. Luego de efectuada la evaluación por los integrantes del comité, se asignaron los puntajes correspondientes, teniendo en cuenta que las cifras ahí comprendidas, cumplan con las normas técnicas de general aceptación aplicadas a la contabilidad, esto es, organizadas por los grupos activos, pasivos y patrimonio respectivamente.”

“Adicionalmente presenta los anexos correspondientes de las cifras de forma detallada, ordenada y clara, que permitieron la verificación de cada uno de los conceptos discriminados en el balance, naturalmente rubricado por contador público.”

De otra parte, consideró que la finalidad perseguida por la entidad contratante, cual era la satisfacción del interés colectivo, en efecto había sido lograda, razón por la cual debía concluirse que el acto acusado no incurrió en falsa motivación, ni en desviación de poder.

También consideró que no existían razones admisibles para acusar el acto demandado por haber sido expedido de forma irregular en cuanto no carecía de algún elemento formal que lo invalidara.

5.2. Eduardo León Gómez.

Mediante auto del 26 de febrero de 1997, el Tribunal *a quo* dispuso admitir la demanda y a su turno ordenó notificar dicha decisión al señor Eduardo León Gómez Rojas, en calidad de adjudicatario y por conetera de favorecido con los efectos del acto administrativo de adjudicación cuya declaratoria de nulidad se depreca.

Como consecuencia de lo anterior, el 25 de abril de 1997 el señor Eduardo León Gómez Rojas fue notificado personalmente de la demanda, según consta en el acta de notificación visible a folio 99 del cuaderno principal. No obstante, en el término de fijación en lista del proceso no allegó escrito de oposición, ni otorgó poder a un profesional del derecho para ser representado dentro de la presente causa.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 11 de septiembre de 2001 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión (folio 282 del primer cuaderno).

6.1. La parte demandante (folios 283-287 cuaderno 1). En primer lugar, desistió de la causal de nulidad denominada expedición irregular del acto.

A continuación se refirió al caudal probatorio recaudado en la respectiva etapa y en relación con el particular concluyó que a pesar de que en el ítem 2.1 sobre excavación no se incluía la palabra "*todo factor*", lo cierto es que dicha expresión sí se introdujo en la lista de cantidades y precios de la propuesta, en las cuales se

especificaban los precios para excavación y, por lo tanto, desde el punto de vista jurídico y técnico la propuesta no podía ser descalificada, menos cuando el adjudicatario incurrió en el mismo error del demandante. Además de lo anterior, advirtió que se estaba imponiendo la posibilidad de asumir unos sobrecostos de excavación al respectivo contratista que debía estar claro desde el principio si se hubiesen elaborado los respectivos estudios de suelos pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de planeación.

6.2. EMVINEIVA.

Reiteró que uno de los errores en que incurrió el demandante al momento de presentar su propuesta consistió en no incluir la expresión “*todo factor*” en el ítem de excavaciones, lo cual tenía directa incidencia en la distribución de riesgos del proyecto, por cuanto resultaba incierta la calidad del terreno en que se iban a levantar las edificaciones objeto de licitación y dependiendo de la clase del mismo podía hacer más o menos gravosa la situación económica de la propuesta.

De otro lado, precisó que no resultaba jurídicamente viable solicitar el reconocimiento de los costos correspondientes a la compra del pliego de condiciones en cuanto la naturaleza del mismo no era reembolsable en el caso de no resultar favorecidos con la adjudicación. Al respecto sostuvo que se trata de un gasto en que se incurre a sabiendas de que puede resultar ganador o vencido dentro del procedimiento de licitación.

El Ministerio Público guardó silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Huila – Sala Cuarta de Decisión negó las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 327-355 cuaderno principal):

Luego de realizar un recuento probatorio, descendió en el análisis del caso concreto y en primer lugar se refirió a los argumentos de la objeción por error grave elevada por la parte demandada frente al dictamen pericial rendido en la etapa probatoria y concluyó que la parte pasiva se había limitado a expresar su discrepancia conceptual en relación con las conclusiones del dictamen sin esgrimir

algún argumento que permitiera inferir que la deducción a la que se llegó hubiera sido producto de una equivocación garrafal que de no haberse cometido habría conducido a un resultado diferente.

De otro lado, advirtió que al subexamine no se había allegado el correspondiente pliego de condiciones, pues no obstante que a petición del demandante se ofició a la entidad demandada para que lo remitiera, no fue posible obtenerlo debido a que la parte interesada no canceló oportunamente el valor de las copias; incluso encontrándose el proceso al Despacho para fallo se insistió en ello con resultados negativos.

Al adentrarse al estudio de fondo, el Tribunal *a quo*, luego de comparar la propuesta del consorcio demandante con la de aquel que resultó adjudicatario, concluyó:

“4.2.2 Si se tiene en cuenta que el licitante vencedor incurrió en el mismo error del consorcio demandante, no existía razón válida para que su propuesta hubiera sido descalificada. En tal virtud ha debido permitírsele competir en igualdad de condiciones con los diferentes licitantes. Máxime si en el anexo No. 1- LISTA DE CANTIDADES DE OBRA, PRECIOS UNITARIOS Y VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA- se consignó que la excavación manual de la brecha incluía “todo factor”.

*“Situación similar se presenta con la imprecisión del ítem 5.7, ya que en la misma lista (f. 33, cuad. 5), la propuesta se refirió a una “viga canal 6x5 mt sección cuadrada (0.5*6.0 ml)”.*

No obstante lo advertido, el Tribunal de primera instancia observó que la demanda se centró en alegar que su propuesta fue discriminada y que económicamente era la más favorable, sin establecer que también superaba a los otros proponentes en los aspectos atinentes a la experiencia y a la capacidad financiera, razón por la cual no se demostró que su propuesta hubiere sido la más favorable:

“4.3.1. De acuerdo con lo expuesto, se puede inferir que la propuesta del Consorcio Puentes – Andrade fue injustamente descalificada y que la licitación se adjudicó a un proponente que incurrió en idéntico error. Dicho sea de paso, y desde una perspectiva meramente económica, la propuesta ganadora fue \$2'854.070 más costosa que la de los demandantes y con menores diferencias, más onerosa que la de los demás proponentes (fl. 117, cuad. Ppal).

“4.3.2-. Advierte la Sala, que la extensa argumentación de la demanda solo

se refirió a que la propuesta fue discriminada y que económicamente era la más favorable; sin ahondar y sin hacer el más mínimo análisis de que también superaba a sus competidores en los aspectos referentes a "experiencia y a capacidad financiera".

Tópicos a los que no se puede hacer referencia, teniendo en cuenta que la jurisdicción contenciosa es rogada y no podría abordar un tema que no hizo parte de la causa petendi, y porque se desconoce la reglamentación que de ellos se haya hecho en el pliego de condiciones. Sin embargo, se advierte que esos factores – que tenían un peso significativo – fueron objeto de evaluación por parte del respectivo comité (f. 53-57 cuad. Ppal).

"Por lo tanto la parte actora no logró demostrar que "integralmente" su propuesta era la mejor; de contera, que ella debió ser elegida.

"Al referirse a este aspecto, el H. Consejo de Estado ha considerado que si bien es cierto que el acto de adjudicación no es una competencia absolutamente discrecional -ya que debe soportarse en un análisis objetivo-, también lo es que el factor precio no debe ser el criterio determinante para la selección del contratista, ya que deben tenerse en cuenta otros aspectos que razonablemente puedan redundar en el interés público."

Una vez proferida la sentencia de primera instancia, los demandantes, mediante escrito del 18 de febrero de 2003, manifestaron al Tribunal su inconformidad frente al señalamiento que se hizo en la sentencia acerca de la falta de consecución de algunos documentos del procedimiento de licitación, específicamente el pliego de condiciones, por el supuesto desinterés de la parte interesada y al respecto indicaron (fl. 357 c.p):

"En nuestra condición de poderdantes en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra Emvineiva (en liquidación), en razón a lo expresado por el Tribunal Contencioso Administrativo en la sentencia del 6 de diciembre de 2002, No. 4.1.2 de la página 26 en el sentido de que no cancelamos el valor de las copias de los documentos solicitados a Emvineiva, queremos hacer las siguientes aclaraciones, dada la inexactitud de lo manifestado por el Tribunal:

- 1) Desde que se ordenaron las fotocopias en mención y usted nos entregó el oficio del requerimiento estuvimos gestionando ante la Doctora IDALY CALDERON PEREZ, Gerente de Emvineiva en Liquidación y otros funcionarios de la misma Empresa, como el Ing. CARLOS ALBERTO NIÑO RAMIREZ y el Contador Público SIMON MEDINA POLANIA, y no fue posible obtener las copias, tanto así que nos tocó acudir a los mismos proponentes de la licitación demandada para que nos facilitaran copias de las propuestas como lo solicitamos en la demanda y lo requería el Tribunal.*
- 2) Los empleados de Emvineiva en Liquidación, según sus palabras*

expresaban que no encontraban los documentos solicitados en los sitios de archivo de la entidad (Centro Comercial los Comuneros, Edificio palacio Municipal, etc).

- 3) *Nuestra insistencia por más de varios meses en la búsqueda de estos documentos no fue resuelta por la entidad que siempre contestó con evasivas y nunca demostraron colaboración efectiva (porque no les convenía). Esto fue comunicado verbalmente al Magistrado Ramiro Aponte Pino por parte de Iván Javier Puentes quien manifestó que no esperaba más dichos documentos y procedería a dictar sentencia con la documentación que tenía a la mano.”*

8. El recurso de apelación.

El consorcio demandante, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En primer lugar anotó que la sentencia de primera instancia había desatendido el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma y el deber de interpretación integral de la demanda, al tiempo que no le dio mérito alguno a la actitud evasiva de la entidad demandada en el aporte de las pruebas que permanecían en sus archivos, para lo cual soportó sus argumentos con algunos apartes jurisprudenciales y doctrinales alusivos al tema.

En segundo lugar sostuvo que el Tribunal *a quo* incurrió en un yerro al considerar que en la demanda no se había hecho mención a los otros aspectos integrantes de la propuesta, tales como la experiencia y la capacidad financiera, para efectos de indicar que en los mismos también se superaban las demás ofertas. Como sustento de lo expuesto, realizó un listado en el cual precisó con detalle los apartes de la demanda en que se refería a dichas cuestiones puntuales y concluyó:

“... verificados los apartes de la demanda en la forma ya anotada, se demuestra inequívocamente que la H. Corporación al proferir sentencia objeto de este recurso parte de una premisa desacertada, no cierta pues de ninguna manera se puede considerar que la demanda SOLO SE REFIERE A QUE LA PROPUESTA FUE DISCRIMINADA Y QUE ECONOMICAMENTE ERA LA MAS FAVORABLE: la demanda plantea que la oferta de los demandantes fue discriminada subjetiva y tendenciosamente en la forma explicada solo para poder rechazarla con

supuestos argumentos, pues si nos atenemos a los demás aspectos de una evaluación en un proceso licitatorio, como son [la] parte jurídica, [la] parte económica y [la] parte financiera, además de la parte técnica, la propuesta de mis poderdantes obtendría la calificación máxima según las reglas de esa licitación.

“El ejercicio de comparación y evaluación de las propuestas que hicieron los peritos demuestran (sic) esta realidad y expresan (sic) categóricamente que mis mandantes obtendrían los 100 puntos de calificación máxima que exigía el pliego de condiciones. Aunque en la sentencia el Tribunal expone al referirse al dictamen pericial, en el numeral 3.4 (pag. 24 de la sentencia y folio 350 del expediente), que “los peritos no podían conceptuar cuál debió ser el proponente vencedor; toda vez que ello hace parte de la decisión de fondo, que previo análisis debe ser adoptado”, sin embargo no cumple este deber.”

Siguiendo el lineamiento expuesto, señaló que era deber del fallador de primera instancia realizar el proceso de evaluación a todas las propuestas presentadas en el procedimiento de licitación y a la luz de la reglas definidas en el en el pliego de condiciones establecer cuál era la mejor propuesta. Sumado a lo anterior, anotó que el Comité evaluador en los demás aspectos de la evaluación, diferentes a la parte técnica, le reconoció al consorcio actor los máximos puntajes y según la media aritmética planteada en el pliego de condiciones, podría concluirse que los demandantes ocuparían el primer orden de elegibilidad de no haber sido por la discriminación de que fueron objeto para amañar el rechazo de su oferta.

Finalmente y respecto a las pruebas documentales que aun cuando fueron decretadas no fueron incorporadas al plenario, el apelante argumentó:

“En cuanto a las pruebas solicitadas y no recaudadas, como es el caso del pliego de condiciones que se le solicitó mediante oficio No. 2709 del 3 de octubre de 2002 del Secretario de la Corporación a la Entidad demandada, debo manifestar que no fue la actitud negligente o descuidada de la parte actora, como pretende hacerlo ver la Corporación, porque con los oficios presentados por el suscrito abogado el 15 de octubre y 1 de noviembre de 2002 remití la propuesta del proponente ganador y la de los demandantes en este proceso, así como el informe preliminar de evaluación que tampoco había sido remitido por la entidad demandada, en donde se expresa que no obstante el esfuerzo y costo para la consecución de las copias había sido imposible obtener los documentos solicitados en el archivo de EMVENEIVA. Lo que debió evaluar la Corporación fue precisamente la evasiva e incumplimiento de la entidad demandada en aportar las pruebas que tenía en su poder, dándole el efecto que corresponde a esa falta de colaboración y por la facilidad que tenía en las pruebas solicitadas. Sin embargo el Tribunal optó por responsabilizar a mis mandantes por una actitud de la demandada, aspecto que debe ser objeto de análisis del Honorable Consejo de Estado, tal como lo solicito en el numeral dos (2) de esta impugnación.”

Al escrito del recurso se acompañaron varios documentos, a saber: copia del oficio radicado el 15 de octubre de 2002 en el cual el demandante allegó ante el Tribunal *a quo* documentos que fueron decretados como pruebas pero no fueron remitidos por la entidad demandada, tales como la propuesta presentada por Eduardo Gómez Rojas, propuesta presentada por el Consorcio demandante e informe preliminar de evaluación; oficio radicado el 1 de noviembre de 2002 por el cual el demandante arrió al Tribunal copia de la propuesta presentada por el consorcio Israel Gil – Orlando Galindo; oficio No. 2709 del 3 de octubre de 2002 por el cual el Tribunal solicitó a EMVINEIVA copia del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 004 de 1996; copia del adendo No. 001 del 17 de mayo de 1996 y copia de todas las propuestas presentadas en el trámite de licitación, oficio con constancia de radicación ante EMVINEIVA de fecha 4 de octubre de 2002.

Adicionalmente solicitó tener como prueba los anteriores documentos, la copia del pliego de condiciones y del adendo No. 001 del 17 de mayo de 1996.

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. Mediante providencia del 29 de mayo de 2003 se admitió el recurso de alzada interpuesto por el consorcio demandante (folio 383 cuaderno principal).

9.2. En providencia del 11 de agosto de 2003, el Despacho que conoció del proceso en un inicio se pronunció frente a la solicitud de pruebas elevada por la parte demandante en segunda instancia. En esa oportunidad, tras advertir que la situación presentada encuadraba dentro de la causal recogida en el numeral primero del artículo 214 del C.C.A., decidió tener como pruebas los documentos aportados por el demandante a folios 371 a 377 del cuaderno principal; se corrió traslado de los mismos a la parte demandada por el término de cinco días para que ejerciera su derecho de contradicción y, por último, se ordenó oficiar al Gerente de EMVINEIVA para que remitiera copia de las propuestas del consorcio José Mora – Jesús Antonio Narváez y del consorcio Israel Gil Dussán – Orlando Galindo G (fls. 385-387 cuaderno principal).

9.3. La empresa EMVINEIVA en liquidación, mediante oficio No. 1038 del 16 de septiembre de 2003, dio cumplimiento a lo ordenado por esta Corporación en el sentido de aportar las propuestas presentadas por el consorcio José Mora – Jesús

Antonio Narváez y del consorcio Israel Gil Dussán – Orlando Galindo (fl. 389 cuaderno principal).

9.4. Por auto del 15 de enero de 2004 esta Corporación dispuso tener como prueba la copia de las propuestas allegadas por la parte demandada y corrió traslado de las mismas a la contraparte por el término de cinco (5) días (fl. 393 cuaderno principal).

9.5. Por medio de providencia del 26 de marzo de 2004 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 395 del cuaderno principal). En el término otorgado todos los sujetos procesales guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** Las pruebas aportadas al proceso; **3)** La sentencia de unificación en relación con la capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio; **4)** Análisis del caso; **5)** otras consideraciones y **6)** Costas del proceso.

1.- Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto la demandada Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva EMVINEIVA, tiene la naturaleza propia de un establecimiento público del orden municipal,

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

creada mediante Acuerdo No. 011 de 1992 proferido por el Concejo Municipal de Neiva, y en esa medida se trata de una entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993².

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas

² Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

“(…)”

Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional". (Negrillas fuera de texto)

"Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

"Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001." (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, precisó que a la misma le compete *"juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas"*, en lugar de *"juzgar las controversias y litigios administrativos"*, como disponía el texto anterior del mismo artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

"A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

"i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

Hechas estas precisiones ha de concluirse entonces que esta Sala es competente para resolver el recurso de alzada sometido a su estudio.

2. Las pruebas aportadas al proceso.

Varios de los documentos que obran en el expediente se aportaron en original o en copia autorizada por funcionario competente, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente se presentaron al proceso otros documentos en copia simple; al respecto se tiene que si bien con anterioridad y de manera reiterada esta Corporación venía sosteniendo que las copias simples no constituían medios de

convicción que pudieran tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se pretendían hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impedía su valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil³, lo cierto es que esa postura de la Sala se modificó a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013⁴.

Ciertamente, en dicha providencia se indicó que la postura de la Sala quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples en cuanto han hecho parte del expediente, toda vez que frente a estos *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”*.

Como fundamento principal para llegar a la anterior conclusión, la Sala señaló que a partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal que hace énfasis especial en los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que *“permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio”*, lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

Por lo tanto, según la nueva tesis jurisprudencial de la Sala, los documentos aportados en copia simple por la parte actora con la presentación de la demanda también serán tomados en cuenta en esta sentencia⁵, al igual que aquellos que se presentaron en original o en copia auténtica.

De otro lado, en relación con las pruebas aportadas en el trámite de la segunda instancia, según se expuso en las providencias 11 de agosto de 2003 y 15 de

³ En este sentido se pronunció, de manera reciente esta Subsección, a través de sentencia de marzo 10 de 2011, Exp. 19.347.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022.

⁵ Si bien el Magistrado Ponente de esta providencia no compartió la posición mayoritaria frente a este asunto, lo cierto es que se acoge a la nueva línea jurisprudencial fijada por la Sala en aras del respeto de la misma y el principio de eficiencia.

enero de 2004, las mismas reúnen las condiciones para ser valoradas por esta instancia de conformidad con el numeral primero del artículo 214 del C.C.A., consideraciones que además de ser compartidas por esta Sala no fueron controvertidas y menos desvirtuadas por la demandada dentro del presente trámite, razón por la cual su contenido será apreciado al analizar el fondo del asunto.

A continuación se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

2.1. Pruebas documentales.

2.1.1. Resolución No. 158 del 1 de abril de 1996 por medio de la cual la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva ordenó la apertura de la Licitación No. 004-96, cuyo objeto lo constituyó la construcción a todo costo de 48 unidades de vivienda en las manzanas I y J de la urbanización Virgilio Barco Vargas de la ciudad de Neiva (fl. 113 c21).

2.1.2. Acta del 2 de mayo de 1996 correspondiente a la instalación de la urna para las licitaciones públicas Nos. 001-96, 002-96, 003-96, 004-96, 005-96, 006-96 adelantadas por EMVINEIVA para la construcción de 48 unidades mínimas de vivienda (fl. 116 c1).

2.1.3. Resolución No. 259 del 29 de mayo de 1996 a través de la cual EMVINEIVA designó los miembros de la comisión evaluadora de la Licitación No. 004 de 1996 (fls. 119-120 c1).

2.1.4. Pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 004 de 1996, respecto del cual se destacan las siguientes cláusulas que interesan al presente debate (Cuaderno 4):

"1.2. OBJETO DE LA LICITACION

EMVINEIVA está interesada en contratar a precios unitarios, la CONSTRUCCION DE CUARENTA Y OCHO (48) UNIDADES MINIMAS DE VIVIENDA, en las manzanas I y J de la Urbanización Virgilio Barco Vargas de la ciudad de Neiva para lo cual se realiza la presente licitación, aceptándose propuestas que se ajusten al pliego de condiciones.

"(...).

“1.6. El presupuesto oficial es de TRESCIENTOS OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$308'266.195,00).

“(…).

“2.2. REQUISITOS ESPECIFICOS

“2.2.1. Estar inscritos en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio y poseer una capacidad residual mínima a la fecha de cierre de la licitación de DOS MIL QUINIENTOS (2500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, con la siguiente calificación:

ACTIVIDAD: 01 CONSTRUCTOR

ESPECIALIDAD: 04 Edificaciones y obras de urbanismo

GRUPO: 01 Edificaciones sencillas hasta 500 m2 y de alturas menores de 15 m.

Para este efecto se entiende por Capacidad Residual, la resultante de restar la capacidad máxima del proponente como constructor, el valor de los contratos por ejecutar y el valor de los contratos en ejecución con cualquier entidad del estado (sea a nivel nacional, departamental o municipal), teniendo en cuenta que a estos últimos debe restárseles el valor de las actas de obra ya liquidadas según la siguiente fórmula:

$$KR = Kc - [Cxe + (Ce-A1)]$$

En donde

KR = capacidad residual

Kc = Capacidad máxima de contratación registro único cámara de comercio.

Cxe = Contratos por ejecutar.

Ce = Contratos en ejecución.

A1= Actas de obra ya liquidada.

EMVINEIVA revisará nuevamente la capacidad residual del posible proponente adjudicatario del contrato, una vez culminada la evaluación y antes de colocar el informe respectivo a disposición de los oferentes con el fin de verificar que el proponente sí cuenta con la capacidad requerida para suscribir y ejecutar el contrato resultante, con fundamento en la solicitud que efectúe EMVINEIVA y la inmediata respuesta escrita que bajo la gravedad del juramento está obligado a otorgar el licitante. Si en dicha verificación resultare que el proponente que ocupó el primer lugar no cuenta con el requisito esencial y mínimo de capacidad requerida en el presente pliego de condiciones, EMVINEIVA desestimaré dicha propuesta y efectuaré el procedimiento antes descrito al segundo proponente y así sucesivamente hasta obtener la adjudicación del contrato si fuere el caso.

El anexo No. 1 del pliego de condiciones denominado “Lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta, contenía el siguiente listado:

Item	Descripción	UNIDAD	Cantidad	Vr/Unitario	Vr/Parcial	Vr/Capitulo
1	PRELIMINARES					

13.6	Mesón cocina (1.0*0.65) en concreto de 3000 PSI y refuerzo de 37000 PSI3/8" en ambos sentidos y esmaltado con muros de apoyo en ladrillo hueco NO. 5 a todo costo	Und.	48.00			
13.7	Suministro e instalación rejilla con sosco en aluminio piso ducha D=3"	Und.	48.00			
13.8	Poyo ducha	ML	52.80			
14	ACABADOS					
14.1	Suministro y aplicación de graniplast esgrafilado para fachada y viga canal	M2	720.00			
15	INSTALACION GAS					
15.1	Suministro e instalación gas interior de vivienda, incluyen tubería, accesorios, mano de obra	ML	432.00			
16	LIMPIEZA GENERAL					
16.1	Aseo general interior y exterior de la vivienda, incluye limpieza, patio, puertas, ventanas y aparatos sanitarios	Gl.	48.00			
	SUBTOTAL					
	A.I.U. (%)					
	TOTAL					

2.1.5. Adendo No. 001 a la Licitación No. 004-96 expedido por EMVINEIVA, por el cual se modificaron, entre otros, los siguientes aspectos (fls. 371-375 c principal):

“6.1. EXAMEN DE LAS PROPUESTAS

*EMVINEIVA examinará las propuestas para determinar si están completas, si hay errores de cálculo, si la garantía de seriedad se ajusta a los requerimientos de este pliego, si los documentos han sido debidamente presentados y si, en general, las propuestas se ajustan a los documentos de la licitación y si están acompañadas de los documentos exigidos conforme a este pliego. **Una propuesta será descalificada cuando presente análisis de precios unitarios en los cuales existan modificaciones a las condiciones solicitadas en el pliego en cuanto a: nombre del ítem, tipo, dimensiones y/o unidades cuando existieren diferencias entre el valor unitario escrito en el listado general de costos de la propuesta y el consignado en el análisis de precios unitarios, prevalecerá el que apareciere en el análisis de precios unitarios con su unidad respectiva, y EMVINEIVA corregirá el encontrado en el listado general de costos de la propuesta, hecho esto se efectuarán las operaciones correspondientes. El costo directo de cada análisis de precios unitarios se tomará como cierto, es decir EMVINEIVA no corregirá operaciones ni ningún otro tipo de falla que se presente al efectuar cada análisis de precios por parte del proponente, pero para la construcción de la obra exigirá sus elementos y cantidades completas así el contratista no las haya considerado en sus análisis unitarios. Tampoco reconocerá pagos adicionales por omisiones hechas en los análisis. Cuando las cantidades solicitadas en los diferentes ítems del pliego no coincidieren con las que el proponente presente en el listado general de costos de la propuesta, se tendrá en cuenta la pedida en el pliego de condiciones efectuándose las operaciones correctivas correspondientes. Una vez efectuadas dichas operaciones se tendrá en cuenta lo estipulado en el numeral 6.2 CORRECCION DE ERRORES DE CALCULO.***

“6.4. FACTORES DE ESCOGENCIA Y SU PONDERACION

“Con las propuestas que cumplan todos los requisitos, es decir, que se consideren hábiles, se hará la comparación y evaluación, usando la metodología que se indica a continuación y teniendo como factores de escogencia y ponderación los siguientes, sobre una asignación máxima total de cien (100) puntos.

- A. Precio: cincuenta y cinco puntos (55) puntos
- B. Experiencia: veinticinco puntos (25) puntos

C. *Capacidad financiera: veinte puntos (20 puntos).* (Se han agregado las negrillas).

2.1.6. Propuesta presentada por el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje dentro de la Licitación No. 004-96 (c5).

2.1.7. Propuesta presentada por Eduardo Gómez Rojas dentro de la Licitación No. 004-96 (c4).

2.1.8. Propuesta presentada por el consorcio Israel Gil – Orlando Galindo dentro de la Licitación No. 004-96 (c2 y c8)

2.1.9. Propuesta presentada por el consorcio Jesús Antonio Narvárez Aviles – José Luis Mora Candela dentro de la Licitación No. 004-96 (c6)

2.1.10. Acta de cierre de la licitación No. 004-96 suscrita el 31 de mayo de 1996. En dicha audiencia se le dio apertura a las propuestas presentadas, las cuales quedaron relacionadas junto con sus correspondientes valores, así (fl. 117-118 c1):

PROPUESTA	VALOR TOTAL
EDUARDO GOMEZ ROJAS	\$295'706.926.00
CONSORCIO GIL- GALINDO	\$292'853.502.00
CONSORCIO PUENTES – ANDRADE	\$292'852.885.24
CONSORCIO JOSE LUIS MORA NARVAEZ	\$292'853.500.66

2.1.11. Informe preliminar de evaluación presentado el 28 de junio de 1996 dentro de la Licitación No. 004-96, en dicho documento se concluyó que según el análisis jurídico, todas las propuestas resultaban hábiles. No obstante en cuanto a la evaluación técnica se consideró (fl. 122-124 c1):

“En cumplimiento de lo establecido en el numeral 6.21 del pliego de condiciones y del adendo No. 01 se efectuó la revisión aritmética de las propuestas, examinándose los análisis unitarios en lo relativo a descripción del ítem, unidad y costo directo: este fue corregido en los casos en que se presentaban discrepancias, con base en las cantidades de obra suministradas en los pliegos y los costos directos presentados por los proponentes en los análisis unitarios, se calculó el valor total corregido de cada propuesta.

Se encontraron las siguientes inconsistencias y errores aritméticos:

A) EXAMEN GENERAL DE LAS PROPUESTAS

B)

I) CONSORCIO IVAN JAVIER PUENTES – JOSE MAURICIO ANDRADE MONJE.

En el ítem 2.1 el análisis de precios unitarios no indica el tamaño de la sección ni el término “todo factor”.

En el ítem 5.7, el análisis unitario indica una sección de tamaño diferente a la solicitada en el pliego de condiciones.

Las deficiencias anteriores hacen que esta propuesta sea DESCALIFICADA.

II) CONSORCIO GIL GALINDO

En el listado general de precios de la propuesta en los ítems 8.4 y 11.2 el precio unitario propuesto difiere del consignado en las hojas de análisis de precios unitarios, la corrección efectuada a la propuesta muestra que la diferencia es despreciable.

Con base en lo anteriormente expuesto, se consideran técnicamente hábiles para concursar únicamente las propuestas de: EDUARDO GOMEZ ROJAS; CONSORCIO MORA – NARVAEZ y CONSORCIO GIL GALINDO.”

2.1.11. Mediante oficio del 5 de julio de 1996 el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje presentó observaciones a la evaluación jurídica y técnica de la Licitación No. 004-96. En dicho escrito solicitó que la entidad efectuara una revaluación tanto jurídica como técnica, habida consideración de que las otras propuestas de los tres proponentes incurrieron en errores similares a los advertidos respecto del consorcio demandante, pero aquellas no fueron rechazadas. Así, indicó que la propuesta del consorcio José Luis Mora – Jesús Antonio Narváez en el ítem 1.1 relativo al “*campamento en Zinc tamaño 6.0 mt x 6.0 mt Considerando todo factor*” en el análisis de precios unitarios no indican el tamaño, ni el término “*todo factor*”. En el ítem 6.2 “*instalaciones de correas Galvanizadas en perfil Acceso Calibre 18 Ref. 230*” de la propuesta presentada por el consorcio Israel Gil – Orlando Galindo, se omitió la palabra galvanizada y el calibre.

También advirtió que en la propuesta de Eduardo Gómez Rojas, en el ítem 1.1 también omitió el término todo “*todo factor*” y en el ítem 5.7 indicó una sección de

tamaño diferente a la solicitada en el pliego de condiciones. Por último señaló (fls. 48- 52 c1):

“Como se puede observar cada propuesta presenta inconsistencias y errores incluyendo la nuestra de acuerdo al numeral 6.1 “EXAMEN DE LAS PROPUESTAS” (...).

“Para ser más claros y precisos ninguna propuesta transcribe tal cual el nombre completo del ítem en los análisis de precios unitarios, entonces como ya lo habíamos dicho todas las propuestas se encuentran incompletas y por ende existen modificaciones.

“Con base en todo lo dicho se deben descalificar o aceptar todas las propuestas, porque como dice el viejo y conocido refrán “O TODOS EN LA CAMA O TODOS EN EL SUELO (...).”

“En lo referente a la evaluación del informe económico y financiero, a nuestro leal saber y entender las propuestas de los consorcios Mora Narváez y Gil Galindo no deben tener puntaje y/o ser descalificadas ya que las pruebas aportadas en la aclaración, difieren de las cifras de los ACTIVOS y PASIVOS CTES como lo manifiestan LAS OBSERVACIONES DE DICHO INFORME.”

“Por ende en la parte económica y financiera los consorcios antes mencionados no suministraron todos los soportes requeridos o no cuentan con ellos y la información no se ajusta a la realidad.”

2.1.12. Resolución No. 328 del 17 de julio de 1996 por medio de la cual EMVINEIVA prorrogó el plazo para la Licitación No. 004-96 hasta el 25 de julio de 1996 a las 10:00 a.m. (fl. 80 c1).

2.1.13. Informe final de evaluación realizado el 23 de julio de 1996 por el Comité evaluador. En dicho documento se resolvieron las observaciones presentadas por el consorcio demandante, en los siguientes términos (fls. 53-57 c1):

“1. Observaciones del proponente CONSORCIO IVAN JAVIER PUENTES – JOSE MAURICIO ANDRADE MONJE.

“Se ratifica la DESCALIFICACION de la propuesta del consorcio PUENTES – ANDRADE por las deficiencias encontradas en la evaluación técnica, en razón a que el análisis unitario del ítem 2.1 la omisión del término “TODO FACTOR”, sino (sic) que resulta sustancial para la comparación de la propuesta por la naturaleza misma que implica dicho término. El término “TODO FACTOR” implica cualquier tipo de terreno y condición en que debe efectuarse esta actividad, condición que no ofrece el proponente.

“2.- En relación con la reclamación pertinente a la propuesta del consorcio JESUS ANTONIO NARVAEZ – JOSE LUIS MORA CANDELA, se acepta la observación en cuanto a lo que se refiere al análisis unitario del ítem 1.1 toda vez que allí se omiten las dimensiones del campamento, aspecto que

se sanciona de acuerdo al adendo número 001, por cuanto resulta sustancial para la comparación de la propuesta.

“Las demás observaciones de orden técnico se consideran no sustanciales. Las observaciones de orden económico no ameritan descalificación por cuanto no impiden la comparación de la propuesta.

“3. En relación con las observaciones hechas a las propuestas del consorcio ISRAEL GIL - ORLANDO GALINDO y de EDUARDO GOMEZ ROJAS con respecto a los ítems 12.3 y 12.4; (sic) es claro que los proponentes en mención se sujetaron al pliego de condiciones en defecto de la nota aclaratoria, toda vez que esta última no cumple un papel vinculante que obligue a modificar las condiciones inicialmente exigidas en el pliego.

“4.- Las observaciones hechas en torno a los errores semánticos en que incurrir los proponentes consorcio ISRAEL GIL – ORLANDO GALINDO, JESUS ANTONIO NARVAEZ – JOSE LUIS MORA CANDEL y EDUARDO GOMEZ ROJAS; no ameritan la descalificación desde ningún punto de vista.

“5.- En relación con el ítem 6.2 de la propuesta del consorcio GIL GALINDO se desestima la observación por cuanto en el análisis unitario está incluido ACESCO y el calibre (ACE 230-18) que implícitamente indica que es galvanizada por cuanto ACESCO sólo fabrica materiales de este tipo y el número 18 indica el calibre.

6.- Respecto a los informes económicos de los consorcios JESUS ANTONIO NARVAEZ- JOSE LUIS MORA CANDELA y de ISRAEL GIL – ORLANDO GALINDO se admiten las observaciones formuladas toda vez que las aclaraciones aportadas difieren las cifras inicialmente aportadas en balance.

“(…).

“El resultado final de los factores de escogencia y su ponderación aparece en el cuadro correspondiente de donde se concluye que la conclusión final es la siguiente:

“1. EDUARDO GOMEZ ROJAS98.12 PUNTOS
“2. CONSORCIO ISRAEL GIL – ORLANDO GALINDO.....80.00 PUNTOS.”

Lo anterior se soportó en el siguiente cuadro final de los factores de escogencia y su ponderación (fl. 173 c1):

Propuesta	Precio		Experiencia	Capacidad financiera		Total	
	Con respecto a presupuesto oficial	Con respecto a media geométrica		Razón de Liquidez	Razón de endeudamiento de Razón de solidez		
Eduardo Gómez Rojas	13.12	40.00	25.00	7.00	7.00	6.00	98.12
Consortio Israel Gil – Orlando Galindo	15.00	40.00	25.00				80.00

2.1.14. Acta de la audiencia de adjudicación de la Licitación No. 004- 96 llevada a cabo el 25 de julio de 1996. En dicha oportunidad, la entidad estatal contratante se pronunció frente las observaciones planteadas por los proponentes (fls. 174-188 c1):

“Toma la palabra el Ingeniero CLAUDIO VARGAS CASTELLANOS e indica que en esencia, todas las inquietudes técnicas de los proponentes están plenamente en el pliego de condiciones, el adendo No. 1 y en los informes preliminar y final de evaluación y que a todos los licitantes se les ha dado el mismo tratamiento. Agrega que en relación con términos sustanciales, la expresión todo factor, en una excavación es fundamental porque incluye “todo tipo de terreno y circunstancia”, mientras que en un campamento esta misma expresión es accesorio, ya que el término campamento por sí solo incluye todos sus elementos. Explica también que todas las inquietudes presentadas por los proponentes en relación con el informe preliminar fueron consideradas, discutidas y analizadas y respondidas en concenso por el comité evaluador y que los resultados están contenidos en el informe final de evaluación al cual no desea hacerle aclaraciones adicionales.”

2.1.15. Resolución No. 0350 del 25 de julio de 1996 mediante la cual EMVINEIVA adjudicó la Licitación No. 004-96 al oferente Eduardo León Gómez Rojas (fls. 182-184 c2).

2.2. Testimoniales.

2.2.1. Declaración rendida por el Ingeniero Civil Claudio Vargas Castellanos, quien para la época de los hechos integró el Comité de Evaluación de la Licitación No. 004-96, y al respecto manifestó (fls. 196-198 c1):

“En el informe de evaluación se respondió conforme a las solicitudes presentadas por el demandante se revisaron estos ítems (...) el análisis efectuado conforme a la reclamación presentada por el demandante se realizó a los ítems allí indicados. De tal forma que las propuestas no fueron revisadas en su totalidad plena, sino solamente los ítems que reclamaba el consorcio PUENTES ANDRADE.(...) El objeto de solicitar que los análisis unitarios lleven la mayor información posible para evitar posteriores reclamaciones no implica que la transcripción tuviera que ser milimétrica, signo por signo pero sí debe contener los elementos básicos que puedan llevar a una revisión clara de que se incluyeron todos los aspectos en el cálculo lo cual es de fondo”.

2.2.2. Testimonio del administrador de empresas Miguel Téllez Murcia, quien se desempeñó como Jefe de Control Interno y miembro de la comisión evaluadora de EMVINEIVA y sobre el procedimiento de selección declaró (fls. 202-203 c1):

“PREGUNTADO: Dentro de los documentos de la propuesta exigidas en el ítem 2.3 el pliego de condiciones exige en el subitem 2.3.12 un informe financiero compuesto por: balance general de la situación económica al 30 de abril de 1996, con sus respectivos soportes firmado por el contador público, adjuntando copia de la tarjeta profesional y certificado vigente de antecedentes disciplinarios. Particularmente la propuesta ganadora no se le analizó que su informe financiero carecía de los respectivos soportes que demostraran en forma clara y contundente el balance general de la situación económica, lo cual sí cumplió a cabalidad el consorcio PUENTES ANDRADE. Manifieste a este despacho porqué la propuesta del licitante EDUARDO GOMEZ ROJAS no fue descalificada por ese motivo que era de carácter obligatorio. CONTESTÓ: la información económica del proponente GOMEZ ROJAS fue suficientemente aportada con la firma de un contador público quien debió haber inscrito número de tarjeta profesional y debió haber aportado los antecedentes disciplinarios vigentes y quien por ley da fe pública con respecto a la información contenida en esos documentos de carácter económico financiero. La propuesta del consorcio PUENTES ANDRADE fue descalificada no por razones contempladas en la evaluación económica y financiera sino por criterios de carácter eminentemente técnicos de carácter de ingeniería.”

2.2.3. Declaración rendida por el ingeniero Carlos Alberto Niño Ramírez, quien fue miembro de la Comisión Evaluadora de la Licitación No. 004/96 (fls. 204-206 c1):

“En el ítem 2.1 hacía referencia a las excavaciones para realizar las cimentaciones de las casas. Dichas excavaciones como es natural se hacen sobre el terreno donde se puede presentar cualquier tipo de material llámese material común conglomerado o peñón el cual en un momento determinado variaría el precio unitario del ítem si no se contempla que esa labor se haga considerando “todo factor” que se pudiera presentar. Eso conllevaría que en el momento de realizar dicha actividad, si se presentara un tipo de terreno dificultoso para realizar la excavación un aumento de los costos finales de construcción...”

2.3. Interrogatorio de parte.

2.3.1. Declaración de parte del ingeniero Javier Puentes Rodríguez (fl. 207-209 c1):

“El Comité evaluador de EMVINEIVA del que hacían parte los ingenieros CALUDIO VARGAS y el ingeniero NIÑO y el Dr. CESAR CARVAJAL no nos evaluaron la parte técnica porque el análisis de precios unitarios en el ítem creo que es el número dos, omitimos la palabra “a todo factor” para la excavación (...) pero después de pasado dicho proceso de adjudicación pedimos copias de todos los proponentes de la licitación entre ellos el

ganador ingeniero Eduardo León Gómez y vimos con extrañeza y asombro, y porque no decirlo con repudio que el contratista ganador había omitido la misma palabra “a todo factor” para las excavaciones.”

2.4. Prueba pericial.

2.4.1. Dictamen pericial rendido por los auxiliares de la justicia Fernando Correa Perdomo y Edgar Alberto Orrego Ramírez, el cual fue practicado con el fin de determinar el monto de los perjuicios causados al consorcio demandante como consecuencia de la no adjudicación de la propuesta, aspecto sobre el cual concluyeron que el valor a reconocer debía corresponder al porcentaje de utilidad previsto en la propuesta en cuantía de \$52'809.537, suma que luego de actualizada arrojaba un total de \$142'728.767. (fl.266-268 c1).

3). La sentencia de unificación en relación con la capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio.

Teniendo en cuenta que el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje compareció al proceso por conducto de su representante, quien a su vez otorgó poder a un profesional del derecho para ejercer la acción que dio lugar al presente proceso, la Sala estima pertinente precisar que aun cuando con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente regía, a los consorcios y a las uniones temporales no se les reconocía capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial, la Subsección estima necesario advertir que en reciente pronunciamiento⁶ la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la postura jurisprudencial que imperaba en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como terceros interesados o incluso como litisconsortes y replanteó sus consideraciones en torno al tema para adoptar la tesis según la cual si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de las personas naturales y/o jurídicas que las conforman, lo cierto es que en atención al expreso y especial reconocimiento que la ley hace y les otorga respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilita para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanan de los contratos estatales cuya celebración se les autoriza, también es claro que igual pueden

⁶ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex.

actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante legal.

En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

(...)

*Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.*

*Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las*

actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”⁷

En consecuencia, con sujeción a los fundamentos y conclusiones expuestos en la sentencia de unificación que se deja parcialmente transcrita, la Sala encuentra que el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, en cuanto compareció al proceso a través de su representante, quien a su vez otorgó poder en debida forma a un profesional del derecho para que acudiera a la instancia judicial en ejercicio de la acción contractual objeto del presente pronunciamiento, se encuentra legitimado para integrar el extremo activo de la presente controversia.

4) Análisis del caso.

Revisado el escrito del recurso de apelación impetrado por el consorcio demandante contra el fallo de primera instancia, la Sala encuentra que los argumentos en que basó la alzada se centran principalmente en censurar la sentencia impugnada por cuanto a pesar de que en la misma se había aceptado que el adjudicatario de la Licitación No. 004-96, en su respectiva propuesta, incurrió en los mismos yerros cometidos por el consorcio demandante, con base en los cuales fue descalificado, con lo cual encontró vulnerado el derecho a la igualdad del libelista, no obstante tal conclusión se abstuvo de indagar si su propuesta fue la más favorable para la entidad con el argumento de que en la demanda solo se había consignado que era la mejor desde el punto de vista económico pero nada se había manifestado en relación con la experiencia y la capacidad financiera.

⁷ Ibidem.

En orden a resolver la alzada, la Sala precisa en primer lugar la necesidad de determinar, a la luz del recaudo probatorio, cuál fue el escenario fáctico en el que se desarrolló el procedimiento de licitación No. 004-96 que culminó con el acto de adjudicación demandado.

Al respecto, recuerda la Sala que en la cláusula 6.1, del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 004-96 adelantada por EMVINEIVA con el propósito de contratar la construcción, a precios unitarios, de cuarenta y ocho unidades mínimas de vivienda, en las manzanas I y J de la Urbanización Virgilio Barco Vargas de la ciudad de Neiva, la entidad pública contratante previó las situaciones en las cuales las propuestas serían descalificadas. En ese sentido dispuso que correrían esa suerte aquellas propuestas que presentaran variaciones a lo solicitado en el pliego en relación con los nombres de los ítems o actividad, tipo, dimensiones y/o unidades.

La causal de descalificación de las propuestas fue modificada mediante Adendo No. 001 del 17 de mayo de 1996 en el cual se estableció que la descalificación procedería siempre que existieran modificaciones a las condiciones solicitadas en los pliegos de condiciones para diligenciar el anexo respectivo a los análisis de precios unitarios, en cuanto al nombre del ítem, tipo, dimensiones y/o unidades.

Siguiendo el estudio del caso se observa que mediante informe preliminar de evaluación del 28 de junio de 1996, el Comité Evaluador conceptuó que la propuesta del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje debía ser descalificada dado que en el ítem 2.1 el análisis de precios unitarios no indicó la sección, ni el término “*todo factor*” y en el ítem 5.7 el análisis unitario indica una sección de tamaño diferente a la solicitada en el pliego de condiciones.

Una vez efectuada la comparación entre aquello que se solicitó en el pliego de condiciones, específicamente en el anexo 1 correspondiente a la lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta, con base en el cual debía diligenciarse el anexo de análisis de precios unitarios y lo que efectivamente registró en el análisis de precios unitarios el consorcio demandante, la Sala advierte que ciertamente, en esa propuesta se modificó lo solicitado en el pliego, tal y como lo advirtió la entidad estatal contratante.

La primera modificación consistió en que mientras en el ítem 2.1 relativo a la cimentación, el pliego exigía “*Excavación manual brecha sección 0.3010.30 consid. todo factor*”, en el formato de análisis de precios unitarios el consorcio demandante consignó “Excavación manual brecha M3”, sin mayor precisión, de lo cual se deduce claramente que omitió incluir el término “considerando todo factor”. De igual forma se advierte que en el ítem 5.7 del pliego se establecía “*Viga canal .6x5 mt Sección cuadrada (0.5*6.0 ml)*”, mientras que en el análisis de precios unitarios se plasmó “viga canal (0.6*5m)”.

Respecto de la primera modificación, el demandante argumentó que aun cuando había omitido tal frase, lo cierto es que dicha circunstancia resultaba irrelevante habida consideración de que en listado general de precios sí se había introducido el referido término, al tiempo que estimó que esa exigencia constituía un rigorismo gramatical cuya falta de inclusión no pasaba de ser un vicio de forma que era intrascendente.

Por su parte, la entidad estatal al resolver las observaciones formuladas por el consorcio Puentes – Andrade, mantuvo su decisión de descalificar la propuesta presentada por el mencionado consorcio por cuanto no se sujetó a las exigencias del pliego de condiciones al haber incurrido en la causal de descalificación contemplada, tanto en el pliego como en el adendo, la cual traía como sanción precisamente dicha consecuencia. No obstante tal decisión se conservó en razón a la modificación del ítem de excavación en el cual omitió la referida expresión “*considerando todo factor*”, puesto que en punto de la omisión de señalar la sección en el ítem 5.7 relativo a la viga canal, la entidad guardó silencio.

De otro lado, revisada la propuesta presentada por el señor Eduardo Gómez Rojas, quien resultó ser el adjudicatario, encuentra la Sala que efectivamente, tal como lo consideró el demandante y lo halló demostrado el Tribunal *a quo*, ese proponente también introdujo la misma modificación en el ítem No. 2.1 del análisis de precios unitarios, en el sentido de omitir la expresión “*Considerando todo factor*”, pues según se observa en el respectivo anexo de análisis de precios unitarios, plasmó simplemente: “2. CIMENTACION – 2.1 *Excavación manual brecha 3x3*” sin agregar el término “*considerando todo factor*”.

Sin embargo esta situación no fue advertida en el informe preliminar de evaluación, documento en el cual se estimó que la propuesta de Eduardo Gómez

Rojas, junto con las propuestas del consorcio Mora – Narváez y Consorcio Gil – Galindo, eran técnicamente hábiles para concursar. Tampoco esa circunstancia fue tomada en cuenta en el escrito de observaciones realizado por el consorcio demandante al informe preliminar, pues aun cuando en dicho escrito elevó reproches acerca de la propuesta de Eduardo Gómez Rojas y de las otras ofertas, los mismos se limitaron a señalar otras imprecisiones de ítems distintos, tales como en el ítem 1.1 relacionado con el campamento de la obra; el ítem 5.7, en donde indicó una sección de tamaño diferente; errores en la descripción de las unidades de los materiales de obra y en los ítems 12.3 y 12.4 en los cuales modificó la sección.

Al resolver las observaciones al informe preliminar, la entidad se pronunció frente a todas las solicitudes de los oferentes; en algunos casos las consideró de recibo, como en el caso de la observación presentada en relación con la propuesta del consorcio Narváez – Mora por cuyo mérito la descalificó al no haber consignado en el ítem 1.1 las dimensiones del campamento, aspecto que estimó sustancial para la comparación de las propuestas. En otros casos advirtió que se trataba de errores semánticos que no ameritaban la descalificación de los oferentes y de índole económico que no impedían la comparación de las ofertas. Por último se admitieron las observaciones formuladas frente a los informes financieros presentados por el consorcio Gil-Orlando toda vez que las aclaraciones aportadas diferían de las cifras inicialmente registradas en los balances y, en consecuencia, no se le otorgó puntaje alguno en el factor de capacidad financiera.

Como resultado de lo anterior, la Licitación No. 004-96 se adjudicó al proponente Eduardo Gómez Rojas por haber obtenido el mayor puntaje, sin que hasta ese momento la entidad contratante se hubiera percatado, al menos en apariencia, que el adjudicatario había incurrido en el mismo error del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, relacionado con la no inclusión del término “considerando todo factor” en el ítem 2.1 (excavación para la cimentación) del análisis de precios unitarios, error que según lo establecido por la entidad en los pliegos de condiciones, debía ser sancionado con la descalificación de la propuesta.

Ahora bien, puesta de presente la realidad fáctica revelada a partir del análisis del acervo probatorio, encuentra la Sala que tanto el demandante en su escrito de demanda, y en la sustentación de la alzada, como el Tribunal a quo en la

sentencia impugnada coinciden en sostener que la entidad estatal contratante, durante el procedimiento de selección, violó el derecho de igualdad al consorcio actor, circunstancia que se concretó en el hecho de haberlo descalificado sin permitirle continuar en la licitación y sin someterlo a la respectiva evaluación a pesar de que el proponente adjudicatario también incurrió en la misma causal de descalificación y sin embargo no se hizo acreedor a esa misma decisión, al punto que su propuesta resultó ser la favorecida con la elección.

Al respecto se advierte que aun cuando posiblemente dentro del procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala se aprecia transgredido el derecho a la igualdad, cuestión que solo se concluirá una vez abordado el fondo del asunto, lo cierto es que tanto el demandante como el Tribunal a quo vislumbran el quebranto de dicho principio desde una óptica inversa al bien jurídico que se pretende tutelar.

En efecto, a pesar de que se encuentra acreditado plenamente que existió un tratamiento disímil para las dos propuestas que incurrieron en el mismo yerro, el cual, de conformidad con las previsiones del pliego de condiciones, debía castigarse con la descalificación, no puede perderse de vista que la cristalización del principio de igualdad consistía en que todos los proponentes habrían de recibir el mismo trato y asumir las mismas consecuencias que el pliego de condiciones había previsto para las inobservancia de sus exigencias.

Resulta de especial relevancia precisar que el principio de igualdad, desde una perspectiva jurídica y ajustada a derecho no se materializa en los términos que sugiere el popular adagio invocado por el demandante en sus observaciones a la evaluación comparativa de las ofertas, "*o todos en la cama o todos en el suelo*"; la igualdad en materia de contratación estatal, específicamente en lo que concierne a la etapa precontractual, se concreta, entre muchos otros eventos, cuando todas las propuestas tanto para su admisión, evaluación y ponderación como para su rechazo, son examinadas a la luz y con estricta sujeción al catálogo de reglas claras, justas y objetivas contenidas en el pliego de condiciones del respectivo procedimiento de licitación en cuanto las mismas resulten válidas por consultar las normas y principios que orientan la actividad contractual del Estado.

En relación con la observancia del principio de igualdad durante el procedimiento de selección por parte de la entidad precontractante, esta Sección ha precisado que dicho principio está llamado a cristalizarse en varias situaciones, tales como:

“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”⁸.(Subrayado fuera de texto).

Dicho en términos coloquiales, la igualdad se materializa cuando todas las propuestas reciben el mismo tratamiento que de conformidad con el ordenamiento jurídico y por supuesto con el pliego de condiciones deben recibir, o mejor y para el caso concreto, cuando las propuestas que deban ser rechazadas sufran dicha consecuencia o cuando debiendo ser admitidas y evaluadas así mismo se proceda. La aplicación de la igualdad en el caso concreto implicaría que quien inobservara las previsiones del pliego de condiciones que contemplaba la causal de descalificación, en caso de que esta fuera válida, sufriera dicho efecto, es decir fuera descalificada y no como erradamente lo suponen el demandante y el Tribunal de primera instancia, al sugerir que por el hecho de que algún proponente que a pesar de encontrarse en un supuesto de rechazo resulte indebidamente habilitado para continuar participando en el respectivo proceso, tal circunstancia automáticamente deba habilitar al resto de propuestas que hubieren incurrido en el mismo yerro.

Aceptar este último planteamiento también significaría, según lo enseña el aforismo latino *summum ius summa inuria*, desdibujar el derecho de igualdad frente a todos los proponentes que en debida forma se sujetaron con rigor y cuidado a las reglas de juego, circunstancia que causaría un daño mayor al debido cauce del procedimiento de selección, pues sin duda se abriría la brecha para inobservar todo tipo de regla viéndose gravemente comprometida la legalidad de

⁸ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp: 24059, Demandante: Sociedad Ávila Ltda., Demandado: Departamento de la Guajira.

todo el trámite precontractual y, lo que es más grave aun, afectando de manera palmaria la satisfacción del interés público o la prestación del servicio de esa misma naturaleza que en primer lugar motivó la puesta en funcionamiento de ese andamiaje precontractual.

En el contexto expuesto debe enfatizarse que la igualdad no puede garantizarse dentro de un marco ilegalidad en el entendido de que nadie está facultado jurídicamente para alegar algún tipo de discriminación o trato diferente por haber sido sancionado con fundamento en las reglas que rigen el acto castigado, aun cuando en un caso idéntico el error de su homólogo proponente hubiere quedado sin sanción.

Así lo ha considerado la Corte Constitucional

"De cualquier forma, como lo anota el accionado, todo pago de obligaciones realizado por la administración local sin sujeción a la Ley 550 de 1999 es ilegal e ineficaz de pleno derecho, por lo que la accionante no puede pretender se le otorgue "igualdad de trato" frente a la ilegalidad. En gracia de discusión, si los pagos que la actora refiere se hubieran efectivamente realizado por fuera de los parámetros cronológicos y de prelación impuestos por la ley luego de iniciado el proceso de reestructuración de pasivos, ellos serían ilegales, sin que la peticionaria pueda pretender un tratamiento igualmente ilegal de su caso."⁹

Bien distinto sería, por el contrario, la situación desde la perspectiva del principio y derecho a la igualdad, si el tratamiento que debiera impartírsele a las propuestas que hubieren incurrido en la causal de descalificación del pliego de condiciones fuese el mismo en el sentido de que todas debieron ser admitidas y posteriormente evaluadas, pero no por la irregular e indebida dispensa que sobre el particular se le impartió al proponente adjudicatario que también incurrió en modificaciones al análisis de precios unitarios, sino porque en realidad la pretendida causal de descalificación no tuvo validez alguna y en tal virtud nunca estuvo llamada a producir efectos en el mundo del derecho.

En consecuencia, se impone la necesidad de abordar el estudio específico de las cláusulas del pliego de condiciones de la Licitación No. 004-96 que interesan al caso concreto, junto con sus respectivas modificaciones, relativas a la causal de descalificación en las cuales habría incurrido el proponente demandante con el propósito de establecer previamente si dichas estipulaciones resultaban válidas a

⁹ Corte Constitucional T - 507122-2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

la luz del ordenamiento jurídico y si en esa medida su cumplimiento resultaba exigible a los oferentes.

4.1. De la validez de la cláusula No. 6.1 del pliego de condiciones de la Licitación No. 004-96 y la modificación a la misma introducida en el adendo No. 001-96, ambas relativas a las causales de descalificación de las propuestas.

Para resolver esta cuestión la Sala parte por precisar que en la Ley 80 de 1993 – ley aplicable en el caso concreto- se encuentran recogidos los principios y las normas que sirven de marco y sustento para la confección de los pliegos de condiciones, al tiempo que constituyen el fundamento normativo para la definición de los requisitos y las formalidades que pueden ser válidamente exigidos para participar en el procedimiento de licitación pública.

Ahora bien, aun cuando se ha reconocido que la entidad estatal contratante, como directora del contrato y plena conocedora de las necesidades que a partir de la celebración del futuro negocio jurídico pretende satisfacer, goza de autonomía para elaborar el pliego de condiciones y, por contera, para establecer los requisitos y exigencias que los interesados deben cumplir para participar en el respectivo procedimiento de selección contractual, lo cierto es que dicha autonomía, como esta Corporación lo ha precisado en varias oportunidades¹⁰, en modo alguno resulta absoluta o ilimitada en tanto la misma debe sujetarse al catálogo de reglas y principios constitucionales que rigen la función pública y sobre todo a aquellos contenidos en el mismo Estatuto de Contratación Estatal.

En otras palabras, en ejercicio de la potestad de configuración de los pliegos de condiciones¹¹ las entidades estatales contratantes se encuentran facultadas para

¹⁰ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de julio de 2013, Expediente: 28041 acumulado 28.548, Actor: Cooseguridad. *“La citada Ley 80 de 1993 estableció la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos y las formalidades que deben acreditar los proponentes con el fin de participar en el procedimiento de licitación pública, pero desde su expedición la jurisprudencia ha advertido, con apoyo en los dictados de la citada Ley, acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública, tanto en el momento de fijar los mencionados requisitos y formalidades dentro de los términos y condiciones del pliego como en el evento de declarar desierta la licitación en caso que ninguno de los proponentes cumpla con los requisitos o las formas establecidas, restricciones que se han identificado con base en el análisis de las disposiciones que regulan los principios de la contratación estatal, concretamente, los principios de economía, interpretación de las reglas contractuales y selección objetiva ...”.*

¹¹ Sección Tercera, Consejo de Estado, 30 de julio de 2008, Expediente: 23003, Actor: Constructora Sego Ltda. y otro, Demandado Municipio de Santiago de Tolú: *“Acerca de la segunda cuestión antes enunciada, relacionada con la amplitud de facultades que la ley otorga a las propias Entidades Estatales para que puedan configurar, de manera proporcional y razonable, consultando sus propias necesidades y las circunstancias existentes, las exigencias, los requisitos y las características de los contratos en los cuales ellas han de actuar como partes, mediante el diseño de los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia los cuales, además de constituir la base fundamental de los contratos respectivos, se han de incorporar a dichos vínculos contractuales con posterioridad a la respectiva adjudicación.”*

“Las normas legales que se ocupan de esta materia -en particular el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80-, se limitan a señalar los parámetros generales a los cuales deben someterse las Entidades Estatales para integrar los pliegos de condiciones en cada

exigir el cumplimiento y la observancia de los requisitos y condiciones que tanto a la luz de los principios constitucionales y legales que orientan la Contratación Estatal, como de su cometido misional, resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. En contraposición a la premisa expuesta, se deriva que la amplitud de su facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan a la selección objetiva del futuro colaborador de la Administración y por el contrario obstaculicen o impidan la materialización del referido principio.

En consonancia con lo expuesto, y en punto a las restricciones a la libertad de configuración de los pliegos de condiciones a las cuales se encuentran sometidas las entidades estatales, ha de precisarse que si bien, según lo consagra el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones, lo cierto es que dicha previsión necesariamente debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del mismo Estatuto¹² según el cual 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.

Esta posición fue conservada en la reforma introducida con la Ley 1150 de 2007, en cuyo párrafo primero de su artículo 5 señaló que “...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 cuanto al alcance y efectos de dicha normativa, esta Corporación en pronunciamientos reiterados se ha ocupado de distinguir entre los requisitos

procedimiento administrativo de selección en concreto, sin que el contenido de los mismos se determine de forma exhaustiva y detallada, toda vez que ello resulta imposible en abstracto y sólo es viable realizarlo atendiendo a las circunstancias propias de cada supuesto específico; de este modo, en la medida en que las normas recién referidas confieren un amplio margen de libertad de valoración a la Administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, dichos preceptos consagran una facultad de amplia configuración, que habrá de concretarse en el señalamiento de las reglas, los procedimientos, las exigencias y los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales habrá de adelantarse el respectivo procedimiento administrativo de selección del contratista.”

¹² El inciso 2º fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero reiterado en esa misma ley en los términos del párrafo primero de su artículo 5 de conformidad con el cual “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 ...”.

formales y sustanciales del Pliego de Condiciones, aspecto en relación con el cual ha considerado por ejemplo que resulta procedente remover del ordenamiento jurídico el acto de declaratoria de desierta de una licitación cuando ha encontrado que dicha decisión se ha fundado en asuntos eminentemente formales y no necesarios para la comparación de propuestas.

En esa misma línea la Sala ha sostenido que, en desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal, la entidad estatal contratante no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo o –en este caso- de descalificación de las propuestas, en tanto carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como tampoco le está permitido crear inhabilidades o incompatibilidades distintas de las previstas en la Constitución o en la Ley, puesto que por esta vía se limitaría en forma ilegal la participación de los proponentes¹³, amén de que resultaría contraria a los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.¹⁴

*“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.*

“(…).

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.

¹³ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente No. 4.694, 19 de Febrero de 1987; No. 6.535, 28 de mayo de 1992; No. 12.344, 3 de mayo de 1999; No. 13.074, 30 de noviembre de 2006; No. 8431, 5 de Junio de 2008; 24.059, 14 de marzo de 2013; línea jurisprudencial analizada en la obra: Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana, editor Andrés Fernando Ospina Guzmán, publicada por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2013.

¹⁴ **ARTICULO 209.** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

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 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 1987¹⁵, 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.”¹⁶

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 parágrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de

¹⁵ Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540.

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 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).”¹⁷

En esa línea y a propósito de la definición de los requisitos y exigencias que puede contener el pliego de condiciones, la jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado que a la entidad le asiste el deber de cumplir con las cargas de claridad y precisión a la hora de establecerlos, cargas que en todo caso deben estar orientadas a la materialización del principio de selección objetiva pues de lo contrario las previsiones que no desarrollen o atenten contra la cristalización de dicho principio, o de todos aquellos que gobiernan la actividad contractual del Estado, serán inaplicadas o anuladas, según corresponda:

“Los requisitos fijados en el Pliego de Condiciones para participar en la licitación pública -hoy denominados y acotados como requisitos habilitantes- constituyen una regla de carácter obligatorio para las partes, la cual ha sido reiterada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo de cargo de la Administración Pública tanto el respeto a la ley en su definición como también la claridad en los términos y condiciones correspondientes al cumplimiento y/o acreditación de cada requisito y finalmente la equidad en su aplicación.

¹⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, 147 de marzo de 2013, expediente: 24.059, Demandante: Avila Ltda., Demandado: Departamento de la Guajira.

En efecto, toda vez que el Pliego de Condiciones define las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el correspondiente procedimiento administrativo de selección del contratista como la posterior relación contractual, se encuentra que constituye obligación de la Administración Pública fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones, con claridad meridiana, los requisitos y la forma de acreditarlos, según se desprende de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, en forma tal que dichos requisitos puedan ser exigidos y verificados en condiciones de objetividad e igualdad, por lo cual se exige -al igual que de todo el contenido del pliego de condiciones- una extraordinaria carga de definición con respeto a la ley, así como consistencia, claridad y precisión desde el momento de su redacción¹⁸.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puesto de presente que el Pliego de Condiciones debe contener reglas que aseguren una selección objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la respectiva licitación y que tales condiciones están sometidas al control judicial y podrían inclusive ser inaplicadas en los casos de ineficacia de pleno derecho expresamente prevista en la ley o anuladas en los eventos de las causales de nulidad, sobre lo cual ha observado:

“El numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2° de la misma ley, consagra el deber que tiene la Administración Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista. Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia que, a su turno, debe orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituye un presupuesto de la legalidad de la contratación pública, desde su misma génesis o formación. A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes. Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de “ley de la licitación” y “ley del contrato”, en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.294. C.P. Alier Hernández Enríquez. Dijo la Sala que “La entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras, normas legales. En el artículo 24, literales b, c, y e de la ley 80 de 1993”

celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación. No puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores que no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la Administración, toda vez que ello contraría principios de la contratación pública, como los de planeación, de transparencia y el deber de selección objetiva. Resulta menester tener presente que la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o ineficacia de pleno derecho.¹⁹²⁰

Así mismo, la jurisprudencia también ha profundizado sobre la génesis de las causales de rechazo o descalificación de las propuestas que se introducen en los pliegos de condiciones y al efecto ha considerado:

“En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos por causales previstas en la ley; hipótesis bajo la cual, la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declarará apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

“A manera de ejemplo, resulta perfectamente válido que la Administración excluya alguna de las propuestas presentadas, cuando hubiere comprobado que el oferente se encontraba incurso en alguna(s) de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, previstas en los artículos 8 y 9° de la Ley 80 de 1993, para participar en la licitación o el concurso, puesto que así se lo autoriza la ley.

“En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular²¹, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366), aactor: Javier Alonso Quijano Alomía, demandado: Empresas Municipales de Cali -Emcali-, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

²⁰ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de julio de 2013, Expediente: 28041 acumulado 28.548, Actor: Cooseguridad.

²¹ Según Dromí, “Este derecho conforma una situación jurídica especial a favor de cada uno de los licitadores, denominada en la doctrina y en la práctica administrativa “derecho subjetivo”. El derecho de ser contratista o adjudicatario se sitúa en la categoría de los derechos condicionados, *diritti affievoliti*, que en nuestra legislación equivalen al “interés legítimo”, el que obviamente también involucra el derecho subjetivo de participar en los procedimientos, en virtud de los cuales se valorarán las ofertas y se elegirá la más conveniente para el licitante”

requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Se tiene entonces que la objetividad en la selección, impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia- también sean conocidos por sus competidores²² con el propósito de controvertirlos, independientemente del mecanismo de calificación que haya sido planteado en los pliegos o términos de referencia.”²³

Descendiendo al análisis del caso concreto, de entrada la Sala anticipa que la causal de descalificación contemplada en el No. 6.1 del pliego de condiciones de la Licitación No. 004 de 1996 y la modificación de que la misma fue objeto en el Adendo No. 001/96, comportó una consecuencia de rechazo que no estaba prevista en tales términos por el ordenamiento jurídico, por manera que la entidad no contaba con competencia para consagrarla, exigirla y menos para derivar de su configuración el rechazo de la propuesta, so pretexto de que con su cumplimiento se garantizaba la selección objetiva por ser la única vía que permitiría la comparación de las ofertas, ello por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar cabe precisar que la descalificación, o lo que es lo mismo el rechazo, consistió en excluir del procedimiento de la licitación en referencia a las propuestas que hubieren incurrido en modificación entre lo solicitado en el anexo 1 del pliego de condiciones denominado “*Lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta*” y lo consignado en el análisis de precios unitarios de cada propuesta, sin siquiera someterlas al proceso de evaluación consagrado en el pliego de condiciones; de ahí que se previó que la propuesta que incurriera en las aludidas modificaciones no sería objeto de calificación alguna; simple y llanamente tendría el mismo tratamiento de aquellas que ni siquiera se presentaron al procedimiento de selección, no obstante que tales ofertas, según la propia entidad estatal, sí estaban habilitadas desde el punto de vista jurídico.

²² Artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

²³ Sección Tercera del Consejo de Estado, 4 de junio de 2008, Expediente: 17783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

En ese sentido, la Sala advierte que se creó una causal de descalificación de ofertas resultante de la invención propia y exclusiva de la entidad contratante, cuyo efecto era el de rechazar una propuesta sin previamente entrar a establecer si las eventuales modificaciones al análisis de precios unitarios que se castigaban con el rechazo, en realidad obstaculizaban la comparación efectiva de las propuestas y con ello impedían la selección objetiva.

Es decir, en los términos en que quedó redactada la cláusula del pliego de condiciones –y con ese automatismo se le aplicó al ahora demandante-, un error de cualquier índole por mínimo o intrascendente que fuera podría llevar a sancionar la propuesta con su descalificación, sin importar que dicho error u omisión no afectara el cotejo de los ofrecimientos, circunstancia que, como se anotó, vicia de nulidad la referida causal en cuanto la entidad no contaba con competencia para establecer esa clase de causal o causales de eliminación o rechazo de las ofertas.

En segundo lugar, no resulta admisible para esta Sala el argumento de la defensa según el cual las modificaciones que los oferentes introdujeran en el análisis de precios impedirían comparar sus propuestas, si se tiene en cuenta que el anexo del pliego que se tuvo como referente para diligenciar el análisis de precios unitarios de cada una de las propuestas, a su turno alojaba conceptos o términos que lejos de propender por una selección objetiva en realidad comportaban un esquema de distribución de riesgos cuya aplicación no podría producir efecto alguno y, por contera, no podía tenerse en cuenta para que a partir de su incorporación en la oferta se realizara un válido cotejo de su contenido, como enseguida se indicará.

En relación con este aspecto, recuerda la Sala que uno de los términos que se introdujo expresamente en los ítems del listado de cantidades de obra, cuya inclusión se exigía de manera rigurosa y explícita dentro de cada ítem indicado para el efecto dentro del análisis de precios unitarios y cuya inobservancia constituyó el punto medular de discusión, correspondió a la obligación de asumir cada uno de tales ítems *“considerando todo factor”*.

De conformidad con lo sostenido por la entidad contratante en varias oportunidades dentro del procedimiento de selección, la incorporación del término

“considerando todo factor” en los respectivos ítems del análisis de precios unitarios, resultaba de vital importancia para la comparación de las propuestas, toda vez que aceptar su omisión en el ítem de excavación de brechas por ejemplo, podría implicar una mayor onerosidad para la entidad en la ejecución del contrato en la medida en que a partir de su inclusión se pretendía establecer un esquema de distribución de riesgos para mitigar la ocurrencia de circunstancias y eventualidades que pudieran presentarse durante la etapa de ejecución del proyecto; de ahí que se hubiera previsto que si alguna de las propuestas no lo contenía no resultaba viable realizar una comparación objetiva de las mismas en cuanto no era posible cotejar una oferta que aceptara el sistema de distribución de riesgos planteado por la entidad y lo tuviera en cuenta para proyectar el valor de los precios unitarios que ofrecería, con otra que no se sujetara a dicha previsión.

Teniendo en cuenta los argumentos de la entidad para justificar su incorporación, la Sala observa que en apariencia la anterior previsión no obedecía a un mero formalismo de EMVINEIVA, como equivocada o tal vez ingenuamente lo señaló la parte actora, sino que correspondía a un requisito que pretendía tener profundos contenido y alcance fundado en un serio propósito de radicar en cabeza del futuro contratista todo tipo de riesgo que pudiera presentarse durante la ejecución de la obra, específicamente en los ítems en donde estaba prevista su inclusión, tales como construcción del campamento, cimentación (excavación), desagües (excavación), enchapes (limpieza).

No obstante lo anterior, a pesar de que dicha exigencia no comportaba un mero formalismo, se impone indagar qué eficacia podría derivarse del sistema de distribución de riesgos que planteó la entidad a partir de la incorporación de la modalidad *“considerando todo factor”* en los ítems señalados.

En orden a despejar el interrogante surgido, como primera medida cabe reiterar que de conformidad con los dictados de la Ley 80 de 1993, específicamente los contenidos en el numeral 5 del artículo 24, el pliego de condiciones debe contener previsiones y reglas justas, claras y objetivas que permitan ofrecimientos de la misma índole. De igual forma prevé que se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes necesarios para la ejecución del contrato. Contempla además que no se incluirán condiciones y exigencias de imposible

cumplimiento y, por último, que no se inducirá en error a los proponentes ni se establecerán reglas que permitan ofrecimientos de extensión ilimitada.

Pues bien, la Sala encuentra que la exigencia de realizar el análisis de precios unitarios de cada propuesta en la modalidad "*considerando todo factor*" dentro de los ítems contemplados para ello en el pliego de condiciones, es una exigencia que resulta contraria a los dictados del Estatuto de Contratación Estatal a los que se ha hecho alusión.

En efecto, "*considerando todo factor*" en algunos de los principales ítems del análisis de precios unitarios, no consulta el criterio de claridad que deben revestir las reglas de los pliegos de condiciones en cuanto no se establece con precisión alguna cuáles riesgos se encuentran cobijados en dicho concepto; en ese sentido se desconoce si cubre el riesgo geológico, el riesgo tarifario, el riesgo tributario, el riesgo predial, etc., por lo cual se ignora por completo a qué tipo de riesgos se hace extensiva la modalidad exigida para la formulación de propuestas en torno a los ítems indicados para ello, los cuales estaban llamados a incidir de manera directa y determinante en la valoración y/o cuantificación de la totalidad de la propuesta.

Otro aspecto de mayor relevancia aún, que igual riñe con el principio de claridad que debe caracterizar los pliegos de condiciones y, por el contrario, resulta ambiguo, oscuro y además conduce a error a los destinatarios de dicho documento radica en el hecho de que en el objeto mismo del contrato quedó expresamente definido que la modalidad misma de contratación obedecería al sistema de precios unitarios, circunstancia que no resulta coherente con la exigencia de plasmar simultáneamente la modalidad "*considerando todo costo*" en los ítems del análisis de precios unitarios.

Al respecto cabe precisar que el sistema de precios unitarios, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación de manera retirada y uniforme, consiste en que ante la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada, la entidad tanto en los pliegos como en el contrato aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar para que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del

contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos en la propuesta –y aceptados por la entidad contratante, claro está- por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas.

“Los contratos de obra pública celebrados a precios unitarios en vigencia del decreto ley 222 de 1983, como es el enjuiciado, han sido definidos en el artículo 89 y el legislador autorizó esa forma de pago, que concluye con una operación matemática que resulta de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el precio de cada una de ellas. Y como en la realidad es extraño que el valor pactado en el contrato coincida con el valor final de la obra, tal situación no puede afectar al contratista, toda vez que en los contratos conmutativos, como es el de obra pública, el contratista debe recibir la contraprestación de pago, por lo general, exacta al valor de la ejecución onerosa de la obra pública entregada a satisfacción. Sobre la conmutatividad en los contratos, el Código Civil enseña, en el artículo 1.498, que “El contrato es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe o hace a su vez”.

“Y aunque no se desconoce judicialmente que la mayor cantidad de obra puede deberse o a situaciones imprevistas o a falencias administrativas en los estudios previos que realizó y que inciden, negativamente y por defecto, en el valor presupuestado para su ejecución, tales circunstancias ajenas al contratista, unas inimputables a la Administración (imprevistos) o imputables a ésta (irregularidad administrativa) no pueden concluir en la determinación de que el daño sufrido por el contratista no es antijurídico, porque él no está obligado a soportar detrimento patrimonial y pérdida de utilidad.

“Además habiéndose comprometido el contratista, en su declaración de voluntad al negociar con la Administración, ofertando y celebrando el contrato, a hacer una obra determinada (art. 1.517 C. C.), está obligado a entregarle a la Administración lo contratado, pues a más de que los contratos deben además ejecutarse de buena fe “obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”, como así lo señala el artículo 1.603 ibídem.

“Por ello en los contratos a precios unitarios, más que en otros, está implícita la cláusula rebus sic stantibus que permite adecuar el contrato a las necesidades durante su ejecución y el principio de mutabilidad de los contratos encuentra sus límites sólo en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la celebración del mismo.”²⁴

Así pues, resulta a todas luces inconsistente que a pesar de definir con claridad en el objeto del futuro negocio jurídico la modalidad de contratación por el sistema de precios unitarios, de manera simultánea se hubiera pretendido exigir en el mismo pliego de condiciones que el listado de análisis de precios unitarios debiera

²⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de abril de 2004, expediente: 14.292, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

comprender la modalidad “*considerando todo factor*”, pues esta última modalidad no solo desdibuja la función del sistema de precios unitarios, sino que se opone a su finalidad en cuanto que los precios habrían de pactarse considerando todo factor, lo cual se asimila más a la modalidad de precio global o alzado en cuyo contenido estaría incluida la asunción de cualquier tipo de riesgo o eventualidad en la ejecución de la obra.

Ahora bien, si lo que se pretendía era que el contratista asumiera cualquier tipo de riesgo sin importar su magnitud y sin establecer los límites de sus alcances, resulta viable concluir que tal exigencia abandona por completo el criterio de justicia que debe permear el pliego de condiciones, pues resulta a todas luces inequitativo que se le exija al contratista la asunción de una carga cuya dimensión además de ser totalmente incierta y desconocida, en el caso de presentarse eventualmente podría llevarlo a un estado de desequilibrio económico respecto del cual, paradójicamente, la misma ley de contratación se encarga de fijar mecanismos obligatorios –y a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado irrenunciables *ex-ante*²⁵– que procuren y garanticen su restablecimiento, garantías que por ningún motivo pueden ser desconocidas por la entidad pública so pretexto de la inclusión de la modalidad “*considerando todo factor*” en el análisis de precios unitarios.

²⁵ En ese sentido consultar sentencia proferida Subsección A, Sección Tercera, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Expediente: 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en la cual se precisó:

“La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce; por ende, como los contratantes no saben cuándo, cuántas veces y por qué período se producirá la variación de los precios, no es válido dimitir de los reajustes de precios a través de un acuerdo convencional. Esto implica que la cláusula de renuncia a los reajustes de precios se torne ineficaz al momento de solicitar la revisión de los precios del contrato.

“Una cláusula contractual así concebida es, además, abusiva, porque propende por el favorecimiento de una de las partes en la relación contractual, sin que exista una justificación constitucional o legal válida.

“(…)”

“En ese sentido, las partes sólo pueden renunciar a los derechos económicos derivados de los reajustes y de la revisión de precios cuando conocen realmente el grado de afectación, lo que, dicho en otros términos, significa que sólo pueden renunciar a tales derechos en el acta de liquidación bilateral del contrato, bien sea por la manifestación expresa en tal sentido o bien sea de manera tácita suscribiendo el documento sin salvedad de ninguna clase.

“Lo anterior, sin perjuicio de que la renuncia anticipada a los reajustes o a la revisión de precios tenga como fundamento el hecho de que el contratista haya asumido expresa, consciente y libremente el riesgo económico derivado de la fluctuación de precios, tal como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, pues en este caso las partes previamente y de consuno han logrado tipificar (identificado, definido y clasificado), estimar (desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, de periodicidad de ocurrencia y nivel de impacto) y asignar a una de ellas el riesgo, y el contratista, por su parte, ha tomado las previsiones necesarias para administrarlo. En este orden de ideas, si el contratista no ha asumido expresa, consciente y libremente este tipo de riesgo contractual, cualquier renuncia a los reajustes o a la revisión de precios será ineficaz, salvo –se insiste– que se produzca al momento de liquidar bilateralmente el contrato.”

Por similares motivos puede concluirse que la analizada exigencia entrañaba una regla orientada a que el contratista realizara ofrecimientos de extensión ilimitada en cuanto que, como se explicó, el desconocimiento de los riesgos que serían asumidos por virtud de dicha cláusula llevaría a concluir que no existiría entonces límite alguno que pudiera servir de lindero para fijar las cargas que estarían en cabeza del futuro contratista, circunstancia que igual contraría la prohibición relativa a la existencia de cláusulas de imposible cumplimiento, comoquiera que no resulta posible asumir la ocurrencia de todo tipo de sucesos o eventualidades sin resultar quebrantado económicamente por cuenta de su acaecimiento.

Tanto es así que las explicaciones de la entidad estatal contratante contenidas en los informes preliminar y final de evaluación de las ofertas reflejaban de manera inequívoca el pernicioso propósito de EMVINEIVA de que partir de la introducción de la modalidad “*considerando todo factor*”, el futuro contratista asumiera en su oferta, a como diera lugar, toda serie de vicisitudes y eventualidades que tuvieran ocurrencia durante la ejecución del contrato, con independencia de la dimensión o cuantía en que se tradujeran, propósito que resulta del todo alejado del ordenamiento jurídico y por contera no puede ser prohijado por esta instancia judicial.

En suma cabe precisar que cualquier exigencia o requisito que atente contra las disposiciones en comento, disposiciones que en todo caso constituyen los lineamientos y parámetros con sujeción a los cuales deben elaborarse los pliegos de condiciones, a más de desbordar la autonomía de la entidad estatal, se sanciona con su ineficacia de pleno derecho, tal y como lo dispone el inciso final del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 al establecer que “*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.*”

Con lo anterior la Sala no pretende significar que las entidades estatales contratantes, durante la etapa precontractual, no puedan diseñar la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato; es más resulta evidente que a partir de la vigencia del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007²⁶, dichas

²⁶ **Artículo 4°.** *De la distribución de riesgos en los contratos estatales.* Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

entidades tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, sin embargo al respecto se impone puntualizar que dicha facultad, como todas las demás de que está investida la Administración Pública, debe ejercerse con sujeción a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado; de ahí que si la distribución de riesgos que realiza la entidad resulta violatoria de la normativa en que debe apoyarse, como ocurrió en el caso en examen, el resultado connatural a tal acontecer no puede ser distinto a señalar que las previsiones que en ese sentido haya adoptado la entidad no estarán llamadas a producir efecto alguno.

Todo lo expuesto basta para considerar que la exigencia de plasmar el término *“considerando todo factor”* en los ítems del análisis de precios unitarios de las propuestas, de acuerdo con lo consignado en el anexo No. 1 del pliego de condiciones de la Licitación No. 004-96, resulta ineficaz de pleno derecho por transgredir los postulados recogidos en las letras b), d) y e) del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Concatenado con lo expuesto y regresando a la cláusula general de descalificación consignada en el numeral 6.1 del pliego de condiciones y modificada en el Adendo No. 001 de la Licitación No. 004-96, se reitera que la misma adolece de nulidad en cuanto fue introducida por la entidad pública sin contar con competencia para el efecto.

Ahora bien, comoquiera que en este caso resulta posible advertir la presencia de dos vicios diferentes en relación con dos estipulaciones de los pliegos de condiciones distintas pero conexas, por un lado la nulidad de la cláusula general de descalificación y por el otro la ineficacia de pleno derecho respecto de la exigencia relativa a la inclusión en los análisis de precios unitarios de la modalidad *“considerando todo factor”*, la Sala se ve avocada a realizar algunas precisiones sobre el contenido y alcance de cada una de dichas figuras:

En primer lugar conviene precisar que la ineficacia de pleno derecho se encuentra delineada en el Código de Comercio con arreglo a los siguientes términos:

“Artículo 897.- Cuando en este Código se exprese que un acto no produce

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

Como puede apreciarse con facilidad, la aplicación de la figura no se encuentra sujeta a la configuración de una o varias causales que pudieren determinar su acaecimiento, sino que, por el contrario, para identificar cuándo hay lugar a su invocación resulta imperativo realizar un inventario detallado, norma por norma, de todas aquellas disposiciones que integran el referido Código de Comercio – aunque la aplicación de la figura no debe limitarse necesariamente al contenido del estatuto mercantil, puesto que existen muchas otras disposiciones legales²⁷ en las cuales, con los mismos sentido y alcance ya señalados, se establece la sanción específica de la cual se viene tratando-, con el propósito de precisar aquellos específicos eventos para los cuales la ley ha reservado las consecuencias de esta institución, anticipadas en la disposición transcrita, consistentes en restarle la totalidad de los efectos que estaría llamado a generar el

²⁷ Es el caso, a título de ejemplo, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF-, contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, a lo largo del cual se consagra dicha figura para efectos de sancionar, en determinadas circunstancias, negocios jurídicos que se desarrollen al margen de las previsiones legales, de conformidad con las siguientes disposiciones:

“Artículo 88. NEGOCIACION DE ACCIONES.

“.....

*“2. Efectos de la negociación sin autorización de la Superintendencia Bancaria. Toda enajenación de acciones que se efectúe sin la autorización de la Superintendencia Bancaria, contrariando lo dispuesto en el presente artículo, **será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial**”.* (Se ha resaltado).

“Artículo 303. PRIVATIZACION DE ENTIDADES CON PARTICIPACION ESTATAL.

“1. Privatización de entidades con participación del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en su capital. Cuando no se produzca fusión o absorción por otras entidades, en un plazo razonable, contado desde la suscripción o adquisición por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de las acciones de una institución financiera y en condiciones suficientes de publicidad y concurrencia y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 5 del artículo 113 del presente Estatuto, el Fondo ofrecerá en venta las acciones adquiridas, decidiendo a favor de quien presente condiciones de adquisición más ventajosas.

*“El Fondo no podrá ceder acciones o derechos de entidades financieras a personas o entidades que de manera directa o indirecta hayan incurrido en alguna de las conductas punibles señaladas en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 208 del presente Estatuto. **Será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, la enajenación que se realice contrariando esta regla**”.* (Las negrillas no pertenecen al texto).

“Artículo 169. CONSTITUCION Y REGIMEN GENERAL DEL FONDO.

“.....

“5. Sustitución de la sociedad administradora. Podrá sustituirse a la sociedad que administre un fondo de pensiones en los siguientes casos:

“.....

*“b. Renuncia de la sociedad administradora por las causas previstas en el reglamento del fondo. Esta renuncia **no producirá efectos** antes de dos años contados a partir de la fecha de su comunicación. La Superintendencia Bancaria podrá exigir a la sociedad renunciante que otorgue las garantías necesarias para responder por sus obligaciones, ...”.* (Se ha resaltado en negrillas).

De la misma manera, la Ley 226 de 1995, por medio de la cual se regula la enajenación (privatización) de la propiedad de las acciones que pertenecen al Estado, contiene casos que de manera expresa sanciona con ineficacia, así:

“Artículo 14.- El programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten los principios generales de esta ley. Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.

*“Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, **el negocio será ineficaz**”.* (Se deja resaltado).

acto o negocio en general o a la correspondiente estipulación en particular, según cada caso.

Aunque el precepto legal transcrito indica que a sus consecuencias habrá lugar cada vez que a través de una de las normas del Código de Comercio se determine que un específico acto “... **no produce efectos** ...” (tal como aparece en los artículos 297, 524, 629, 670, 712, 1005, 1045, 1055, 1203 C. de Co.), cabe señalar que el entendimiento de la figura no puede ser tan exegético y formalista como para limitar su alcance a la utilización sacramental de esos vocablos concretos, por manera que igual se estará en presencia de esta institución cuando se disponga, por ejemplo, que cierta estipulación “... **se tendrá por no escrita** ...” (según lo reflejan los artículos 150, 198, 200, 318, 407, 501, 678, 992, 1328 C. de Co.), que un determinado acto “... **será ineficaz** ...” (como aparece en los artículos 433, 1244, 1936 C. de Co.), que “... **carece de toda eficacia** ...” (según las voces del artículo 435 C. de Co.), o se utilice cualquier otra expresión similar que refleje los mismos sentido y consecuencias.

Por otro lado cabe advertir que si bien es cierto que en el Código Civil no se reguló de manera precisa y expresa la figura de la *ineficacia de pleno derecho*, no es menos cierto que en esa codificación resulta perfectamente posible identificar algunos eventos puntuales para los cuales la propia ley ha previsto la aplicación de dicha figura o al menos de una con características y alcances tan similares que resulta muy difícil no equipararlas, puesto que en forma casuística, esto es sin obedecer a causales genéricas, sino individualizando cada situación en particular –al igual que ocurre con el Código de Comercio-, se ha dispuesto despojar de plano a determinados actos o negocios jurídicos de todos los efectos que, de haber sido celebrados adecuadamente, estarían llamados a generar tales actos o negocios, examen frente al cual se revela insuficiente el argumento histórico encaminado a descartar la aplicación de una figura regulada de manera expresa en el Estatuto Mercantil, por el solo hecho de que el Código Civil resulta anterior a la disposición normativa que la contempla, la define y la consagra, argumento con el cual, además, se negaría cualquier posibilidad de evolución interpretativa a los textos legales concretos y al Derecho en general.

Así por ejemplo, se puede mencionar el caso en el cual el Código Civil, de manera imperativa, determina que el correspondiente acto o contrato **no produce efecto alguno**, como lo refleja el artículo 1870, al regular “[l]a venta de una cosa que al

tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe"; también puede traerse a colación el caso del artículo 1950, en el cual se dispone que **se tendrá por no escrita** la cláusula en la cual, para situaciones de lesión enorme en la compraventa de bienes inmuebles, el vendedor exprese su intención de donar, a favor del comprador, el exceso resultante de la diferencia entre el precio objetivamente justo y aquel convenido en el contrato; repárese también en aquel evento en el cual, en el marco del contrato de mandato, el artículo 2145 del Código Civil determina que el negocio que únicamente interesa al mandatario **no produce obligación alguna**.

Y en cuanto corresponde al campo de la contratación estatal, hay que señalar que la ausencia de consagración y regulación expresa acerca de la *ineficacia de pleno derecho* no constituye óbice alguno para concluir acerca de la viabilidad de la aplicación de esa figura, en virtud del mandato general previsto en el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 80 mediante el cual se dispone la incorporación, al régimen de contratación pública, de todas aquellas disposiciones comerciales y civiles pertinentes que no se ocupen de los asuntos o materias que ya hubieren sido objeto de regulación expresa por el propio estatuto de contratación estatal²⁸.

El hecho de que en el inciso final del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 se hubieren calificado expresamente de "*ineficaces de pleno derecho*" las estipulaciones de los contratos estatales que contravengan las exigencias que se consagran a lo largo del aludido numeral 5º relativas a las reglas que deben observarse para la conformación de los pliegos de condiciones, en criterio de la Sala, de ninguna manera excluye la viabilidad de acudir a las normas que regulan y consagran eventos específicos de *ineficacia de pleno derecho* en el Código de Comercio o en el Código Civil, puesto que la referencia que a esa figura contiene la norma legal en mención no regula dicha institución en el campo de la contratación estatal, como para dejar de lado las demás previsiones comerciales o civiles sobre la materia, según fuere el caso.

²⁸ A propósito del sentido y el alcance del transcrito inciso 1 del artículo 13 de la Ley 80, la Sala estima oportuno destacar que la ausencia de regulación especial acerca de una determinada materia por parte de las normas que integran el Estatuto de Contratación Estatal, no autoriza al juez administrativo a acudir, de manera indistinta y a su arbitrio, a las disposiciones comerciales o civiles que la regulen, puesto que es posible y hasta frecuente encontrar en los ordenamientos civil y mercantil, de manera simultánea, disposiciones diferentes o incluso antagónicas acerca de un mismo tema, por tanto, debe tenerse como regla que a la aplicación de los preceptos mercantiles en los contratos estatales habrá de acudirse cuando el respectivo acto sea también mercantil para alguna de las partes –cuestión que suele predicarse de ordinario, pero no en forma exclusiva, respecto del contratista particular-, con lo cual se cumple la directriz consagrada en el artículo 22 del C. de Co. En esa dirección, ha de concluirse entonces que si el respectivo acto puede catalogarse como civil para las partes del correspondiente contrato estatal, en primer lugar han de consultarse las disposiciones del Código Civil y sólo en ausencia de regulación expresa sobre la materia específica dentro de ese cuerpo normativo, en cumplimiento de los mandatos consagrados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, será posible, pero entonces por vía de analogía, acudir a las normas de carácter comercial.

En línea con lo expuesto cabe precisar que según lo ha sostenido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación, del pliego de condiciones cabe predicar una naturaleza jurídica mixta en la medida en que en la etapa precontractual responde a la de un verdadero acto administrativo de contenido general, en tanto una vez celebrado el negocio jurídico producto del procedimiento de selección adquiere vocación para constituir una parte integrante del clausulado contractual y de obligatoria observancia durante la ejecución del mismo. Así pues, dado que el pliego de condiciones goza de la naturaleza de un acto administrativo, ha de concluirse que la figura de la ineficacia -y por supuesto los efectos que de ella se desprenden- por expresa disposición de la Ley de Contratación Estatal²⁹, le será extensiva al clausulado del pliego de condiciones en cuanto se reúnan los supuestos de infracción de las reglas que el mismo estatuto se encargó de regular.

En segundo lugar, se tiene que la figura de la nulidad en el terreno de la contratación estatal opera igualmente frente a los actos administrativos previos proferidos con ocasión de la actividad contractual, entre ellos naturalmente se encuentra el pliego de condiciones, declaratoria que puede darse ya sea de forma absoluta o parcial dependiendo del alcance del vicio advertido; así mismo, la nulidad de acto se configura por unas causales genéricas inmersas en todo el ordenamiento jurídico y otras específicas³⁰ y su declaratoria es de competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual procede a petición de parte, quien en ejercicio de la respectiva acción, esto es la acción de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho o acción contractual, según corresponda, deberá formular la correspondiente pretensión en ese sentido, aun cuando en veces procede su declaratoria de manera oficiosa por parte del Juez Administrativo, en aquellos eventos en que por ejemplo se evidencia que el acto fue expedido sin contar con competencia para el efecto³¹. Por último sus efectos

²⁹ Inciso final de numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80, "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados."

³⁰ Código Contencioso Administrativo. Artículo 84. Acción de Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que debería fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

³¹ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente:26869, actor: Isatel Ltda., demandado: INPEC : "En línea con lo anterior y a pesar de que en la demanda no se invocó la falta de competencia de la entidad estatal contratante como causal de nulidad de las Resoluciones acusadas, la Sección Tercera del Consejo de Estado de manera uniforme y reiterada ha considerado que en aquellos casos en los cuales el juez advierta la falta de

han de tenerse como retroactivos en cuanto regresa las cosas a su estado inicial, es decir al momento anterior a aquél en que nació el acto declarado nulo como si el mismo jamás hubiere emergido a la vida jurídica.

Regresando al análisis del caso concreto, en este punto resulta de la mayor importancia precisar que si bien, dado que una de las exigencias del pliego de condiciones relativa a incluir en el análisis de precios unitarios la modalidad "*considerando todo factor*", según lo antes expuesto, resulta ineficaz de pleno derecho, de conformidad con los dictados del inciso final del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto ha quedado en evidencia la vulneración de los postulados recogidos en las letras b), d) y e) de dicha disposición legal, lo cual se traduce en que la cláusula del pliego de condiciones en examen debe tenerse por no escrita sin necesidad de que medie declaratoria judicial en ese sentido, tal circunstancia podría en principio sugerir que a su vez la sola ineficacia de dicha exigencia haría innecesario, por sustracción de materia, declarar judicialmente la nulidad de la cláusula de descalificación, pues se entendería que ante la ineficacia de aquella previsión todas las propuestas que no la incluyeron no podían ser rechazadas y en tal virtud debían ser evaluadas, haciendo por ese hecho inocua la declaración de nulidad de la referida causal de descalificación.

No obstante lo anterior, ocurre que la referida causal de descalificación estaba prevista no solo respecto de aquellas propuestas que no incluyeran en el análisis de precios unitarios la modalidad "*considerando a todo factor*", sino que igual se contempló para todas aquellas ofertas que realizaran cualquier otro tipo de variación en relación con el listado contenido en el anexo 1 del pliego de condiciones, tal y como se desprende de lo ocurrido en el caso del consorcio Jesús Antonio Narváez- José Luis Mora, cuya propuesta fue descalificada pero no por no incluir la referida modalidad "*considerando a todo factor*", sino por haber omitido las dimensiones en el ítem del campamento.

Según quedó explicado en precedencia, la simple modificación de los ítems del análisis de precios unitarios en relación con el anexo 1 del pliego de condiciones (lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta) en su

competencia como vicio de validez de un determinado acto administrativo, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad."

denominación, actividad, tipo, dimensión o unidad, sin siquiera indicar la índole o carácter de la variación, fue contemplada en el pliego de condiciones como una circunstancia que *per se* daría lugar a la descalificación o al rechazo de la oferta correspondiente, sin reparar en que tal apartamiento del pliego realmente impidiera, o no, la comparación objetiva de las propuestas.

Por contera la declaratoria de nulidad de la causal de descalificación contenida en el pliego de condiciones resulta de absoluta trascendencia si se tiene en cuenta que su consecuencia lógica llevaría a concluir que las propuestas que no hubieran manifestado dentro de los ítems del análisis de precios unitarios el término "*considerando todo factor*" que resultó ineficaz, sino que hubieran incurrido en cualquier otro tipo de variaciones que no impidieran su comparación objetiva, de ninguna manera podían ser descalificadas y, contrario sensu, debían ser sometidas a la respectiva evaluación de conformidad con los factores de escogencia y ponderación establecidos válidamente en el correspondiente pliego de condiciones.

En este punto se insiste que aun cuando la entidad contratante, en el pliego de condiciones, se encuentra facultada para incorporar causales de rechazo de las propuestas, lo cierto es que su competencia se encuentra restringida o limitada a las causales que en ese sentido cuenten con evidente sustento constitucional o legal; por manera que no le es dado a la Administración añadir o crear causales que contengan materias ajenas a las reguladas por el ordenamiento jurídico, tal como ocurrió en el caso concreto en el cual la entidad estatal contratante pretendió establecer una causal de descalificación que no solo no contaba con sustento constitucional o legal, sino que contrariaba de manera abierta y palmaria lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993³².

Con apoyo en lo expuesto, la Sala declarará la nulidad parcial de la cláusula No. 6.1 del pliego de condiciones y modificada en el Adendo No. 001 de la Licitación No. 004-96, en lo que respecta exclusivamente a la causal de descalificación de las ofertas consagrada por EMVINEIVA, declaratoria que aun cuando no fue

³² "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."

pretendida en la demanda, procede de manera oficiosa³³ en cuanto comporta una cláusula introducida por la entidad estatal precontratante en el pliego de condiciones cuya naturaleza dual corresponde en primer lugar a la de un acto administrativo de contenido general, sin contar con competencia para el efecto.

4.2. De la validez de la decisión de descalificación del proponente consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje.

De lo expuesto hasta ahora emerge de manera diáfana la censurable gestión precontractual que la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Neiva impartió al procedimiento de Licitación No. 004-96, lo cual bien puede evidenciarse desde dos ópticas.

En primer lugar, si se atiende al supuesto convencimiento de que gozaba la entidad, consistente en que la causal de descalificación introducida en el pliego de condiciones se encontraba ajustada a derecho y por ende su aplicación derivaba plenos efectos, no resultaría admisible entonces que haya adjudicado el contrato a un proponente cuya oferta, según los lineamientos impartidos por esa misma entidad, debió ser descalificada al mismo tiempo y con apoyo en idénticos argumentos a los que esgrimió con el propósito de descalificar al consorcio que ahora funge como demandante.

En segundo lugar, desde la perspectiva inversa y que a la postre resulta ser la acertada según lo expuesto en precedencia, si se analiza la situación bajo el conocimiento de que la cláusula de descalificación era nula por haber sido incorporada sin competencia de la entidad para a partir de la misma exigir condiciones que no contaban con respaldo legal y constitucional, mal podía la entidad derivar efecto alguno de la cláusula en mención en el sentido de descalificar al consorcio demandante y dejar de evaluar su propuesta junto con las de los demás proponentes, como en efecto ocurrió.

³³ (...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina³³, ha considerado que "... por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), **es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador**'. Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

Así pues, se impone concluir que la cláusula de descalificación, dada su evidente invalidez, no podía surtir efecto alguno respecto de uno solo de los proponentes, lo cual naturalmente incluye a quien resultó adjudicatario puesto que su oferta, al igual que la del consorcio actor, tampoco podía rechazarse por la modificación que introdujo en el análisis de precios unitarios. La circunstancia puesta de presente a su vez evidencia la nulidad de la decisión que resolvió descalificar la oferta del ahora demandante consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje.

A propósito de la relevancia de que las decisiones de rechazo o exclusión de las propuestas consten de manera expresa y suficientemente motivados en actos administrativos, con el propósito de que se brinde a los afectados la posibilidad de ejercer su derecho al debido proceso, esta Subsección ha puntualizado:

“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.

“(…).

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

parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80, a cuyas voces “[e]l acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa”.³⁴

En este punto resulta de la mayor importancia precisar que la Sala no ignora que el petitum demandatorio se dirigió a obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 350 de julio de 1996 mediante la cual EMVINEIVA adjudicó la Licitación No. 004/96 al proponente Eduardo Gómez Rojas, sin embargo, resulta igualmente claro que al revisar su contenido se evidencia que si bien en dicho acto no se plasmó de manera expresa la decisión de descalificar al consorcio demandante, lo cierto es que dicha medida, sugerida en el informe preliminar de evaluación del 28 de junio de 1996 -suscrito por el Comité Evaluador integrado por el asesor jurídico externo, el contador, el jefe de la unidad de control interno, el jefe de la división técnica y el profesional universitario-, reiterada en el informe final de evaluación de fecha 23 de julio de 1996, fue acogida aunque de manera tácita e implícita por el Jefe de la Entidad contratante – único responsable y competente para dirigir los procedimientos de selección contractual y, por tanto, para rechazar propuestas y/o para adjudicar contratos, de conformidad con los dictados del artículo 26 numeral quinto de la Ley 80³⁵, lo anterior en cuanto la sugerida eliminación de la oferta que en su momento presentó el hoy consorcio demandante constituía para el caso en estudio un presupuesto indispensable e insalvable para que la adjudicación pudiera recaer – como finalmente ocurrió- en cabeza del proponente seleccionado, esto es del ingeniero Eduardo Gómez Rojas .

Ahora bien, ha de advertirse que todos los cargos de violación de la demanda se dirigieron a acusar precisamente la decisión de descalificación, decisión que, según el demandante, fue adoptada por el Comité Evaluador y en virtud de la cual se habría creado una situación jurídica particular y concreta en perjuicio del consorcio demandante al cual, por cuenta de la misma, le impidieron que su propuesta fuera debidamente evaluada. En ese sentido, si en gracia de discusión se admitiera que la decisión de descalificación fue adoptada -sin competencia- por el Comité Evaluador, tal circunstancia precisa la necesidad de realizar algunas puntualizaciones:

³⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, 147 de marzo de 2013, expediente: 24.059, Demandante: Avila Ltda., Demandado: Departamento de la Guajira.

³⁵ Artículo 26, numeral 5º de la Ley 80 de 1993. *La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.*

En relación con este aspecto vale recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha considerado que los informes del Comité de Evaluación emanados de las entidades estatales precontratantes durante el procedimiento de selección tienen la naturaleza de actos preparatorios o de trámite que, por no ser definitivos, no constituyen actos administrativos susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones de nulidad:

“No cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa. Es, un acto de trámite -preparatorio- no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación.

(...)

No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993). Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes.”³⁶

No obstante en esta oportunidad, dadas las particularidades que rodean el caso concreto y bajo la hipótesis de que fue el Comité Evaluador el que decidió descalificar la propuesta del demandante, cabría preguntarse qué ocurre entonces cuando dentro del respectivo informe de evaluación se adoptan las decisiones tendientes a eliminar a algún proponente. Es que acaso la adopción de ese tipo de medidas no determina una situación jurídica definitiva, en este caso de rechazo, que cercena de raíz la posibilidad del proponente de ser evaluado con independencia del resultado que de dicho procedimiento se obtenga?

El escenario planteado se torna aún más desolador si se tiene en cuenta que los informes de evaluación, de conformidad con el ordenamiento, no son pasibles de recursos, de manera que ante la descalificación de la propuesta supuestamente

³⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, de 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, C.P. Nora Cecilia Gómez Molina (E).

adoptada en su interior, la cual según se expone constituye una verdadera decisión de fondo, aun cuando emitida sin competencia, que marca el destino final de la oferta rechazada, el proponente perjudicado no cuenta con mecanismo alguno de amparo para cuestionar la medida que le resultó adversa, circunstancia que a la postre resulta violatoria del debido proceso habida cuenta que anula el derecho de contradicción en relación con la medida de rechazo.

Con lo expuesto la Sala en modo alguno pretende modificar y menos aún desconocer la postura jurisprudencial que señala que los informes de evaluación no constituyen actos definitivos y por lo tanto resulta improcedente su enjuiciamiento en vía jurisdiccional, pues sin lugar a dudas ese es el entendimiento que por regla general está llamado a mantenerse. Sin embargo resulta de especial importancia precisar que tal planteamiento debe armonizarse con el mandato legal contemplado en el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor se dispone que *“Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”*. Esta misma previsión legal fue reiterada en términos más precisos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo cuando en su artículo 43 consagró que *“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”*

De conformidad con la interpretación que respecto de la referida previsión legal ha ofrecido tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como la de la Corte Constitucional, se concluye que la misma se orienta a determinar que los actos preparatorios o de trámite no serán demandables salvo que impidan continuar con la actuación correspondiente, en este caso la respectiva participación del oferente en el aludido procedimiento de selección.

Así lo ha precisado la Sección Primera del Consejo de Estado:

“En ese contexto normativo, se advierte que únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, de modo tal que los actos de trámite

*o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control ...”.*³⁷

A su turno, la Corte Constitucional ha acompañado la anterior postura al sostener:

“En este sentido, los actos de trámite son “actos instrumentales”, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser invalido, v.gr., por haberse adoptado con desconocimiento del procedimiento previo que constituye requisito formal del mismo acto. Por lo tanto, es necesario esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para poder plantear la invalidez del procedimiento por haberse presentado anomalías en los actos de trámite.

“Ahora bien: ciertos actos previos al fallo pueden tornarse definitivos cuando pongan fin a la actuación administrativa o hagan imposible su continuación. En este caso, tales actos serán enjuiciables.

“(…).

*4.4. En efecto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha ocupado de las consecuencias de esta distinción al aplicar e interpretar el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, según el cual “son actos definitivos, que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla ...”.*³⁸

Se reitera entonces que sin alterar la línea jurisprudencial que indica que por regla general los informes de evaluación no son pasibles de ser demandados, se impone precisar que dicha regla debe entenderse con arreglo a la previsión legal antes reseñada según la cual los actos preparatorios o de trámite no serán demandables salvo que impidan continuar con la actuación correspondiente, tal cual ocurrió en el presente asunto en donde si bien el procedimiento de selección continuó, lo cierto es que con la decisión de descalificación se puso fin a dicho procedimiento para el consorcio demandante, al cual por cuenta del rechazo de su propuesta no le fue posible permanecer en el trámite de evaluación y selección de ofertas. Así las cosas, a la luz de cada caso concreto y cuando a ello haya lugar, habrá de analizarse si los informes de los comités de evaluación comportan por sí mismos una decisión de fondo que constituya una medida definitiva de rechazo de una o varias propuestas.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de mayo de 2010. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Rdo. : 25000-23-24-000-2009-00045-01

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-557/2001, M.P. Manuel José Cepeda,

Retomando entonces el análisis abordado al inicio de este acápite se impone concluir que el hecho de que no se haya elevado una pretensión explícita encaminada a remover del orden jurídico la decisión de descalificación, de ninguna manera puede constituir óbice alguno para concluir que, al encontrarse viciada de nulidad la cláusula del pliego de condiciones que consagró la causal de descalificación, la decisión que en ese sentido se adoptó pierde cualquier soporte jurídico válido, circunstancia que da lugar a la configuración del decaimiento del acto administrativo contentivo de esta última medida y por lo tanto a la pérdida de su fuerza ejecutoria, de conformidad con los dictados de la causal contemplada en el numeral dos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo a cuyo tenor los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria *“cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho y de derecho.”*

Aunado a lo anterior, la Sala concluye que la decisión que ahora se demanda, contentiva de la descalificación de la propuesta del consorcio aludido, bien que se considere -como lo estima la Sala- incluida de manera implícita o tácita pero evidente e inocultable dentro de la demandada Resolución No. 350 de 1996, por cuya virtud se adjudicó la Licitación No. 004 de ese mismo año, o bien que se concluya que fue adoptada –sin competencia para el efecto- por el Comité Evaluador a través de sus informes de junio 28 y de julio 23, ambos de 1996, constituyó un acto que perdió su fuerza ejecutoria por decaimiento por cuanto, como se explicó, tenía su fundamento jurídico en una cláusula del pliego de condiciones que se declarará nula por haberse encontrado viciada y por tal razón no tenía vocación alguna para servirle de soporte válido.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe poner de presente además que la decisión de descalificación de la oferta del consorcio ahora demandante sin duda merece un fuerte reproche por cuanto transgredió ostensiblemente el principio de igualdad recogido en la Ley 80 de 1993, al haber dado aplicación a una causal de descalificación inválida y haberla hecho extensiva a la propuesta presentada

por el consorcio demandante cuando ello no tenía cabida, en lugar de haber procedido, por el contrario, en la forma en que se actuó respecto del proponente adjudicatario cuya propuesta a pesar de haber incurrido en las mismas

imprecisiones no resultó afectada por la causal inválida de descalificación, tanto así que fue evaluada y resultó ser la adjudicataria.

A lo anotado se impone añadir una falencia adicional que no puede pasarse por alto consistente en que el consorcio demandante elevó diversas observaciones frente a la medida de rechazo de su oferta sugerida por el comité de evaluación, las cuales estaban llamadas a resolverse de manera expresa en el acto de adjudicación, tal y como lo exigía el artículo 2° del Decreto 287 de 1996³⁹, reglamentario de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual *“las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación.”* No obstante lo anterior, lo cierto es que en el acto de adjudicación no se plasmó consideración alguna frente a ese respecto, lo cual evidencia una absoluta falta de motivación en cuanto a la razones que sirvieron de soporte a la decisión de descalificación de la propuesta del consorcio Iván Javier Puentes - José Mauricio Andrade Monje.

En consecuencia, la Sala considera que la decisión de descalificación de la oferta del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, adoptada implícitamente en el acto de adjudicación vertido en la Resolución No. 350 de 1996, perdió su fuerza ejecutoria tras configurarse el decaimiento del acto que la contenía por haber desaparecido el fundamento jurídico que le sirvió de sostén, esto es por encontrarse viciada de nulidad la causal de descalificación en que se apoyó.

4.3. De la nulidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 004-96.

Luego de precisar que la cláusula de descalificación contenida en el No. 6.1 del pliego de condiciones y su modificación recogida en el Adendo No. 001 de 1996 adolecen de nulidad por las razones anteriormente expuestas, forzoso resulta concluir que ninguna de las ofertas debió ser rechazada y por contera todas debieron ser evaluadas de conformidad con los factores de escogencia y su

³⁹ El Decreto 287 fue expedido el 9 de febrero de 1996 y publicado en el Diario Oficial de esa misma fecha, esto es con anterioridad al acto de apertura del procedimiento de Licitación No. 004-96 (1 de abril de 1996).

respectiva ponderación, con sujeción a la modificación que sobre los mismos introdujo el Adendo No. 001 del 17 de mayo de 1996.

En este punto resulta menester destacar que aun cuando otra de las propuestas presentadas durante el procedimiento de selección, específicamente la correspondiente al consorcio Jesús Antonio Narváez – José Luis Mora, a través del informe final de evaluación fue descalificada por haber omitido las dimensiones del campamento exigidas en el ítem 1.1 del análisis de precios, aspecto que según la observación del consorcio demandante y de la entidad era sustancial para la comparación de las ofertas, lo cierto es que a juicio de la Sala, en desarrollo del principio de igualdad y sin perjuicio de que el mencionado consorcio no haya concurrido a integrar el extremo activo de la presente causa, a dicha propuesta le resultan extensivas todas las consideraciones precedentes en cuanto tampoco podía ser descalificada con base en la cláusula que resultó ser nula y por lo tanto al igual que el resto debió ser objeto de calificación.

En consecuencia, con el propósito de establecer si el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por haber adjudicado la Licitación a un proponente que no presentó la oferta más favorable, procede la Sala a realizar la evaluación de todas las propuestas de conformidad con los criterios de calificación consignados en el pliego de condiciones y modificados mediante el Adendo No. 001 de 1996.

4.3.1. Precio.

A este factor de calificación se le asignaron 55 puntos, los cuales se repartirían de la siguiente manera: (15) puntos para su comparación con el presupuesto oficial y cuarenta (40) puntos para su comparación con la media geométrica.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que según el Adendo No. 001, *“cuando existieren diferencias entre el valor unitario escrito en el listado general de costos de la propuesta y el consignado en el análisis de precios unitarios prevalecerá el que apareciere en el análisis de precios unitarios con su unidad respectiva y EMVINEIVA corregirá el encontrado en el listado general de costos de la propuesta, hecho esto se efectuarán las operaciones correspondientes.”*

Así mismo las fórmulas establecidas para obtener el respectivo puntaje fueron:

“Se comparará el valor de cada propuesta hábil corregida con el valor del Presupuesto Oficial.

Las propuestas con valores totales corregidos menores al ochenta por ciento (80%) y mayores al ciento dos por ciento (102%) del Presupuesto oficial se calificarán con cero (0) puntos.

Las propuestas cuyos valores totales corregidos se coloquen entre el noventa y cinco por ciento (95%) y el ochenta por ciento (80%) del presupuesto oficial, se calificarán utilizando una relación lineal, de acuerdo a la siguiente proporción: 15 puntos para el noventa y cinco por ciento (95%) y 0 puntos para el ochenta por ciento (80%).

Las propuestas cuyos valores totales corregidos estén entre el noventa y cinco (95%) y el ciento dos por ciento (102%) del presupuesto oficial se calificarán utilizando una relación lineal, de acuerdo a la siguiente proporción: 15 puntos para el noventa y cinco por ciento (95%) y cero puntos para el ciento dos por ciento (102%).

El resultado de las diferentes relaciones lineales se aproximarán a la centésima, de la siguiente manera: si la milésima es igual o mayor que cinco (5) se subirá a la centésima obtenida al dígito inmediato, si la milésima obtenida es menor que cinco (5), se bajará a la centésima obtenida al dígito inmediato.

Para asignar los puntos de comparación con la media geométrica se calculará ésta como la raíz enésima del producto de las propuestas hábiles y el presupuesto oficial mediante la siguiente fórmula.

$$P_m = (P_1 * P_2 * P_3 * P_4 \dots * P_o)^{1/n}$$

Donde.

P_m = Media geométrica del precio.

n = Número de propuestas hábiles, incluyendo el presupuesto oficial.

P₁, P₂, P₃ ... = Precio de las propuestas hábiles.

P_o = precio del presupuesto oficial.

Todas las operaciones que se hicieren para el cálculo de la media geométrica, se aproximarán a la milésima, de la siguiente manera: si la cuarta cifra decimal es igual o mayor que cinco (5) se subirá la milésima obtenida al dígito inmediato, si la cuarta cifra decimal es menor que cinco (5), se bajará la milésima obtenida al dígito inmediato.

Las propuestas con valores totales corregidos menores del ochenta por ciento (80%) y mayores del ciento quince por ciento (115%) de la media geométrica (P_m) se calificarán con cero puntos.

Las propuestas cuyos totales corregidos se coloquen entre el noventa y ocho por ciento (98%) y el ciento uno por ciento (101%) de la media geométrica, obtendrán cuarenta (40) puntos.

Las propuestas cuyos valores totales corregidos estén entre el noventa y ocho por ciento (98%) y el ochenta por ciento (80%) de la media geométrica se calificarán utilizando una relación lineal, con base en la siguiente proporción: 40 puntos para el noventa y ocho por ciento (98%) de la media geométrica y cero para el ochenta por ciento (80%).

Las propuestas que estén entre el ciento uno por ciento (101%) y el ciento quince por ciento (115%) de la media geométrica se calificarán utilizando una relación lineal con base en la siguiente proporción: 40 puntos para el ciento uno por ciento (101%) y cero puntos para el ciento quince por ciento (115%).

El resultado de las diferentes relaciones lineales se aproximará a la centésima, de la siguiente manera: si la milésima es igual o mayor que cinco (5) se subirá la centésima obtenida al dígito inmediato, si la milésima obtenida es menor que cinco (5), se bajará la centésima obtenida al dígito inmediato.”

De conformidad con el numeral 1.6 del pliego de condiciones, el presupuesto oficial se estimó en la suma de TRESCIENTOS OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$308'266.195.00).

Así pues, la Sala en primer lugar procederá a revisar el listado de precios de cada una de las propuestas y hará las correcciones aritméticas a que haya lugar en el listado general con base en los valores consignados en el análisis de precios unitarios.

Propuesta Económica del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje.

Item	Descripción	UNIDAD	Cantidad	Vr/Unitario	Vr/Parcial	Vr/Capitulo
1	PRELIMINARES					
1.1	Campamento en Cinc tamaño 6.0 mt x 6.0 mt considerando todo factor	Und.	2.00	479.230,71	958.461,42	
1.2	Replanteo y Localización	M2	3.456,00	597,89	2.066.307,84	3.024.769,26
2	CIMENTACION					
2.1	Excavación manual brecha Sección 10.30*00.30 consid. Todo factor	M3	351,00	1.755,36	1.318.131,36	
2.2	Base en concreto ciclópeo sección .3x3mt 2000 psi, 40% piedra	M3	351,00	51.526,00	18.085.626,00	19.403.757,36
3	DESAGUES					
3.1	Excavación brechas considerando todo factor	M3	231,00	3.755,36	867.488,16	
3.2	Suministro e instalación de tubería gress corriente 3" anillada con mortero de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado	ML	312,00	4.075,00	1.271.400,00	
3.3	Suministro e instalación de tubería gress corriente 4" anillada con mortero 1:5, incluye relleno de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado.	ML	562,00	4.375,00	2.458.750,00	
3.4	Suministro e instalación tubería PVC-S-2" incluye accesorios PVC a todo costo y bajante para viga canal	ML	471,00	4.560,51	2.148.000,21	
3.5	Suministro e instalación accesorios gress 3"	Und.	96,00	4.175,00	400.800,00	
3.6	Suministro e instalación y accesorios gress 4"	Und.	96,00	4.475,00	429.600,00	
3.7	Construcción de caja de inspección tamaño .5x.5 mt, incluye: excavación, paredes en ladrillo tolete pañetadas con mortero simple 1:5, cañuelas y tapa en concreto reforzado fe= 2000 psi acero fy = 37000 psi de 3/8	Unid.	96,00	20.620,00	1.979.520,00	9.555.558,37
4	MAMPOSTERIA					
4.1	Construcción de muro en ladrillo hueco No. 5 (e=0.12 mt, pega en mortero 1:5)	M2	4.715,00	6.034,45	28.452.431,75	
4.2	Suministro e instalación calado tres huecos en mortero 1:5 de pega	M2	144,00	5.604,45	807.040,80	29.259.472,55

Propuesta Económica de Eduardo Gómez Rojas

Item	Descripción	UNIDAD	Cantidad	Vr/Unitario	Vr/Parcial	Vr/Capitulo
1	PRELIMINARES					
1.1	Campamento en Cinc tamaño 6.0 mt x 6.0 mt considerando todo factor	Und.	2.00	569.922	1.139.844	
1.2	Replanteo y Localización	M2	3.456.00	605	2.090.880	3.230.724
2	CIMENTACION					
2.1	Excavación manual brecha Sección 10.30*00.30 consid. Todo factor	M3	351.00	3.900	1.368.900	
2.2	Base en concreto ciclópeo sección .3x3mt 2000 psi, 40% piedra	M3	351.00	43.389	15.229.539	16.598.439
3	DESAGUES					
3.1	Excavación brechas considerando todo factor	M3	231.00	4.100	947.100	
3.2	Suministro e instalación de tubería gress corriente 3" anillada con mortero de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado	ML	312.00	3.250	1.014.000	
3.3	Suministro e instalación de tubería gress corriente 4" anillada con mortero 1:5, incluye relleno de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado.	ML	562.00	3.341	1.877.642	
3.4	Suministro e instalación tubería PVC-S-2" incluye accesorios PVC a todo costo y bajante para viga canal	ML	471.00	4.589	2.161.419	
3.5	Suministro e instalación accesorios gress 3"	Und.	96.00	4.059	389.664	
3.6	Suministro e instalación y accesorios gress 4"	Und.	96.00	4.134	396.864	
3.7	Construcción de caja de inspección tamaño .5x.5 mt, incluye: excavación, paredes en ladrillo tolete pañetadas con mortero simple 1:5, cañuelas y tapa en concreto reforzado fe= 2000 psi acero fy = 37000 psi de 3/8	Unid.	96.00	23.125	2.220.000	9.006.689
4	MAMPOSTERIA					
4.1	Construcción de muro en ladrillo hueco No. 5 (e=0.12 mt, pega en mortero 1:5)	M2	4.715.00	6.847	32283.605	
4.2	Suministro e instalación calado tres huecos en mortero 1:5 de pega	M2	144.00	9.966	1.435.104	33.718.709
5	ESTRUCTURAS					
5.1	Construcción de Viga de amarre de cimentación sección .2x.25 mt en concreto reforzado f'c=3000 psi, incluye refuerzo principal en acero f'y=37000 psi 3/8" flejes 1/2", formaleta, vaciado, desconectado y fraguado.	ML	2.381.00	10.570	25.167.170	
5.2	Construcción viga de amarre superior sección .12x.2mt en concreto reforzado f'c=3000 psi, fy 37000 psi, acero principal 3/8", flejes 1/4", incluye producción de concreto, formaleta, vaciado, desencofrado y fraguado.	ML	2.052.00	7.153	14.677.956	
5.3	Construcción de viga de amarre corona sección .1x.12 mt. en concreto reforzado fc=3000 psi, fy=37000 psi, acero de refuerzo principal 3/8", flejes 1/4", incluye producción de concreto, vaciado, desencofrado y fraguado.	ML	1.048.00	4.150	4.349.200	
5.4	Construcción de columnas sección .12x20 mt en concreto reforzado fc=3000 psi, fy=37000 psi, acero principal 3/8", flejes 1/4", incluye formaleta, vaciado, desencofrado y fraguado.	ML	1.027.00	6.336	6.507.072	
5.5	Columnas tanque .2x. 2 mt, incluye refuerzo principal 6000 psi D=1/2", flejes D=1/4", concreto de 3000 psi formaleta, vaciado desencofrado y fraguado.	ML	87.60	10.064	881.606	
5.6	Placa tanque 2.2 x1.2 mt, incluye: refuerzo principal 6000 psi D=1/2", flejes D=1/4" concreto de 3000 psi, formaletas, vaciado, desencofrado y fraguado.	Unid.	24.00	74.341	1.784.184	
5.7	Viga canal .6x.5mt sección cuadrada (0.5*6.0 ml)	Unid.	48.00	84.243	4.043.664	57.4140.852
6	CUBIERTA					
6.1	Instalación de teja combinada rendilit No. 4, 5 y, incluye instalación caballete, ganchos y amarre de alambre para aseguramiento de la estructura	M2	2.928.00	2527	7399.056	
6.2	Instalación de correas galvanizadas en perfil acceso calibre 18 Ref. 230	ML	1.738.00	852	1.480.776	8.879.832
7	PAÑETES					
7.1	Pañete fachada exterior e=0.02 mortero 1:5 impermeabilizado con SIKA 1	M2	408.00	3.082	1.257.456	
7.2	Pañete sencillo interior paredes e = 0.02 m mortero 1:5	M2	6.720.00	3.092	20.778.240	
7.3	Pañete impermeabilizado con Sika 1 para viga canal, cara interior y exterior, mortero 1:5 incluye esmaltado de cara interior.	M2	768.00	3.083	2.367.744	
7.4	Pañete impermeabilizado exterior culate e=0.02 m mortero 1:5 sika 1	M2	1.968.00	3.106	6.112.608	
7.5	Filos o tapas de vanos de puertas y ventanas mortero 1:5	ML	1.738.00	1.239	2.153.382	32.669.430
8	INSTALACIONES HIDRAULICAS					
8.1	Suministro e instalación punto hidráulico interior	Pto.	240.00	9.867	2.368.080	
8.2	Suministro e instalación tubería D= 1/2" Red interna	ML	960.00	2.952	2.833.920	
8.3	Suministro e instalación cheque D=1/2" Herbert	Und.	96.00	4.608	442.368	
8.4	Suministro e instalación ducha cronada	Und.	48.00	5.984	287.232	
8.5	Instalación tanque 500 Lts. Plástico, incluye instalación de accesorios y boya de bronce	Und.	48.00	13.292	638.016	6.569.616
9	PISOS					
9.1	Relleno en recebo compactado en capas de 0.20 mts, usando compactadora portátil	M3	1.632.00	20.781.888		
9.2	Placa de piso en concreto simple f'c=2000 PSI e=0.08 m	M2	2.064.00	9.108	18.798.912	39.580.800
10	ENCHAPES					
10.1	Instalación enchape porcelana blanca (11*11) incluye fraguado emboquillado en cemento blanco y limpieza a todo factor	M2	240.00	4.814	1.155.360	
10.2	Instalación de corpiso piso ducha blanco (20*11) incluye fraguado, emboquillado en cemento blanco y limpieza a todo factor	M2	55.20	4.211	232.447	1.387.807
11	INSTALACIONES ELECTRICAS					
11.1	Punto eléctrico interior	Pto.	336.00	9.627	3.234.672	
11.2	Suministro e instalación de los siguientes materiales a T.C.					
	-Alambre No. 8	ML	480.00	755	362.400	
	-Alambre No. 12	ML	2.592.00	250	648.000	
	-Alambre No. 14	ML	2.256.00	301	679.056	
	-Alambre No. 16 desnudo	ML	1.296.00	222	287.712	
	-Cajas 5800	Und.	384.00	310	119.040	
	-Cajas octogonales	Und.	336.00	340	114.240	
	-Cajas contador monofásico	Und.	48.00	7.101	340.848	
	-Curvas PVC 1/2"	Und.	960.00	382	366.720	
	-Curvas PVC 3/4"	Und.	144.00	566	81.504	
	-Interruptor sencillo	Und.	96.00	1.407	135.072	
	-Interruptor doble	Und.	96.00	1.481	142.176	
	-Plafón en porcelana	Und.	336.00	660	221.760	
	-Tacos de 15 Amp. Whestinghouse	Und.	96.00	4.001	384.096	
	-Totalizador de 30 Amp. Whest.	Und.	48.00	7.801	374.448	
	-Toma sencillo	Und.	96.00	1.191	114.336	
	-Toma doble	Und.	96.00	1.191	114.336	

	-Cajas de dos circuitos -Tubo PVC 1/2" -Tubo PVC 3/4" -Varilla Cooperweld -Cinta aislante	Und. Und. Und. Und. Und.	96.00 48.00 48.00 48.00 48.00	1,541 3,841 1,482 1,969 1,420 350	147,936 184,368 711,360 94,512 68,160 16,800	8,829,216
12	CARPINTERIA METALICA					
12.1	Puerta principal a todo costo (1.0*2.20 m) incluye: marco metálico, cerradura de seguridad, llaves, pasador, pintura anticorrosiva	Und.	48.00	79.500	3.816.000	
12.2	Ventana (1.40*1.20 m) a todo costo incluye marco metálico, pintura anticorrosiva	Und.	144.00	54.500	7.848.000	
12.3	Puerta reja patio (080*2 m) a todo costo incluye marco metálico, pintura anticorrosiva	Und.	48.00	50.150	2.407.200	
12.4	Puerta baño (0.65*2.20) a todo costo incluye marco, hoja metálica y pintura anticorrosiva	Und.	48.00	64.500	3.096.000	17.167.200
13	APARATOS SANITARIOS					
13.1	Instalación lavamanos línea acuario incluyendo su grifería	Und.	48.00	6.017	288.816	
13.2	Instalación sanitario línea Trevi incluyendo su grifería	Und.	48.00	6.017	288.816	
13.3	Instalación juego de incrustaciones (7 unidades a todo costo)	Und.	48.00	6.017	288.816	
13.4	Instalación lavadero prefabricado en concreto (1.0*0.50)	Und.	48.00	8.423	404.304	
13.5	Instalación lavaplatos de acero inoxidable y accesorios	Und.	48.00	7.220	346.560	
13.6	Mesón cocina (1.0*0.65) en concreto de 3000 PSI y refuerzo de 37000 PSI/3/8" en ambos sentidos y esmaltado con muros de apoyo en ladrillo hueco NO. 5 a todo costo	Und.	48.00	15.391	738.768	
13.7	Suministro e instalación rejilla con sosco en aluminio piso ducha D=3"	Und.	48.00	1.600	76.800	
13.8	Poyo ducha	ML	52.80	3.590	189.552	2.622.432
14	ACABADOS					
14.1	Suministro y aplicación de graniplast esgrafilado para fachada y viga canal	M2	720.00	7.110	5.119.200	5.119.200
15	INSTALACION GAS					
15.1	Suministro e instalación gas interior de vivienda, incluyen tubería, accesorios, mano de obra	ML	432.00	4.397	1.899.504	1.899.504
16	LIMPIEZA GENERAL					
16.1	Aseo general interior y exterior de la vivienda, incluye limpieza, patio, puertas, ventanas y aparatos sanitarios	GI.	48.00	33.486	1.607.328	1.607.328
	SUBTOTAL					246.297.778
	A.I.U. (20%)					49.259.555
	TOTAL					295.557.334

Propuesta económica del consorcio Israel Gil – Orlando Galindo.

Item	Descripción	UNIDAD	Cantidad	Vr/Unitario	Vr/Parcial	Vr/Capitulo
1	PRELIMINARES					
1.1	Campamento en Cinc tamaño 6.0 mt x 6.0 mt considerando todo factor	Und.	2.00	549.485	1.098.970	
1.2	Replanteo y Localización	M2	3.456.00	541	1.869.696	2.968.666
2	CIMENTACION					
2.1	Excavación manual brecha Sección 10.30*00.30 consid. Todo factor	M3	351.00	4.734	1.661.634	
2.2	Base en concreto ciclópeo sección .3x3mt 2000 psi, 40% piedra	M3	351.00	60.841	21.355.191	23.016.825
3	DESAGUES					
3.1	Excavación brechas considerando todo factor	M3	231.00	4.734	1.093.554	
3.2	Suministro e instalación de tubería gress corriente 3" anillada con mortero de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado	ML	312.00	2.856	891.072	
3.3	Suministro e instalación de tubería gress corriente 4" anillada con mortero 1:5, incluye relleno de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado.	ML	562.00	3.201	1.798.962	
3.4	Suministro e instalación tubería PVC-S-2" incluye accesorios PVC a todo costo y bajante para viga canal	ML	471.00	3.317	1.562.307	
3.5	Suministro e instalación accesorios gress 3"	Und.	96.00	4.060	389.760	
3.6	Suministro e instalación y accesorios gress 4"	Und.	96.00	4.620	443.520	
3.7	Construcción de caja de inspección tamaño .5x.5 mt, incluye: excavación, paredes en ladrillo tolete pañetadas con mortero simple 1:5, cañuelas y tapa en concreto reforzado fe= 2000 psi acero fy = 37000 psi de 3/8	Unid.	96.00	31.760	3.048.960	9.228.135
4	MAMPOSTERIA					
4.1	Construcción de muro en ladrillo hueco No. 5 (e=0.12 mt, pega en mortero 1:5)	M2	4.715.00	6.650	31.354.750	
4.2	Suministro e instalación calado tres huecos en mortero 1:5 de pega	M2	144.00	10.304	1.483.776	32.838.526
5	ESTRUCTURAS					
5.1	Construcción de Viga de amarre de cimentación sección .2x.25 mt en concreto reforzado f'c=3000 psi, incluye refuerzo principal en acero f'y=37000 psi 3/8 " flejes 1/4", formaleta, vaciado, desconectado y fraguado.	ML	2.381.00	10.328	24.590.968	
5.2	Construcción viga de amarre superior sección .12x.2mt en concreto reforzado f'c=3000 psi, fy=37000 psi, acero principal 3/8", flejes 1/4", incluye producción de concreto, formaleta, vaciado, desencofrado y fraguado.	ML	2.052.00	5.270	10.814.040	
5.3	Construcción de viga de amarre corona sección .1x.12 mt, en concreto reforzado fc=3000 psi, fy=37000 psi, acero de refuerzo principal 3/8", flejes 1/4", incluye producción de concreto, vaciado, desencofrado y fraguado.	ML	1.048.00	2.713	2.843.224	
5.4	Construcción de columnas sección .12x20 mt en concreto reforzado fc=3000 psi, fy=37000 psi, acero principal 3/8", flejes 1/4", incluye formaleta, vaciado, desencofrado y fraguado.	ML	1.027.00	5.782	5.938.114	
5.5	Columnas tanque .2x. 2 mt, incluye refuerzo principal 6000 psi D=1/2", flejes D=1/4", concreto de 3000 psi formaleta, vaciado desencofrado y fraguado.	ML	87.60	9.386	822.213.6	
5.6	Placa tanque 2.2 x 1.2 mt, incluye: refuerzo principal 60000 psi D=1/2", flejes D=1/4" concreto de 3000 psi, formaletas, vaciado, desencofrado y fraguado.	Unid.	24.00	65.770	1.578.480	
5.7	Viga canal .6x.5mt sección cuadrada (0.5*6.0 m)	Unid.	48.00	110.248	5.291.904	51.878.943.16
6	CUBIERTA					
6.1	Instalación de teja combinada rendilit No. 4, 5 y, incluye instalación caballete, ganchos y amarre de alambre para aseguramiento de la estructura	M2	2.928.00	1.863	5.454.864	
6.2	Instalación de correas galvanizadas en perfil acceso calibre 18 Ref. 230	ML	1.738.00	908	1.578.104	7.032.968
7	PANETES					
7.1	Pañete fachada exterior e=0.02 mortero 1:5 impermeabilizado con SIKA 1	M2	408.00	3.022	1.232.976	
7.2	Pañete sencillo interior paredes e = 0.02 m mortero 1:5	M2	6.720.00	2.497	16.779.840	
7.3	Pañete impermeabilizado con Sika 1 para viga canal, cara interior y exterior, mortero 1:5 incluye esmaltado de cara interior.	M2	768.00	3.891	2.988.288	
7.4	Pañete impermeabilizado exterior culate e=0.02 m mortero 1:5 sika 1	M2	1.968.00	6.448	12.689.664	
7.5	Filos o tapas de vanos de puertas y ventanas mortero 1:5	ML	1.738.00	589	1.023.682	34.714.450
8.	INSTALACIONES HIDRAULICAS					
8.1	Suministro e instalación punto hidráulico interior	Pto.	240.00	7.540	1.809.600	
8.2	Suministro e instalación tubería D= 1/2" Red interna	ML	960.00	1.253	1.202.880	
8.3	Suministro e instalación cheque D=1/2" Herbert	Und.	96.00	7.283	699.168	
8.4	Suministro e instalación ducha cronada	Und.	48.00	7.964	468.672	
8.5	Instalación tanque 500 Lts. Plástico, incluye instalación de accesorios y boya de	Und.	48.00	9.574	459.552	4.639.872

	bronce					
9.	PISOS					
9.1	Relleno en recebo compactado en capas de 0.20 mts, usando compactadora portátil	M3	1.632.00	14.369	23.450.208	
9.2	Placa de piso en concreto simple f'c=2000 PSI e=0.08 m	M2	2.064.00	7.499	15.477.936	38.928.144
10	ENCHAPES					
10.1	Instalación enchape porcelana blanca (11*11) incluye fraguado emboquillado en cemento blanco y limpieza a todo factor	M2	240.00	5.148	1.253.520	
10.2	Instalación de corpiso piso ducha blanco (20*11) incluye fraguado, emboquillado en cemento blanco y limpieza a todo factor	M2	55.20	4.312	238.022.4	1.473.542
11.	INSTALACIONES ELECTRICAS					
11.1	Punto eléctrico interior	Pto.	336.00	8.581	2.883.216	
11.2	Suministro e instalación de los siguientes materiales a T.C.					
	-Alambre No. 8	ML	480.00	871	418.080	
	-Alambre No. 12	ML	2.592.00	523	1.355.616	
	-Alambre No. 14	ML	2.256.00	417	940.752	
	-Alambre No. 16 desnudo	ML	1.296.00	405	524.880	
	-Cajas 5800	Und.	384.00	575	220.800	
	-Cajas octagonales	Und.	336.00	594	199.584	
	-Cajas contador monofásico	Und.	48.00	7.758	372.384	
	-Curvas PVC 1/2"	Und.	960.00	710	681.600	
	-Curvas PVC 3/4"	Und.	144.00	910	131.040	
	-Interruptor sencillo	Und.	96.00	1.346	129.216	
	-Interruptor doble	Und.	96.00	1.601	153.696	
	-Plafón en porcelana	Und.	336.00	629	211.344	
	-Tacos de 15 Amp. Whestinghouse	Und.	96.00	3.786	363.456	
	-Totalizador de 30 Amp. Whest.	Und.	48.00	9.384	450.432	
	-Toma sencillo	Und.	96.00	1.225	117.600	
	-Toma doble	Und.	96.00	1.387	133.152	
	-Cajas de dos circuitos	Und.	48.00	10.955	525.848	
	-Tubo PVC 1/2"	Und.	48.00	1.930	926.400	
	-Tubo PVC 3/4"	Und.	48.00	2.189	105.072	
	-Varilla Cooperweld	Und.	48.00	29.214	1.402.272	
	-Cinta aislante	Und.	48.00	244.12	11.718	12.258.150
12	CARPINTERIA METALICA					
12.1	Puerta principal a todo costo (1.0*2.20 m) incluye: marco metálico, cerradura de seguridad, llaves, pasador, pintura anticorrosiva	Und.	48.00	86.418	4.148.064	
12.2	Ventana (1.40*1.20 m) a todo costo incluye marco metálico, pintura anticorrosiva	Und.	144.00	46.510	6.697.440	
12.3	Puerta reja patio (080*2 m) a todo costo incluye marco metálico, pintura anticorrosiva	Und.	48.00	43.510	2.088.480	
12.4	Puerta baño (0.65*2.20) a todo costo incluye marco, hoja metálica y pintura anticorrosiva	Und.	48.00	41.413	1.987.824	14.021.808
13	APARATOS SANITARIOS					
13.1	Instalación lavamanos línea acuario incluyendo su grifería	Und.	48.00	7.437	356.976	
13.2	Instalación sanitario línea Trevi incluyendo su grifería	Und.	48.00	7.437	356.976	
13.3	Instalación juego de incrustaciones (7 unidades a todo costo)	Und.	48.00	9.169	440.112	
13.4	Instalación lavadero prefabricado en concreto (1.0*0.50)	Und.	48.00	13.794	662.112	
13.5	Instalación lavaplatos de acero inoxidable y accesorios	Und.	48.00	8.606	413.088	
13.6	Mesón cocina (1.0*0.65) en concreto de 3000 PSI y refuerzo de 37000 PSI/8" en ambos sentidos y esmaltado con muros de apoyo en ladrillo hueco NO. 5 a todo costo	Und.	48.00	25.119	1.205.712	
13.7	Suministro e instalación rejilla con sosco en aluminio piso ducha D=3"	Und.	48.00	3.207	153.936	
13.8	Poyo ducha	ML	52.80	10.129	534.811,22	4.123.723,2
14	ACABADOS					
14.1	Suministro y aplicación de graniplast esgrafilado para fachada y viga canal	M2	720.00	3.697	2.661.840	2.661.840
15	INSTALACION GAS					
15.1	Suministro e instalación gas interior de vivienda, incluyen tubería, accesorios, mano de obra	ML	432.00	4.524	1.954.368	1.954.368
16	LIMPIEZA GENERAL					
16.1	Aseo general interior y exterior de la vivienda, incluye limpieza, patio, puertas, ventanas y aparatos sanitarios	GI.	48.00	29.263	1.404.624	
	SUBTOTAL					244.044.579,20
	A.I.U. (20%)					48.808.915,84
	TOTAL					292.853.495

Propuesta económica del consorcio Jesús Antonio Narváez Aviles – José Luis Mora Candela.

Ítem	Descripción	UNIDAD	Cantidad	Vr/Unitario	Vr/Parcial	Vr/Capitulo
1	PRELIMINARES					
1.1	Campamento en Cinc tamaño 6.0 mt x 6.0 mt considerando todo factor	Und.	2.00	677.892,31	1.355.784,62	
1.2	Replanteo y Localización	M2	3.456,00	478	1.651.966	3.007.752,62
2	CIMENTACION					
2.1	Excavación manual brecha Sección 10.30*00.30 consid. Todo factor	M3	351.00	2.835	995.085	
2.2	Base en concreto ciclópeo sección .3x3mt 2000 psi, 40% piedra	M3	351.00	60.617,97	21.276.907,47	22.271.992,47
3	DESAGUES					
3.1	Excavación brechas considerando todo factor	M3	231.00	2.835	654.885	
3.2	Suministro e instalación de tubería gress corriente 3" anillada con mortero de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado	ML	312.00	3.853,16	1.202.185,92	
3.3	Suministro e instalación de tubería gress corriente 4" anillada con mortero 1:5, incluye relleno de brecha con material seleccionado de la misma excavación compactado.	ML	562.00	4.018,68	2.258.498,16	
3.4	Suministro e instalación tubería PVC-S-2" incluye accesorios PVC a todo costo y bajante para viga canal	ML	471.00	4.494,50	2.116.909,50	
3.5	Suministro e instalación accesorios gress 3"	Und.	96.00	3.581,16	343.791,36	
3.6	Suministro e instalación y accesorios gress 4"	Und.	96.00	3.743,68	359.393,28	
3.7	Construcción de caja de inspección tamaño .5x.5 mt, incluye: excavación, paredes en ladrillo tolete pañetadas con mortero simple 1:5, cañuelas y tapa	Unid.	96.00	34.163,62	3.279.707,52	10.215.370,74

SUBTOTAL					244.044.583,88
A.I.U. (20%)					48.808.916,79
TOTAL					292.853.501

Factor precio:

Con respecto al presupuesto oficial (PO):

Los rangos de puntaje establecidos en el pliego de condiciones en el criterio que guarda relación con el presupuesto oficial fueron los siguientes

- Las propuestas cuyos valores corregidos arrojaran un monto menor al 80% del PO = \$246'612.956.00, serían calificadas con 0 PUNTOS.
- Las propuestas cuyos valores corregidos se ubicaran entre el 95% del PO= \$292'852.885.20 y el 80% del PO=\$246'612.956.00, se calificarían entre 0 a 15 puntos utilizando una relación lineal en donde se otorgaría 15 puntos a las propuestas que equivalieran al 95% del PO y 0 puntos a las propuestas que equivalieran al 80% del PO.
- Las propuestas cuyos valores corregidos estuvieran entre el 95% del PO= \$292'852.885.20 y el 102% del PO=\$314'431.518.90, se calificarían entre 0 a 15 puntos utilizando una relación lineal en donde se otorgaría 15 puntos a las propuestas que equivalieran al 95% del PO y 0 puntos a las propuestas que equivalieran al 102% del PO. (Este fue el rango en que se ubicaron las cuatro propuestas presentadas dentro de la Licitación No. 004-96).
- Las propuestas cuyos valores corregidos arrojará un monto mayor al 102% del PO = \$314'431.518.90, serían calificadas con 0 PUNTOS.

Gráfico de relación lineal para otorgar puntaje según criterio del presupuesto oficial:

CRITERIO PO	PUNTAJE
0,80	0,00
0,81	1,00
0,82	2,00
0,83	3,00
0,84	4,00
0,85	5,00
0,86	6,00
0,87	7,00

0,88	8,00
0,89	9,00
0,90	10,00
0,91	11,00
0,92	12,00
0,93	13,00
0,94	14,00
0,95	15,00
0,96	14,40
0,97	13,80
0,98	13,20
0,99	12,60
1,00	12,00
1,01	11,40
1,02	10,80
1,03	10,20
1,04	9,60
1,05	9,00
1,06	8,40
1,07	7,80
1,08	7,20
1,09	6,60
1,10	6,00
1,11	5,40
1,12	4,80
1,13	4,20
1,15	3,00
1,16	2,40
1,17	1,80
1,18	1,20
1,19	0,60
1,20	0,0

Con respecto a la media geométrica.

Los rangos de puntaje establecidos en el pliego de condiciones en el criterio que guarda relación con la media geométrica –MG- cuyo valor fue de \$296'417.333,304, fueron los siguientes:

- Las propuestas cuyos valores corregidos arrojaran un monto menor al 80% de la media geométrica, $MG = \$237'136.866,64$, serían calificadas con 0 PUNTOS.
- Las propuestas cuyos valores corregidos estuvieran entre el 98% de la $MG = \$290'488.986'63$ y el 101% de la $MG = \$299'381.506,63$, se calificarían con 40 PUNTOS. (Este fue el rango en que se ubicaron las cuatro propuestas presentadas dentro de la Licitación No. 004-96).
- Las propuestas cuyos valores corregidos correspondieren a un rango entre el 98% de la $MG = 290'488.986'63$ y el 80% de la $MG = \$237'136.866,64$, se calificarían entre 0 a 40 puntos, utilizando una relación lineal en donde

se otorgaría 40 puntos a las propuestas que equivalieran al 98% de la MG y 0 puntos a las propuestas que equivalieran al 80% de la MG.

- Las propuestas cuyos valores corregidos arrojaran un monto mayor al 115% de la MG = \$340'879.933,29, serían calificadas con 0 PUNTOS.

PROPUESTA	VALOR	Puntaje en relación con el presupuesto oficial, aplicada la relación lineal	% del PO	Puntaje en relación con la media geométrica – Valor media geométrica (296'417.333,3041), aplicada la relación lineal	% de la Media Geométrica	PUNTAJE TOTAL
Consortio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade	\$292'852.884	15	0,95%	40	0,99	55
Consortio José Luis Mora – Jesús Antonio Narváez	\$292'853.501	15	0,95%	40	0,99	55
Consortio Israel Gil – Orlando Galindo	292'853.495	15	0,95%	40	0,99	55
Eduardo Gómez Rojas	295.557.334	14,4	0,96%	40	1,00	54,5

4.3.2. Experiencia.

De conformidad con el numeral 6.4.2 del adendo No. 001, la asignación de la experiencia debidamente acreditada y certificada debía realizarse con base en los siguientes criterios:

“Para los proponentes que hayan ejecutado la construcción de unidades de vivienda unifamiliares y/o multifamiliares (no se acepta certificado de residencias, ni de dirección de obra), por contratos terminados en ejecución, se asignará entre quince (15) y veinticinco (25) puntos, así:

15 puntos cuando el valor presente de las obras ejecutadas sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del presupuesto oficial.

20 puntos cuando el valor presente de las obras ejecutadas esté entre el cincuenta por ciento (50%) y en el cien por ciento (100%) del presupuesto oficial.

25 puntos cuando el valor presente de las obras ejecutadas sea superior al presupuesto oficial.

A los proponentes que no acrediten experiencia certificada en la ejecución de construcción de unidades de vivienda unifamiliares y/o multifamiliares por contratos terminados o en ejecución, se le asignará CERO (0) PUNTOS.

Para efectos del cálculo de este factor se tomará el valor presente hallado con la siguiente fórmula:

$$VP = VI (1+i)^n$$

VP = Valor presente.

VI = Valor ejecutado de las obras.

$i = 2\%$

n = Número de meses contados desde la fecha de terminación del contrato, o en contratos vigentes desde la fecha de la última facturación, hasta la fecha de cierre de la licitación.

EMVINEIVA se reserva el derecho de verificar la exactitud de la información suministrada por los proponentes: en caso de inexactitud comprobada, la propuesta será rechazada.

“En el caso de consorcio o uniones temporales, se evaluará la experiencia de cada uno de los miembros que los conforman y se sumarán los resultados, obteniéndose como máximo el mayor puntaje: 25 PUNTOS.”

Experiencia acreditada del proponente Eduardo Gómez Rojas.

Tipo de obra	Valor	Fecha de terminación	n	Valor al cierre de la licitación	PUNTAJE TOTAL
Construcción de 4 viviendas en las manzanas 4 A de la urbanización Villa Amarilla – contrato de obra No. 022-95	19'141.034	12 de abril de 1996	1 mes	19'523.854,68	
Construcción de 7 unidades mínimas de vivienda en la Urbanización Vicente Araujo – Contrato de Obra NO. 032-93	19'135109,90	30 de mayo de 1994	24 meses	30'777.623,53	
Construcción de 38 vivienda en la Urbanización Ipanema – primera Etapa	\$47'500.000.00	22 de septiembre de 1987	104 meses	372'487.302,40	
Valor total				\$422'788.780,61	25 PUNTOS

Experiencia acreditada del consorcio Israel Gil Dussan – Orlando Galindo García.

Tipo de obra	Valor	Fecha de terminación	n	Valor al cierre de la licitación	PUNTAJE TOTAL
--------------	-------	----------------------	---	----------------------------------	---------------

Ingeniero Orlando García – Construcción de 12 apartamentos y 12 garajes del bloque E de la Cra. 89-145-36 de Bogotá	\$200'000.000	Marzo de 1992	50 meses	\$538'317.605,80	
Ingeniero Israel Gil Dussan- Construcción de 75 viviendas unifamiliares en la Urbanización los Parques II Etapa	\$65'000.000	Marzo de 1985	134 meses	\$923'286.260.00	
Valor total				\$1.461'603.865,8	25 PUNTOS

Experiencia acreditada del Consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade.

Tipo de obra	Valor	Fecha de terminación	n	Valor al cierre de la licitación	PUNTAJE TOTAL
Ingeniero José Mauricio Andrade – Construcción de dos casas de habitación ubicadas en la carrera 34 B No. 19-38 y 19-42 en la Urbanización los Buganviles de Neiva	\$25'000.000	13 de diciembre de 1990	65	\$90'563.077,7	
Ingeniero José Mauricio Monje construcción del Edificio “María Cristina” para vivienda ubicado en la calle 5ª No. 15-11 de la ciudad de Neiva	\$180'000.000	13 de enero de 1995	16	\$247'101.426,92	
Ingeniero Ivan Javier Puentes – Construcción a todo costo del penth-house del Edificio Trujillo ubicado en la calle 7ª No. 5-68	\$85'000.000	15 de mayo de 1995	12	\$107'800.552,54	
Ingeniero Iván Javier Puentes – construcción de 4 viviendas en las manzanas 5 A de la Urbanización Villa Amarilla – Contrato de Obra No. 0185 de 1995	\$21'686.081,04	Marzo 18 de 1996	2	\$22'562.198,71	
Valor total				\$468'027.256	25 PUNTOS

Experiencia acreditada del consorcio José Antonio Narváez – José Luis Mora Candela⁴⁰.

Tipo de obra	Valor	Fecha de terminación	n	Valor al cierre de la licitación	PUNTAJE TOTAL
Construcción de 50 unidades de vivienda en la urbanización Conarvar	\$473'750.000	Noviembre de 1993	31	\$875'295.201,48	
Construcción de 123 viviendas en la Urbanización Colmenar I	\$1.497'574.400	Diciembre de 1994	17	\$2.096'965.703,20	
Valor total					25 PUNTOS

4.3.3. Capacidad Financiera.

⁴⁰ La Sala respetará la evaluación y el puntaje del factor de experiencia otorgado por la entidad a la propuesta del consorcio José Antonio Narváez – José Luis Mora, no sin antes precisar que aun cuando la entidad otorgó el correspondiente puntaje a este factor llama la atención de la Sala que la certificación aportada para acreditar la experiencia de este consorcio presenta una particularidad consistente en que el consorcio está conformado por dos ingenieros que concurren al acuerdo consorcial en calidad de personas naturales. Sin embargo la certificación de experiencia que aportan fue expedida por el representante legal de una sociedad llamada CONARVAR Ltda., de la cual uno de los ingenieros consorciados, José Narváez, es socio y tiene una participación del 50% y en la certificación en mención se hacen constar las obras ejecutadas por dicha sociedad. No obstante en el pliego de condiciones no se introdujo regla alguna dirigida a establecer la forma de acreditación de la experiencia de los miembros de los consorcios y uniones temporales con respecto a las sociedades de las cuales ellos fueran parte, por lo tanto resulta dudoso que el 100% de la experiencia certificada sobre las obras que ejecutó dicha sociedad se hiciera extensiva a cada uno de los socios que la integran, a pesar de que uno de ellos concurre al procedimiento de licitación en nombre propio y no en representación de la respectiva sociedad.

El pliego de condiciones en su numeral 6.4.3 previó la forma para evaluar la capacidad financiera de los proponentes en los siguientes términos:

“6.4.3 CAPACIDAD FINANCIERA

“la capacidad financiera de los proponentes se analizará conforme a las técnicas evaluativas de las ciencias contables y financieras aceptadas. Se tomará como base el informe financiero suministrado por los proponentes conforme al numeral 2.3.12 de este pliego. La asignación del puntaje se hará teniendo en cuenta los siguientes índices.

a) *Razón de Liquidez (L) en donde:*

$$L = \frac{\text{ACTIVOS CORRIENTES}}{\text{PASIVOS CORRIENTES}}$$

El puntaje máximo asignado será de 7 puntos, que se distribuirán de acuerdo con el resultado así:

*L inferior a 1:1 0 Puntos
L Entre 1:1 y 2:1 3 Puntos
L igual o superior a 2:1 7 Puntos*

b) *Razón del endeudamiento (RE), en donde:*

$$RE = \frac{\text{PASIVO TOTAL}}{\text{ACTIVO TOTAL}}$$

El puntaje máximo asignado será de 7 puntos que se distribuirán de acuerdo con el resultado, así:

*RE inferior a 1:1 7 Puntos
RE Entre 1:1 y 2:1 3 Puntos
RE igual o superior a 2:1 0 Puntos*

c) *Relación de solidez (RS), en donde:*

$$RS = \frac{\text{ACTIVO TOTAL}}{\text{PASIVO TOTAL}}$$

El puntaje máximo asignado será de 6 puntos que se distribuirán de acuerdo con el resultado, así:

*RS inferior a 1:1 0 Puntos
RS Entre 1:1 y 2:1 3 Puntos
RS igual o superior a 2:1 6 Puntos.”*

A su turno, el numeral 2.1.12 del pliego de condiciones dispuso que el informe financiero debería estar compuesto por el balance general de la situación

económica a 30 de abril de 1996, con sus respectivos soportes firmado por contador público y adjuntando copia de la tarjeta profesional y certificado vigente de antecedentes disciplinarios. Así mismo estableció que en el caso de consorcios y uniones temporales se debía presentar un balance general unificado cumpliendo los demás requisitos.

En primer lugar ha de advertir la Sala que el factor de capacidad financiera en relación con los consorcios Israel Gil - Orlando García y José Narváez – José Luis Mora, tuvo las siguientes particularidades:

En el informe de evaluación financiera preliminar, el comité evaluador realizó unas observaciones frente a las propuestas de los consorcios mencionados: *“las pruebas aportadas en la aclaración difieren las cifras de los activos y pasivos corrientes, sin embargo validan los índices.”*

Posteriormente en el informe final de evaluación, al resolver las observaciones formuladas por el consorcio demandante, la entidad consideró que existían discrepancias entre las cifras del balance inicialmente presentadas por los consorcios Israel Gil - Orlando García y José Narváez – José Luis Mora, aclaraciones aportadas por los mencionados oferentes sobre el particular. Con sustento en lo anterior EMVINEVA se abstuvo de otorgar puntaje alguno al ítem de capacidad financiera del consorcio Israel Gil - Orlando García.

En relación con el caso del consorcio José Narváez – José Luis Mora, recuerda la Sala que en el mismo informe final de evaluación al que se hace mención la entidad decidió descalificarlo por haber introducido modificaciones al análisis de precios unitarios, causal de descalificación que, como se indicó en acápite anterior, adolecía de nulidad, razón por la cual la propuesta de este consorcio al igual que la del demandante, debía someterse al respectivo proceso de evaluación. No obstante, es de concluir que por cuenta de las discrepancias halladas por la entidad en su balance financiero, aun el en caso de que no hubiese sido descalificado, al igual que ocurrió con la oferta del consorcio Israel Gil Gil – Orlando García no debía recibir puntaje en el ítem de capacidad financiera, tal y como lo anunció el Comité en el documento que se examina.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los dos consorcios aludidos no fueron parte del presente proceso judicial y en tal virtud no controvertieron las

conclusiones que arrojó el informe final de evaluación en lo que hace a su calificación del factor capacidad financiera y además que en el plenario no reposa el sustento probatorio suficiente para determinar si en relación con esas dos propuestas, en efecto, existieron discrepancias entre los balances financieros por cuanto no obran en el expediente las referidas aclaraciones, la Sala acogerá las conclusiones que sobre dicho factor adoptó el informe final de evaluación en lo que concierne a los consorcios Israel Gil - Orlando García y José Narváez – José Luis Mora, para efectos de no asignarles puntaje.

Ahora bien, previo a abordar el análisis atinente a la capacidad financiera del adjudicatario y del consorcio demandante, la Sala precisa conveniente referirse a la necesidad y viabilidad legal de que la entidad estatal contratante exigiera en los pliegos de condiciones los estados financieros de los oferentes, con sus respectivos soportes y las razones de su justificación.

De conformidad con los dictados de la Ley 80 de 1993, estatuto contractual que gobernó el procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala, esta Corporación ha estimado admisible la exigencia por parte de la entidad estatal precontratante de que los proponentes acompañen sus ofertas con los correspondientes estados financieros *debidamente certificados*, requisito que además de ajustarse a los postulados legales que regulan la profesión del Contador Público⁴¹, a las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia⁴² y las disposiciones legales que regulan la elaboración y presentación de estados financieros⁴³, constituye un requisito razonable para los fines de la contratación estatal en la medida en que se dirige a verificar la solidez financiera y económica del futuro colaborador de la Administración como su capacidad de respuesta para la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual.

En reciente pronunciamiento⁴⁴ esta Subsección abordó el tema relativo a la observancia de las Normas de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Colombia, relacionados con la presentación de los estados financieros y su aplicación a los procedimientos de selección adelantados por entidades estatales,

⁴¹ Ley 43 de 1990.

⁴² Decreto 2649 de 1993.

⁴³ Ley 222 de 1995 y Ley 1314 de 2009.

⁴⁴ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, actor: Consorcio FAB, demandado: Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea.

particular acerca del cual realizó algunas puntualizaciones que resultan de especial relevancia para el caso que se examina:

“En efecto, la exigencia de estados financieros certificados con la firma del representante legal, del contador público -y la del Revisor Fiscal en su caso-, constituye un requisito idóneo para acreditar debidamente las condiciones financieras del proponente en aquellos casos en los cuales la entidad estatal contratante decide exigir la presentación de estados financieros para los efectos de la contratación pública⁴⁵, por las siguientes razones: i) La delegación para otorgar fe pública contable acerca de los aspectos definidos en la ley en relación con los estados financieros radica en cabeza del Contador Público de acuerdo con la Ley 43 de 1990⁴⁶ y ii) El Decreto 2649 de 1993⁴⁷, estableció un contenido específico para la certificación de los estados financieros, aspecto que se consagró a nivel legal acompañado de una presunción de autenticidad, de acuerdo con la Ley 222 de 1995⁴⁸, en cuanto dispuso que “La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los mismos [estados financieros] conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”, así como también la Ley consagró un valor probatorio a los estados financieros certificados, así: “Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos.”⁴⁹

⁴⁵ Actualmente los requisitos se acreditan ante el Registro Único de Proponentes (R.U.P.) para las modalidades contractuales que así lo requieren de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y, por su parte, se ha expedido el Decreto 1510 de 2013, que contiene una disposición reglamentaria acerca de los requisitos de la inscripción en el citado registro, incluyendo la presentación de información contable y de estados financieros auditados, según se trate de personas naturales o jurídicas, la cual no es materia de análisis en este caso concreto.

⁴⁶ “Artículo 1o. Del Contador Público. Se entiende por Contador Público la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente Ley, está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre estados financieros, y realizar las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general. La relación de dependencia laboral inhabilita al Contador para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador. Esta inhabilidad no se aplica a los revisores fiscales, ni a los Contadores Públicos que presten sus servicios a sociedades que no estén obligadas, por la ley o por estatutos, a tener Revisor Fiscal.”

“Artículo 10. De la fe pública. La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.

Parágrafo. Los Contadores Públicos, cuando otorguen fe pública en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil que hubiere lugar conforme a las leyes.” (La subraya no es del texto).

“Artículo 13. Además de lo exigido por las leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

(...)

e) Para certificar y dictaminar sobre los balances generales y otros estados financieros y atestar documentos contables que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones públicas, abiertas por instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior al equivalente a dos mil salarios mínimos.”

⁴⁷ Decreto 2649 de 1993, **ARTICULO 33. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS Y DICTAMINADOS.** Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el Revisor Fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros.

Son estados financieros dictaminados aquellos acompañados por la opinión profesional del contador público que los hubiere examinado con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas

⁴⁸ Aplicable actualmente por extensión a otros entes económicos que no tuvieran norma específica, de conformidad con los dictados de la Ley 1314 de 2009.

⁴⁹ Ley 222 de 1995

En su oportunidad esta Subsección puntualizó lo siguiente:

“De acuerdo con la normativa antes citada cabe preguntar cuál es el estatus de los estados financieros que no se encuentran certificados, frente a los cual ha de decirse que tales estados financieros no estarían cobijados por la fe pública acerca de la conformidad de los saldos con los libros de contabilidad y de la fidelidad de su contenido, vale decir constituyen una información financiera de la cual no se conoce si es fidedigna o no.”⁵⁰

En similar sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha puesto de presente que los estados financieros carecen de valor probatorio cuanto no se encuentren certificados, así:

“(…) tanto el contador público como el representante legal deben certificar los estados financieros. Por tanto, si el representante legal omite la firma de los estados financieros, no se está frente a un estado financiero certificado, y un estado financiero que no esté certificado no tiene valor probatorio, puesto que no cumple con los requisitos legales mínimos para que goce de la presunción de autenticidad que le confiere el artículo 39 de la Ley 222 de 1995 (…)⁵¹

Trayendo las anteriores consideraciones al caso concreto, la Sala recuerda que en

“ARTICULO 37. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS. El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.

ARTICULO 38. ESTADOS FINANCIEROS DICTAMINADOS. Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del Revisor Fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

Estos estados deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión "ver la opinión adjunta" u otra similar. El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente,

ARTICULO 39. AUTENTICIDAD DE LOS ESTADOS FINANCIEROS Y DE LOS DICTAMENES. Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos.”

Ley 1314 de 2009

“ARTÍCULO 15. APLICACIÓN EXTENSIVA. Cuando al aplicar el régimen legal propio de una persona jurídica no comerciante se advierta que él no contempla normas en materia de contabilidad, estados financieros, control interno, administradores, rendición de cuentas, informes a los máximos órganos sociales, revisoría fiscal, auditoría, o cuando como consecuencia de una normatividad incompleta se adviertan vacíos legales en dicho régimen, se aplicarán en forma supletiva las disposiciones para las sociedades comerciales previstas en el Código de Comercio y en las demás normas que modifican y adicionan a este.”

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de julio de 2013, radicación: 25 000 23 26 000 2000 02482 01 acumulado 25 000 23 26 000 2000 02757 01. expediente: 28.041, acumulado 28.598, actor: Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (28.041). Consorcio Seguridad Atempi Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda. (28.598), demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia de 28 de febrero de 2013, radicación: 410012331000200501488-01 número interno: 18197, asunto: acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Inversiones Vargas Perdomo y Cía. S. en C., demandado: UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

el numeral 2.3.12 de pliego de condiciones en estudio, la entidad contratante EMVINEIVA exigió la presentación del balance general de la situación económica del contratista con cierre al 30 de abril de 1996, con sus respectivos soportes, el cual debía estar suscrito por contador público. Del tenor literal de la cláusula en mención se evidencia en que quedó redactada la cláusula en mención se evidencia que no se hizo alusión a la exigencia de presentar los estados financieros debidamente certificados. No obstante, ocurre que dicha cláusula estaba llamada a interpretarse en armonía con aquella contenida en el numeral 6.4.3 del reglamento contractual, de conformidad con la cual la capacidad financiera de los proponentes se analizaría según las técnicas evaluativas de las normas contables y financieras aceptadas.

Así pues, de las dos cláusulas en comentario se deduce que los proponentes debían acreditar su capacidad financiera con sujeción a las reglas contables que regulaban la materia, dentro de las cuales se encontraba la obligatoriedad de presentar los estados financieros debidamente certificados por el contador público, según lo reguló la el Decreto 2649 de 1993 y la Ley 222 de 1995, en tanto aquellos que no lo estuvieran no cumplirían la función de dar fe de la correspondencia existente entre la información consignada en el balance y la contenida en la fuente de donde se extrajo, por manera que no gozarían de presunción de autenticidad y, en consecuencia, no pasaría de ser un documento suscrito por el proponente y el contador sin ninguna vocación probatoria que satisficiera los fines perseguidos con dicha exigencia.

Con base en la línea de pensamiento que acaba de transcribirse, procede la Sala a revisar los documentos presentados por los proponentes Eduardo Rojas Gómez y el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade, con el fin de establecer si los mismos atendieron las normas previstas en el pliego de condiciones en relación con la observancia de las técnicas contables para acreditar en debida forma su capacidad financiera.

Capacidad financiera del proponente Eduardo Rojas Gómez y del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje.

La Sala evidencia, en primer lugar, que el balance financiero presentado por el proponente Eduardo Gómez Rojas, si bien se encuentra firmado por el contador público y por el oferente, lo cierto es que no reúne las exigencias de las normas contables principalmente del artículo 37 de la Ley 222 de 1995 que regula la

presentación de los estados financieros certificados a las que se hizo alusión anteriormente, en cuanto no contiene la manifestación por parte de quien lo suscribe dirigida a declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en dichos estados financieros conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros o de los documentos contables que las soportan.

Así mismo la Sala observa que al igual que lo que aconteció en el caso del proponente Eduardo Galindo Rojas, el consorcio demandante también inobservó las previsiones legales que exigían la presentación de sus estados financieros debidamente certificados, pues aun cuando los miembros del referido consorcio realizaron un balance general unificado suscrito por un contador público, en dicho documento no se plasmó la manifestación del profesional de las ciencias contables encaminada a declarar que los datos e información contenidos en el respectivo informe financiero fue fielmente extraída de los documentos contables que las sustentaban.

En ese orden de ideas, resulta claro que tanto la propuesta del señor Eduardo Gómez Rojas, como la del consorcio demandante no cumplieron con la exigencia del pliego de condiciones en cuanto no presentaron los estados financieros debidamente certificados, tal como lo requerían las normas contables.

De otro lado, recuerda la Sala que tanto el pliego de condiciones como la normativa contable en referencia exigían la presentación de los respectivos soportes⁵² del balance presentado ante la entidad, no obstante lo cual la propuesta del ingeniero Eduardo Galindo Rojas no se acompañó de documento alguno que soportara la información depositada tanto en el balance como en el listado de detalle.

En cuanto a la propuesta del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, la Sala nota que aun cuando a la misma se adjuntaron varios

⁵² El artículo 123 del Decreto 2649 de 1993 reguló el aspecto a los soportes en los siguientes términos: . SOPORTES. Teniendo en cuenta los requisitos legales que sean aplicables según el tipo de acto de que se trate, los hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren.

Los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejando constancia en estos de tal circunstancia, conservarse archivados en orden cronológico y de tal manera que sea posible su verificación.

Los soportes pueden conservarse en el idioma en el cual se hayan otorgado, así como ser utilizados para registrar las operaciones en los libros auxiliares o de detalle.

soportes al referido balance, ha de advertirse que del cotejo de dichos documentos, que a la postre se encuentran incompletos, con la información registrada en el informe financiero presentado no se extrae una total coincidencia.

Con todo, si bien la Sala no desconoce que la presentación de los estados financieros certificados y los respectivos soportes al balance financiero corresponde a una exigencia incorporada en el pliego de condiciones, respecto de la cual ni el adjudicatario ni el consorcio demandante se sujetaron a cabalidad, se impone preguntar entonces si la inobservancia de dicho requisito constituye una circunstancia que de manera eficiente impida la comparación objetiva de las propuestas, único evento en que de conformidad con el Estatuto de Contratación podrían rechazarse los respectivos ofrecimientos.

En orden a resolver el anterior interrogante, en primer lugar encuentra la Sala que la información consignada en los balances financieros de las dos propuestas que se analizan, contienen datos completos que se ajustan a los parámetros exigidos en el pliego de condiciones para realizar la respectiva calificación de dicho factor. Es así como se incluyeron los valores de los pasivos corrientes, activos corrientes, pasivo total y activo total, de lo cual resulta viable realizar la operación aritmética con el fin de establecer la correspondiente puntuación en razón de la liquidez, en razón del endeudamiento y en relación con la solidez financiera.

Además no puede perderse de vista la presunción de buena fe⁵³ que ampara todas las actuaciones de los particulares, lo cual naturalmente incluye tanto los actos desplegados como la presentación de documentos durante la etapa precontractual, presunción que respecto de los oferentes Eduardo Galindo Rojas y del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, no se encuentra desvirtuada.

Con lo advertido, la Sala no pretende desconocer la máxima legal de que el pliego de condiciones constituye la Ley del procedimiento de licitación y, por tanto, las

⁵³ De conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes estas.”

Ver sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de agosto de 2007, Exp: 15469. “En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de 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.

“Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe.”

reglas claras y justas allí previstas, en cuanto sean válidas y consulten las normas y principios que gobiernan la actividad contractual, resultan de obligatorio cumplimiento y vinculan tanto a la entidad como a los proponentes. Sin embargo, se reitera que de conformidad con la misma Ley 80, sólo la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que efectiva y realmente sean necesarios para la comparación de propuestas, podrán servir de título suficiente para la exclusión de los ofrecimientos, lo cual impone la obligatoriedad de someter las ofertas en estudio al correspondiente procedimiento de evaluación.

Con apoyo en las argumentaciones que anteceden procede la Sala a evaluar el factor de capacidad financiera en relación con las propuestas presentadas por el ingeniero Eduardo Gómez Rojas y por el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade, de conformidad con los parámetros del pliego de condiciones:

Propuesta de Eduardo Gómez Rojas:

Razón de liquidez	<u>Activos corrientes (\$43'813.023)</u> Pasivos corrientes (\$16'000.000)	2,925	7 puntos
Razón del endeudamiento	<u>Pasivo total (\$39'200.000)</u> Activo total (\$97'833.023)	0,400	7 puntos
En relación con la solidez	<u>Activo total (\$97'833.023)</u> Pasivo total (\$39'200.000)	2,495	6 puntos
Puntaje Total de la capacidad financiera			20 puntos

Propuesta del consorcio consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade:

Razón de liquidez	<u>Activos corrientes (\$21'488.771)</u> Pasivos corrientes (\$7'924.800)	2,711	7 puntos
Razón del endeudamiento	<u>Pasivo total (\$35'324.800)</u> Activo total (\$194'528.771)	0,181	7 puntos
En relación con la solidez	<u>Activo total (\$194'528.771)</u> Pasivo total (\$35'324.800)	5,506	6 puntos
Puntaje Total de la capacidad financiera			20 puntos

Resultados de la Evaluación de propuestas presentadas dentro de la Licitación N. 004-96

ORDEN DE ELIGIBILIDAD	PROPONENTE	PRECIO	EXPERIENCIA	CAPACIDAD FINANCIERA	PUNTAJE
1	Consortio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje	55	25	20	100

2	Eduardo Gómez Rojas	54,5	25	20	99,5
3	Consorcio Israel Gil – Orlando Galindo	55	25		80
3	Consorcio Jesús Antonio Narváez Aviles – José Luis Mora Candela	55	25		80

Del anterior cuadro comparativo de resultados se desprende con claridad meridiana que la propuesta que habría de ocupar el primer lugar en el caso de haber continuado en el procedimiento de selección No. 004 de 1996 habría sido la del consorcio demandante.

Todo cuanto acontece, en congruencia con los cargos de violación formulados en la demanda, basta a la Sala para concluir que el acto acusado contenido en la Resolución No. 350 del 25 de julio de 1996 infringió las normas superiores en que debió fundarse en la medida en que desconoció el principio de selección objetiva recogido en el Estatuto de Contratación Estatal, lo cual se concretó en el hecho de no haber adjudicado objetivamente el contrato de obra a la propuesta que de conformidad con las reglas previstas en el pliego de condiciones le resultaban más favorable a la entidad estatal contratante, sino a aquella que habría de ocupar el segundo orden de elegibilidad.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de la Resolución No. 350 del 25 de julio de 1996 por medio de la cual la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana adjudicó la Licitación No. 004-96 al señor Eduardo Gómez Rojas, por cuanto con dicha decisión la entidad infringió el señalado principio que rige la actividad contractual del Estado.

4.4. De la nulidad absoluta del contrato de obra No. 023/96, resultante de la Licitación No. 004-96.

La Sala precisa la necesidad de advertir que la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 044-96, a su turno trae consigo la consecencial declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado entre EMVINEIVA y Eduardo Gómez Rojas, producto de dicho procedimiento de selección.

En relación con este aspecto la Sala observa que en el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las Entidades Estatales, el

cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar, en la contratación estatal, la normativa que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos, puesto que, bueno es reiterarlo, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para señalar que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación a este cuerpo normativo de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos, cuando en su artículo 44 inciso primero expresamente señala que *“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común ...”*.

Hecha la anterior aclaración destaca la Sala que el contrato de obra pública No. 044-96 se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 4o. del artículo 44 de la Ley 80 anteriormente referido, a cuyo tenor los contratos del Estado serán absolutamente nulos cuando *“Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.”*

Así pues, comoquiera que el acto de adjudicación de la Licitación No. 044-96, con base en todo explicado a lo largo de este fallo, será declarado nulo, también deberá serlo el contrato de obra pública que encuentra su génesis en dicho acto unilateral de la Administración, en cuanto al desaparecer del mundo jurídico la decisión que le sirvió de soporte, el vínculo contractual no cuenta con sustento válido alguno.

Ahora bien, tal y como lo expresó esta Sala⁵⁴, aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, dicha circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades – deberes que al respecto que le han sido otorgadas e impuestos por la ley.

⁵⁴ En idéntico sentido al aquí expuesto puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324; en idéntica dirección puede consultarse el salvamento de voto presentado por el Consejero ponente del presente proveído, respecto de la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052).

A propósito del objetivo acerca del control de legalidad de los contratos estatales, esta Corporación ha considerado:

“Y en este punto debe tenerse en cuenta cuál es la finalidad del control de legalidad de los contratos estatales -y en general de cualquier contrato- a través de las causales de nulidad de los mismos, puesto que es claro que dicha finalidad no es la salvaguarda de los intereses de quienes participaron en los procesos de selección que los precedieron, sino que la nulidad del contrato constituye una sanción que el ordenamiento jurídico contempla para aquellos eventos en los cuales el mismo ha sido celebrado con desconocimiento y vulneración de normas que imponen ciertas condiciones y requisitos para el nacimiento del negocio jurídico y en cuyo cumplimiento está involucrado el interés público o general, previendo como consecuencia de tal declaratoria que las cosas vuelven al estado en que se encontraban ab-initio, con las consecuentes restituciones entre las partes a que haya lugar, según el caso.”⁵⁵

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que *“la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio...”*; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, dispuso que *“El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.”*

Igualmente el artículo 1742 del Código Civil ordena: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;...”*.

En relación con la potestad-deber del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que puede y debe ejercerla al dictar el fallo *“en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso”⁵⁶.*

⁵⁵ Sección Tercera del Consejo de Estado, 4 de febrero de 2010, expediente: 16540, actor: Sociedad Saiz y Cia Ltda., demandado: Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS.

⁵⁶ Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias de 7 de octubre de 1999, Exp. 12387, de 1º de agosto de 2002, Exp. 21.041 y de 6 de julio de 2005, Exp. 12249.

Con sujeción a estos lineamientos y teniendo en cuenta que se encuentra plenamente demostrado que el Contrato de obra pública No. 023/96 se encuentra viciado de nulidad absoluta, por las razones ampliamente expuestas en apartados precedentes respecto de la nulidad del acto de adjudicación en que se sustentó su celebración, la Sala procederá a efectuar la correspondiente declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del Contrato.

Ahora bien, en cuanto atañe a las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

“La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., cuyo texto es el siguiente:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁷ ha ilustrado respecto de las restituciones mutuas, surgidas como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del contrato, en el siguiente sentido:

“(…) la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y

⁵⁷ Nota original de la sentencia citada: Sentencia S 009 proferida por la Sala de Casación Civil el 26 marzo de 1999.

1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.).”

Pero no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas acarrea, como consecuencia para las partes que intervienen en la relación contractual, la obligación de la restitución mutua de lo recibido por ellas, sencillamente porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, tema sobre el cual se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera⁵⁸ en los siguientes términos:

“Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; **pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)**” (El resaltado no es del texto)

(...)

Así pues, aunque el contrato 206 de 1993 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas por cuanto resulta materialmente imposible que se pueda retrotraer el contrato al punto tal que el contratista pueda deshacer los servicios públicos prestados o las construcciones realizadas en el bien objeto del contrato, para que, a su vez, la entidad estatal devolviera los valores recibidos a manera de cánones de arrendamiento.

Por lo anteriormente expuesto, forzoso es concluir que en el presente caso no proceden las restituciones mutuas entre las partes de la relación contractual” (subrayas fuera del texto original)⁵⁹.

⁵⁸ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de febrero de 2006, Expediente 13414 (R-7186), M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009; Radicación: 250002326000199501052-01 (15.004).

En consecuencia, siguiendo exactamente el mismo derrotero argumentativo al que se acaba de hacer alusión en punto de la imposibilidad de volver las cosas al estado en el cual se hallaban antes de haberse celebrado el contrato declarado nulo cuando éste corresponde a un negocio jurídico de tracto sucesivo, como lo es el contrato de obra celebrado y terminado hace ya más de 16 años, según se ha explicitado en el presente pronunciamiento, la Sala se abstendrá de disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna entre los contratantes.

4.5. Del restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta que se encuentra plenamente demostrado que la propuesta del consorcio demandante debió ser la adjudicataria de la Licitación No. 004-96, tras corroborarse que la misma, de no haber sido indebidamente eliminada, habría ocupado el primer orden de elegibilidad, tal circunstancia abre paso al restablecimiento del derecho deprecado, el cual, en congruencia con lo pretendido en la demanda se materializará en el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por cuenta de la no adjudicación del contrato de obra para la construcción de 48 unidades mínimas de vivienda de interés social en la ciudad de Neiva.

Con tal propósito, se acudirá a la estructuración económica de la oferta presentada por el consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade con el fin de establecer el porcentaje correspondiente a la utilidad esperada de la ejecución del referido contrato.

Ha de advertirse que la Sala no acogerá las conclusiones que sobre el particular arrojó el dictamen pericial practicado dentro del debate probatorio de la primera instancia, por cuanto en el mismo se calculó el monto del perjuicio a reconocer al demandante con base en la totalidad del porcentaje del A.I.U., correspondiente al 22% del valor del contrato, cuando lo que procede es el reconocimiento del porcentaje de la utilidad esperada, como de manera reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación.⁶⁰

⁶⁰ Sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 16 de agosto de 2012, expediente: 19.216, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. *“El daño antijurídico en este tipo de eventos se concreta cuando, a pesar de haber presentado la mejor, la más favorable y la más conveniente de las ofertas para los intereses de la entidad pública, se priva al oferente del derecho a ser adjudicatario del proceso de selección. Ese daño es generador de perjuicios que deben ser indemnizados y que consisten, fundamentalmente, en la pérdida de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato”.*

“(…).

Revisado la discriminación de los costos indirectos de la propuesta, evidencia la Sala que el A.I.U., de la misma se calculó en un 22% del valor total del contrato, en donde el 12% correspondería a los gastos de Administración, el 5% a los Imprevistos y el 5% a la Utilidad esperada.

En consecuencia, habrá de calcularse el 5% del valor de la propuesta presentada por el consorcio demandante (\$292'852.885,24) y una vez obtenido el resultado se actualizará a la fecha de la presente sentencia, tomando como fecha inicial aquella en que presuntamente se habría de terminar el plazo contractual.

Sobre la suma histórica obtenida sin actualizar, se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6%) anual, conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C.

$$U = \$292'852.885,24 \times 5\% = \$14'642.644,26$$

Teniendo en cuenta que en el acto de adjudicación del 25 de julio de 1996 se dispuso que el contrato habría de suscribirse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a esa fecha y su plazo de ejecución sería de 120 días calendario, esto es 4 meses, se tiene que su fecha de finalización probable correspondería al mes de noviembre de 1996, por lo cual esa será la fecha para calcular el índice de precios inicial.

El valor histórico es de \$14'642.644,26

$$\begin{array}{l} \text{Va} = \$14'642.644,26 \quad \text{I. Final} \quad (\text{enero/2014}) \\ \quad \quad \quad \quad \quad \quad \quad \quad \text{I. Inicial} \quad (\text{noviembre/1996}) \end{array}$$

$$\text{Va} = \$ 14'642.644,26 \times \frac{114,54}{72,96}$$

$$\text{Va} = \$23'200.559,87$$

Ahora, sobre el capital histórico se liquidará un interés técnico del 6% anual, conforme se explica:

2.- La indemnización corresponderá al cien por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir Seguridad Dincolvip Ltda. con la ejecución del contrato. El monto de la utilidad que se reconozca no podrá exceder, en ningún caso, lo que haya establecido en la oferta presentada dentro de la licitación pública nacional FFDS-SSG-02-94, ni incluir suma alguna por concepto de administración ni de imprevistos."

I = capital histórico x período de tiempo x tasa de interés

$$I = \$14'642.644,26 \times 17,25^{61} \times 0.06$$

$$I = \$15'155.136,80$$

Valor total de los perjuicios a reconocer a la parte actora

Capital actualizado \$23'200.559,87

Interés legal \$15'155.136,80

Total **\$38'355.696,67**

De otro lado, la Sala se abstendrá de reconocer los perjuicios deprecados por concepto de daño moral y detrimento al good will del consorcio demandante, derivados de la no adjudicación de la Licitación No. 004-96, en cuanto los mismos no fueron materia de demostración.

4.5. De la entidad condenada.

La Sala estima necesario poner de presente que aun cuando la entidad estatal que profirió el acto de adjudicación demandado, celebró el contrato de obra producto del mismo y por contera contra ella se dirigieron las pretensiones de la presente demanda, esto es la Empresa de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana EMVINEIVA, lo cierto es que al plenario fueron aportados documentos por parte del Municipio de Neiva en los cuales se evidencia que la entidad demandada EMVINEIVA, mediante Decreto 0469 del 30 de diciembre de 1999, fue sometida a proceso de disolución y liquidación y en desarrollo del mismo se encargó al Jefe de la Oficina Jurídica de dicho Municipio como su liquidador y representante legal; también se observa que mediante Acta No. 12 de Junta Liquidadora de fecha 28 de diciembre de 2007 se estableció que los recursos para el pago de obligaciones litigiosas fueron transferidos al Municipio de Neiva para ser administrados a través del Fondo de Reserva para el Pago de la Obligaciones Contingentes de EMVINEIVA en Liquidación, fondo que debía ser creado por el referido ente territorial; de igual manera se advierte que en el Acta de Protocolización de

⁶¹ Cifra en años y fracción de año.

Liquidación Final de EMVINEIVA del 15 de marzo de 2008, se dispuso (fl. 457 del cuaderno principal):

“El Municipio de Neiva, mediante oficio de fecha 7 de febrero de 2008, comunica al Liquidador de EMVINEIVA EN LIQUIDACION que analizado el tema del manejo de los recursos destinados por la liquidación para el pago de las obligaciones contingentes, considera que “...vencido el término otorgado para su liquidación los activos representados en lotes ejidales y demás inmuebles deben pasar inmediatamente al Municipio, en cabeza del Departamento de Planeación y los muebles archivos y equipos de oficina a la Secretaria General. La Dirección de Tesorería Municipal de hará cargo de la cartera pendiente.

“En cuanto a las obligaciones contingentes pendientes de decisiones judiciales, el Municipio continuará a través de sus apoderados defendiendo sus intereses patrimoniales y llegado el caso, impreciso en tiempo y aproximado en la cuantía, asumirlas de resultar en contra las condenas. Al respecto ha de tenerse en cuenta que los activos resultantes de la liquidación superan con creces el monto de las obligaciones contingentes habida cuenta de que el pasivo cierto se encuentra cancelando en su totalidad.”

Con sujeción a los documentos a los que se ha hecho mención, propio resulta para la Sala concluir que los pronunciamientos que en este fallo han de emitir en punto a la condena que ha de proferirse, recaerán sobre el Municipio de Neiva por cuanto corresponde a dicho ente territorial asumir el pago de las obligaciones litigiosas en las que fue parte la extinta EMVINEIVA.

Con base en las consideraciones expuestas la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la nulidad parcial de la cláusula No. 6.1 del pliego de condiciones de la Licitación No. 004 de 1996 y la modificación que a la misma introdujo el adendo No. 001 de 1996 en lo que concierne exclusivamente a la causal de descalificación de las propuestas; se declarará la nulidad del acto de adjudicación vertido en la Resolución No. 350 del 25 de julio de 1996 por medio de la cual EMVINEIVA adjudicó la Licitación No. 004-96 al proponente Eduardo Rojas Gómez y se declarará la nulidad absoluta del Contrato de Obra Pública No. 023/96 celebrado entre EMVINEIVA y Eduardo Gómez Rojas resultante de la Licitación No. 004-96; en consecuencia se condenará al Municipio de Neiva a pagar al consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade la suma de a título de restablecimiento del derecho, la suma de \$38'355.696,67 y negará las demás pretensiones de la demanda.

5. Otras consideraciones.

Teniendo en cuenta que en cumplimiento de la providencia dictada el 21 de octubre de 2013 por el Despacho del Magistrado Ponente, la entidad demandada presentó los documentos mediante los cuales se acreditó el proceso de liquidación de EMVINEIVA, entidad cuyos bienes, derechos y acreencias se encuentran actualmente en cabeza del Municipio de Neiva, procede la Sala a reconocer al doctor ANGEL ANCIZAR MEDINA PEÑA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, como representante judicial de dicho ente territorial según poder especial otorgado por el señor Alcalde y de conformidad con el Decreto No. 1291 de 2013 mediante el cual el Gobierno Municipal realizó una delegación de funciones en dicho funcionario, documentos que igualmente reposan en el expediente.

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.

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 el 6 de diciembre de 2002 por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Cuarta de Decisión, de conformidad con las razones que anteceden y en su lugar se dispone:

“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la cláusula No. 6.1 del Pliego de Condiciones de la Licitación No. 004 de 1996 relativa a la causal de descalificación de las propuestas y la modificación que a la misma introdujo

el adendo No. 001 de 1996, por las razones que quedaron expuestas.

“SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 350 del 25 de julio de 1996 por medio de la cual EMVINEIVA adjudicó la Licitación No. 004-96 al proponente Eduardo Rojas Gómez, con sujeción a la motivación expuesta en precedencia.

“TERCERO: Declarar la nulidad absoluta del Contrato No. 023/96 celebrado entre EMVINEIVA y Eduardo Gómez Rojas, resultante de la Licitación No. 004-96, de conformidad con las consideraciones esbozadas.

“CUARTO: Condenar al MUNICIPIO DE NEIVA a pagar al consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, a título de restablecimiento del derecho, la suma de **TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE (\$38'355.696,67).**

“QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

“SEXTO: Reconocer al doctor ANGEL ANCIZAR MEDINA PEÑA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica como representante judicial del municipio de Neiva, ente territorial que asumió los bienes derechos y obligaciones de la EMPRESA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE NEIVA, de conformidad con los documentos aportados a folios 443 a 478 del cuaderno principal.”

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- 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

