

**CONTRATACION ESTATAL - Pliego de condiciones. Reglas de desempate /
PLIEGO DE CONDICIONES - Exigencia legal. Debe contener reglas de
desempate**

Frente a la exigencia de que los pliegos de condiciones contengan reglas de desempate, en orden a que se cumpla el principio de selección objetiva, (...) la Corte Constitucional, al analizar el contenido del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, que incorpora un criterio de desempate obligatorio en todos los procesos de selección, concluyó que se trata de “una disposición legal de obligatorio cumplimiento, por lo cual no existe ningún motivo jurídicamente válido para no aplicar la mencionada norma sea en este proceso o en cualquier otro. Siendo consecuentes con lo anterior, es un incumplimiento de un deber jurídico no darle aplicación a la mencionada disposición. Así mismo, el contenido de la norma es una acción afirmativa que busca igualar las oportunidades de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, hecho que impone la obligación al Estado de ser especialmente acucioso en el cumplimiento de la misma”. (...) Como se observa, existen criterios de desempate que se incorporan por Ley al contenido mínimo de las reglas del proceso de selección y que son de obligatoria observancia por parte de las entidades públicas. En el sub lite, el plenario no da cuenta del cumplimiento de este tipo de criterios, al punto que el acto de adjudicación ni siquiera los menciona, aun cuando la Ley 361 de 1997 estaba vigente para la fecha en que se inició el proceso de selección en estudio. (...) siendo así, no puede desconocerse que la ineficacia en estos actos administrativos que fundan el futuro contrato, debe impactar en este último, toda vez que, en sintonía con lo que recientemente ha sostenido la Sala, es imposible seleccionar a un contratista en esas condiciones, pues esta será ajena al principio de selección objetiva y, por ende, se está en presencia de la causal de nulidad absoluta de la relación contractual así perfeccionada, contenida en el artículo 6 del Código Civil —incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80—, consistente en la vulneración de normas de orden público u objeto ilícito, siendo que se inobservó el contenido del literal b) del numeral 5 del artículo 24 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, se revocará la sentencia de primera instancia y se declarará la nulidad absoluta del contrato, atendiendo a que todos los extremos, incluida la adjudicataria del mismo, fueron vinculados.

FUENTE FORMAL: LEY 361 DE 1997 - ARTICULO 24 NUMERAL A / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 NUMERAL 5 LITERAL B / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 6

COSTAS - No condena

No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la consejera STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO y salvamento de voto del consejero DANILO ROJAS BETANCOURTH. A la fecha no se cuenta con el medio magnético ni con los físicos de la citada aclaración y salvamento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIO B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

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

Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00784-01(27453)

Actor: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE CASACARA COOTASCA¹

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 20 de mayo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual resolvió negar las pretensiones (fl. 605, c. ppal 2).

SÍNTESIS DEL CASO

El 7 de enero de 1999, el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- abrió la contratación directa para la conservación y mantenimiento de varios sectores de la carretera Cruce-La Paz-Tomarrazón, ruta 45, en una longitud de 54 kilómetros, PR 50+000 al PR 104+0000, ubicada en el departamento del Cesar, por un plazo de doce meses. En el sector La Jagua-Casacará (PR 41+0000 al PR 81+0000), se presentó, entre otras, la Cooperativa de Trabajo Asociado de Casacará “COOTASCA”, quien advierte (i) irregularidades en la oportunidad para presentar propuestas e (ii) incorrecta evaluación de la experiencia de la propuesta ganadora, en su perjuicio, al punto de impedir ser adjudicataria.

¹ El *a quo* ordenó notificar la demanda a la Cooperativa de Trabajadores Asociados de Construcción, Mantenimiento y Conservación de Vías Casacará COOMTRAMVICA (fls. 173 y 174, c. ppal), quien notificada personalmente a través de su representante legal, el señor Víctor Cobo Peralta (fl. 181, c. ppal), no contestó la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 16 de septiembre de 1999, la Cooperativa de Trabajo Asociado de Casacará "COOTASCA", en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS- (fls. 152 a 169, c. ppal).

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 153 a 161, c. ppal):

1.1.1.1. El 7 de enero de 1999, el Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- abrió la contratación directa para la conservación y mantenimiento de varios sectores de la carretera Cruce-La Paz-Tomarrazón, ruta 45, en una longitud de 54 kilómetros, PR 50+0000 al PR 104+0000, ubicada en el departamento del Cesar, por un plazo de doce meses.

1.1.1.2. La fecha de cierre se fijó para el 22 de enero siguiente hasta las 10:00 de mañana en las instalaciones de la Subdirección de Conservación del INVÍAS, oficina 301, CAN, Bogotá y en las demás Direcciones Regionales del mencionado Instituto; con todo, ese día se presentaron propuestas por fuera de término.

1.1.1.3. Para el sector La Jagua-Casacará (PR 41+0000 al PR 81+0000) presentaron propuestas ante la Dirección Regional del Cesar, entre otras, la actora y la Cooperativa de Trabajadores Asociados de Construcción, Mantenimiento y Conservación de Vías de Casacará COOTRAMVICA, las cuales empataron en el puntaje final, como las dos mejores propuestas.

1.1.1.4. El 17 de febrero de 1999, la actora se enteró que su propuesta fue descartada, razón por la cual solicitó copia de la propuesta ganadora, esto es, COOTRAMVICA y alegó que (i) los certificados de experiencia eran apócrifos, en tanto (ii) se allegaron los mismos documentos para acreditar la experiencia general y la específica; (iii) según la certificación del ingeniero civil Enot Antonio Argote Rodríguez la cooperativa ganadora realizó, por un período de cuatro meses y medio, trabajos de parcheo, transporte y colocación de mezcla asfáltica en la carretera San Roque-Becerril-Valledupar, cuando lo cierto es que el contrato tuvo una duración de tres meses y sólo dos socios de la proponente en mención contrataron esas labores pero de manera independiente y, en todo caso, (iv) las demás certificaciones no cumplen los requerimientos del formato 4 de los términos de referencia, sumado a que otros documentos desmienten lo que en ellas se consigna; (v) por último, tampoco reportó sus estados financieros al DANSOCIAL.

1.1.1.5. El 16 de abril siguiente, la actora advirtió de esas irregularidades a la demandada, quien manifestó que el contrato ya estaba suscrito, sin que además se conozcan los parámetros de desempate.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 152 y 153, c. ppal):

PRIMERA: Declárase la nulidad absoluta del contrato número DRC-021 de 1999, para la conservación rutinaria y mantenimiento vial de la carretera LA JAGUA-CASACARÁ sector 4901 (PR 41+0000) al (PR 81+0000), celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la Cooperativa de Trabajadores Asociados de Construcción, Mantenimiento y Conservación de Vías de Casacará.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al Instituto Nacional de Vías, a pagar a favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Casacará "COOTASCA", o a quién represente sus derechos, los perjuicios causados, traducidos en la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M.L., equivalente al salario que devengarían los diez asociados de dicha Cooperativa en los doce meses de duración del contrato, dejados de percibir al no haberse

suscrito con los demandantes el contrato demandado, o de los perjuicios que se acrediten dentro del proceso.

TERCERA: Que las cantidades reconocidas como perjuicios se actualicen en su cuantía en consideración a la pérdida del poder de compra del peso Colombiano al momento de la expedición del proveído definitivo, a fin de que se compensen los efectos de esa pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Nacional de Estadística –DANE-.

CUARTA: Que por concepto de lucro cesante, se condene al Instituto Nacional de Vías, al pago de intereses comerciales sobre el valor histórico del daño emergente, actualizado para el período entre la época en que debió efectuarse los pagos y la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

QUINTA: La entidad demandada, queda obligada a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A. y reconocerá los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

1.1.3. Concepto de la violación

La actora fundamentó la solicitud de nulidad del contrato en cuestión (fls. 161 a 163, c. ppal), además de las situaciones fácticas descritas en el acápite de la síntesis de los hechos de esta providencia, en la violación del numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en tanto dispone que todos los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, excepto los de trámite, deberán motivarse en forma detallada y precisa, exigencia que contrasta con la adjudicación cuestionada.

Asimismo, se eludió el proceso de selección, en contravía de lo dispuesto en el numeral 8 de la misma disposición, siendo que la propuesta de la actora resultaba la mejor, en atención a que la ganadora no acreditó los requisitos exigidos en los términos de referencia, con anuencia de los funcionarios públicos y el contratista elegido.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El INVÍAS (fls. 229 a 239, c. ppal) aclaró que la invitación para la contratación directa cuestionada fue pública y que se observaron todas las exigencias legales. Afirmó que las certificaciones allegadas se valoraron bajo la presunción de buena fe y para cuando la actora advirtió las irregularidades que en el *sub lite* se ponen de presente, el contrato respectivo ya estaba suscrito.

Advirtió que en la regional del INVÍAS se efectuó una preevaluación, pero que la calificación definitiva se dio por parte de la Subdirección de Conservación, ubicada en Bogotá.

1.3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, el INVÍAS (fls. 537 y 538, c. ppal 2) reiteró los argumentos de sus intervenciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 20 de mayo de 2003 (fls. 599 a 606, c. ppal 2), el *a quo*, para negar las pretensiones de la demanda, sostuvo:

Ahora, como la demandante en este proceso pretende la nulidad del contrato estatal y la indemnización de perjuicios, estima la Sala que para que esta última pretensión tenga prosperidad, debió solicitarse la nulidad del acto de adjudicación.

Al quedar vigente el acto de adjudicación, continúa produciendo sus efectos jurídicos. Además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras (...).

Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación sino ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extra petita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia de fondo, que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora (...).

Es este el alcance que tiene el artículo 44-4 de la Ley 80 de 1993, cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal, el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del

licitante vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato sino que se anula también el acto de adjudicación, que en última instancia, es el que ha causado el perjuicio.

El anterior criterio fue expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 4 de septiembre de 1997, expediente 10.065, Consejero Ponente Dr. RICARDO HOYOS DUQUE.

Luego, como en el caso bajo estudio no se configura la nulidad del contrato por la causal alegada y como no se pidió la nulidad del acto de adjudicación del contrato, lo procedente es negar las súplicas de la demanda (fls. 604 y 605, c. ppal 3).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora interpone recurso de apelación (fls. 241 a 249, c. ppal 2). Pone de presente (i) la adecuada escogencia de la acción, en tanto el artículo 32 de la Ley 446 de 1997, que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, permite demandar los actos previos a la celebración del contrato a través de la acción contractual, para lo cual, entre otros, podrá invocarse como motivo de nulidad la ilegalidad del acto de adjudicación, como se hizo, sin que en parte alguna se exija demandarlo expresamente, como lo impuso el *a quo*; (ii) insistió en los vicios de la adjudicación, porque no fue motivado expresamente y debido a que se avalaron unas certificaciones contrarias a la realidad y a las exigencias de los términos de referencia.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

4.1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

Como dentro de la controversia está una entidad pública y estatal², el INVÍAS³, es de conocimiento de esta jurisdicción, siendo esta Corporación

² Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: “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 (...)”.

la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁴.

De otro lado, en relación con la acción procedente, debe advertirse de entrada que en el presente proceso de selección por contratación directa los términos de referencia fijaron como una de las etapas, además de la recepción y evaluación de las propuestas, la de adjudicación del contrato, la cual se haría a la propuesta que obtuviera el mayor puntaje en los criterios de evaluación de experiencia y cumplimiento (fl. 328, c. 2, copia simple). Por esa razón, el 22 de abril de 1999, a través del documento DRC-000601, el INVÍAS, al responder el derecho de petición formulado por la actora dos días antes (fl. 103, c. ppal), manifestó:

En lo que respecta al acto administrativo mediante el cual se adjudicó el contrato a la Cooperativa de Trabajo Cootramvica, les manifiesto que se tiene como tal el memorando No. SVC-03376 de fecha 12 de febrero de 1999, anexo copia, por medio la cual la Subdirección de Conservación adjudicó los sectores a los grupos cooperativos (fl. 104, c. ppal).

Dentro de esa respuesta, se remitió a la actora, además de la copia del contrato DRC-21 del 5 de abril de 1999, derivado de la adjudicación arriba advertida (fls. 110 a 115, c. ppal, copia auténtica), el memorando SVC-03376 del 12 de febrero del mismo año, en donde el Subdirector de Conservación le comunicó al Director Regional del Cesar del INVÍAS:

Con toda atención comunico a usted que evaluadas las propuestas para la contratación directa de grupos cooperativos para el mantenimiento

³ El artículo 52 del Decreto 2171 de 1992 dispuso: “*REESTRUCTURACIÓN DEL FONDO VIAL NACIONAL COMO EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS.- Reestructúrese el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte*”.

⁴ El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, asignó el conocimiento en primera instancia a los tribunales administrativos de los procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, entre otros. Debe interpretarse que cuando la norma refiere a las categorías allí referidas, después de la reforma introducida por la Ley 80 de 1993, tan sólo remite a la única categoría contractual denominada contratos estatales. En ese orden, como los perjuicios por lucro cesante se calcularon en \$36.000.000, es claro que para el año 1999, cuando se presentó la demanda (fl. 169, c. ppal), la controversia de tenía un valor superior a \$18.850.000, razón por la cual tenía vocación de doble instancia.

rutinario de la red a cargo de esa regional y la red de expansión, fueron seleccionados los relacionados en el cuadro adjunto (en el cuadro adjunto se observa que el sector La Jagua-Casacará –PR81 fue adjudicado a COOTRAMVICA, así mismo se observa el cuadro de resumen de la evaluación de las propuestas, en el cual se tiene que el puntaje de la propuesta de COOTASCA y la adjudicataria fue el mismo, 75 puntos (fls. 118 y 119, c. ppal, copia auténtica y simple)).

Una vez constatado lo anterior solicito a usted suscribir los contratos respectivos con base en la minuta modelo que se envió en el disquete con los términos de referencia (fl. 117, c. ppal).

De lo expuesto se tiene que (i) existió un acto administrativo de adjudicación; (ii) que esa decisión se produjo el 12 de febrero de 1999 y (iii) que el contrato respectivo se suscribió el 5 de abril siguiente, (iv) al tiempo que huelga advertir que la demanda fue presentada el 16 de septiembre de la misma anualidad (fl. 169, c. ppal), fecha para la cual la actora ya estaba enterada de que no resultó favorecida con la adjudicación, toda vez que en la demanda se advierte que ello ocurrió el 17 de febrero de 1999 (fl. 156, c. ppal). Ahora, vale aclarar que sólo hasta el 19 de abril siguiente solicitó copia de esa decisión, la que le fue suministrada a través del memorando DRC-000601 del 22 de abril de 1999 (fls. 104 y 105, c. ppal), documento que fue relacionado como uno de los anexos de la demanda (fl. 164 y 165, c. ppal, anexo 15); además, desde el 7 de abril de ese mismo año se enteró de la suscripción del contrato, cuando la entidad demandada le respondió un derecho de petición, en el cual solicitaba abstenerse de suscribir el acuerdo (fls. 39 y 40, c. ppal).

Frente a esos supuestos, la norma vigente para la época, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que subrogó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en su parte pertinente, dispuso:

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

De lo anterior se tiene que la vía procesal idónea resultaba ser la acción contractual, que fue la intentada en el *sub lite*, por cuanto para el 16 de septiembre de 1999 (fl. 169, c. ppal), cuando se presentó la demanda, habían transcurrido más de los treinta días desde el conocimiento del acto de adjudicación, esto es, desde el 17 de febrero de 1999 como lo refirió en la demanda, de lo que se seguía la imposibilidad de intentar la acción de nulidad y restablecimiento, pero abría la oportunidad para intentar la acción contractual, pero sin restablecimiento económico dentro de la demanda, habida cuenta de la consumación del término de caducidad del contencioso de anulación subjetivo. Al respecto, la Sección, al fijar el alcance del artículo 87 citado, precisó⁵:

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante (se subraya y destaca).

En suma, la acción contractual intentada se limitará al estudio de la nulidad absoluta del contrato pero sin lugar a restablecimiento económico, en tanto esta última resulta a todas luces extemporánea.

De otra parte, precisa ocuparse del hecho de que no se haya pedido expresamente la nulidad del acto de adjudicación. En tal sentido, debe señalarse que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo citado⁶, advierte que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos sólo podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. En ese orden, la norma parte de un hipotético de invocación de la ilegalidad, en este caso del acto administrativo de adjudicación. A su vez, el artículo 44, numeral 4 de la Ley 80 de 1993⁷, señala que la nulidad absoluta del contrato se dará cuando se declaren nulos los actos administrativos que lo fundamenten.

Esas normas permiten concluir *ab initio* que resultaría necesaria la solicitud expresa de nulidad de los actos previos, so pena de que el juez no pueda

⁶ “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

⁷ “De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) // 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

pronunciarse más allá de lo pedido en la demanda. En esa vía, la Sección, en la providencia citada, explicó⁸:

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante (se destaca y subraya).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Subsección C al sostener⁹:

Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.

Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.”

⁸ Sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, exp. 19.880, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.

Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.

Incluso, en esa oportunidad tampoco se privilegió el hecho de que en la demanda se adujera la ilegalidad del acto de adjudicación, así¹⁰:

También se rememora y se advierte que la demandante si bien es cierto que pidió la nulidad absoluta del referido contrato, alegando que el acto de adjudicación es ilegal, no es menos cierto que no pretendió la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y por ésta razón el a quo decidió negar las pretensiones de la demanda argumentando que como según aquella el perjuicio se deriva del acto previo y no del contrato, ha debido demandarse el acto de adjudicación pues, mientras no se declare la nulidad de este, se presume su legalidad y por ende no puede dar lugar a indemnización alguna.

Pues bien, en términos generales las razones del Tribunal se ajustan a los precedentes que atrás se reseñaron y por consiguiente resulta acertada su decisión de negar el petitum puesto que, se insiste, cuando se pretenda la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en que los actos previos son ilegales, es ineludible pedir también la nulidad de estos.

No obstante, precisa advertir que la doctrina nacional, además de aceptar que las pretensiones de nulidad de los actos previos y de la nulidad absoluta del contrato pueden acumularse, ha indicado que no es necesario demandar expresamente lo primero. En efecto, en tal sentido precisa:

En las controversias que giren en torno a los actos previos dictados en la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato no será necesario demandar éste, aunque nada se opone [a] que la pretensión anulatoria

¹⁰ *Ibíd.*

de aquellos se acumule con la de nulidad absoluta de dicho contrato (parágrafo art. 77, ley 80); como también se estima viable la acumulación de la pretensión anulatoria del acto de adjudicación con la de nulidad del contrato, aunque formalmente parezca indebida, porque en tal hipótesis la acción principal, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, será la última, ya que la primera, en el fondo, no será otra cosa que el supuesto para la formulación de la aludida pretensión anulatoria del convenio. En este mismo sentido se ha dicho que podrá pedirse directamente la nulidad del contrato alegando esas irregularidades o ilegalidades en el acto de adjudicación o en el proceso selectivo previo, sin que tenga que pedirse expresamente la nulidad de estos extremos¹¹ (se destaca y subraya).

Igualmente, la Subsección ha propuesto este último entendimiento¹², claro está, en un asunto donde finalmente se adoptó la decisión en la vía que aquí se reitera.

Ahora, el objeto del pronunciamiento de fondo aquí se sustentará en la ineficacia del pliego de condiciones, acto administrativo que fundamenta el contrato y que aquí se denominó “*términos de referencia*”, lo cual hace que sea innecesario en este caso en particular ocuparse de si debe demandarse o no el acto administrativo de adjudicación dentro de la acción contractual, toda vez que, como se explicará ampliamente más adelante, la ineficacia no necesita de declaración judicial y, por ende, de pretensión expresa, pues opera de pleno derecho y, de contera, su constatación tendrá efectos sobre la legalidad del contrato, al punto de configurar un evento de nulidad absoluta, que bien puede el juez declarar de oficio, cuando, como ocurre en el *sub lite*, están todas las partes.

En consecuencia, se impone revocar la decisión de primera instancia y entrar a resolver el fondo del presente asunto.

4.1.2. La legitimación en la causa

¹¹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, 7ª ed., Medellín, 2009. pp. 350 y 351.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de diciembre de 2013, exp. 27.506, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que el INVÍAS fue el responsable del proceso de selección y su contraparte fue proponente dentro del mismo (fls. 107 y 108, c. ppal, acta de recibo de propuestas en copia auténtica).

4.1.3. La caducidad

La nulidad absoluta del contrato en cuestión debió demandarse dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento, toda vez que su plazo de ejecución era de un año (fl. 111, c. ppal, copia auténtica)¹³. En ese orden, como el contrato se suscribió el 5 de abril de 1999 (fl. 115, c. ppal) y la demanda se presentó el 16 de septiembre siguiente (fl. 169, c. ppal), fuerza concluir que lo fue en tiempo.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Como se desprende de la demanda, el actor alega tener un mejor derecho que el adjudicatario final, esto es COOTRAMVICA. Por esa razón, además de controvertir el resultado de la evaluación, pone de presente la falta de un criterio de desempate en los términos de referencia de la contratación directa cuestionada. Siendo así, se impone analizar qué consecuencias trae esto último respecto de la validez del contrato DRC-21 del 5 de abril de 1999 suscrito entre el INVÍAS y COOTRAMVICA, como consecuencia del proceso de selección aquí cuestionado.

4.3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA INEFICACIA DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

4.3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección

¹³ El literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma vigente a la presentación de la demanda, disponía: *"La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento (...)."*

De entrada, precisa advertir que para el 7 de enero de 1999 (fl. 3, c. ppal, invitación donde se precisa esa fecha como la de apertura del proceso de selección, copia simple), cuando se abrió la contratación directa en estudio, el INVÍAS, en esta materia, se encontraba sometido a las previsiones de la Ley 80 de 1993¹⁴. En consecuencia, se impone estudiar lo acontecido a la luz del estatuto contractual referido¹⁵.

4.3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes; además, los documentos obran en copia simple y auténtica, siendo posible valorar los primeros en los términos de la jurisprudencia de esta Sección¹⁶. De todo ese conjunto probatorio se tiene:

4.3.2.1. A folio 277 del cuaderno dos, obra copia auténtica de la invitación para la contratación directa de Cooperativas Asociativas de Trabajo, en el cual se precisa:

El INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, desea recibir propuestas para contratar el mantenimiento rutinario de 348 sectores de carreteras de la Red Vial Nacional.

*PRESUPUESTO OFICIAL: Total \$28.575.794.259, incluido el IVA.
PLAZO DE EJECUCIÓN: 12 meses a partir del 1 de marzo de 1999.
APERTURA. Enero 7 de 1999.*

CIERRE: la presentación de las propuestas será hasta el 22 de enero de 1999 a las 10:00 p.m. en la Subdirección de Conservación del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-Oficina 301 CAN Santafé de Bogotá D.C. y en las Direcciones Regionales en todo el país.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN: Se tendrá en cuenta la experiencia del grupo cooperativo. La residencia de los asociados en el sector, el curso de cooperativismo o aspectos administrativos, la inscripción en Cámara de Comercio y Dancoop y el

¹⁴ Efectivamente, en su artículo 81 se dispuso que, salvo algunas disposiciones, la vigencia de la referida ley sería a partir del 1 de enero de 1994. En su artículo 78 precisó: “*DE LOS CONTRATOS, PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS EN CURSO. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación*”.

¹⁵ Con todo, vale advertir que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 30 a 36 de la Ley 105 de 1993, Capítulo IV, sobre obras por concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

cumplimiento en contratos anteriores. Los factores y ponderación de los mismos se detallan en los términos de referencia.

4.3.2.2. El 22 de enero de 1999, a las 10:00 de la mañana, se recibieron propuestas de COOTRAPERIJA, COOPCOMUNEROS, COOTASCA Y COOTRAMVICA para el sector 14 La Jagua-Casacará PR81+000 (fls. 107 y 108, c. ppal, copia auténtica del acta de cierre y recibo de las propuestas de la contratación directa en estudio).

4.3.2.3. En los términos de referencia, se reguló sobre el objeto del proceso de selección, las actividades (formato 1), los indicadores de mantenimiento (formato 2), la clasificación de las vías (formato 3), la información general (formato 4), procesos de selección y criterios de escogencia (formato 5), las herramientas mínimas exigidas (formato 6), la garantía única y el seguro de responsabilidad civil extracontractual (formato 7) y otras garantías (formato 8). Asimismo, como anexos se incluyeron la carta de presentación (anexo 1), la minuta del contrato a precio fijo (anexo 2), la información sobre experiencia general y específica del grupo cooperativo (anexos 3 y 4), la información sobre la herramienta propuesta (anexo 5) y la relación de integrantes de la cooperativa propuestos (anexo 6) (fl. 317, c. 2). En lo que resulta relevante al presente asunto, consta (fls. 327 y 328, c. 2):

FORMATO 4: INFORMACIÓN GENERAL (...)¹⁷	
<i>Requisitos para participar</i>	<i>a) Estar inscrito ante Dancoop y Cámara de Comercio como grupo cooperativo b) Por lo menos uno de sus integrantes debe acreditar un curso de cooperativismo o de aspectos administrativos de 20 horas mínimo, dictado por Dancoop o SENA. c) Residir en el sector para el que se propone.</i>
<i>Documentos de la propuesta</i>	<i>La propuesta deberá presentarse con los siguientes documentos:</i> <ul style="list-style-type: none">• <i>Carta de presentación (ver modelo anexo).</i>• <i>Certificados de inscripción ante Dancoop y Cámara de Comercio.</i>• <i>Certificado del curso expedido por Dancoop o SENA.</i>

¹⁷ Se incluye el plazo de ejecución, presupuesto oficial, forma de pago, fecha y forma de presentación de la propuesta, que por no guardar relación con el fondo del asunto se omite su transcripción (fl. 326, c. 2).

	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Relación de integrantes indicando nombre completo y documento de identificación (anexo 6).</i> <i>En esta relación deben indicarse los socios exigidos según el tipo de terreno, teniendo en cuenta que el representante legal de la cooperativa hace parte de este número mínimo de asociados exigido, como un trabajador más.</i> <i>Durante el desarrollo del contrato, reemplazo de un asociado o la suplencia temporal debe ser autorizada por el administrador vial y en ningún momento puede haber más de tres (3) no asociados.</i> • <i>Certificado de tiempo de experiencia general y específico expedido por el contratante, donde se indique día, mes y año de iniciación del servicio y día, mes y año de terminación, nombre completo, dirección y teléfono del contratante (diligenciar anexos 3 y 4).</i> • <i>La entidad podrá verificar los datos suministrados por el proponente.</i>
--	---

FORMATO 5: PROCESO DE SELECCIÓN Y CRITERIOS DE ESCOGENCIA

<i>Etapas del proceso de selección</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Recepción de propuestas.</i> 2. <i>Evaluación de propuestas.</i> 3. <i>Adjudicación del contrato.</i> 														
<i>Criterios para la escogencia</i>	<p>1. EXPERIENCIA</p> <p>a) <i>General: (años contados desde su constitución)</i></p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 80%;"><i>Inferior a 2 años</i></td> <td style="text-align: right;"><i>10 puntos</i></td> </tr> <tr> <td><i>Mayor de 2 años</i></td> <td style="text-align: right;"><i>15 puntos</i></td> </tr> </table> <p>b) <i>Específica (En obras de mantenimiento y conservación de vías)</i></p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 80%;"><i>Inferior a 2 años</i></td> <td style="text-align: right;"><i>15 puntos</i></td> </tr> <tr> <td><i>Mayor de 2 años</i></td> <td style="text-align: right;"><i>20 puntos</i></td> </tr> </table> <p><i>Nota: Se tendrá en cuenta la experiencia general y específica del grupo cooperativo y no de sus integrantes.</i></p> <p>2. CUMPLIMIENTO</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 80%;"><i>a) Residencia en el sector</i></td> <td style="text-align: right;"><i>15 puntos</i></td> </tr> <tr> <td><i>b) Curso cooperativo</i></td> <td style="text-align: right;"><i>15 puntos</i></td> </tr> <tr> <td><i>c) inscripción ante Dancoop y Cámara de Comercio</i></td> <td style="text-align: right;"><i>10 puntos</i></td> </tr> </table> <p><i>A los grupos cooperativos que han sido sancionados por incumplimiento en el período anterior, el porcentaje de sanción se convertirá en puntos negativos (-10 puntos).</i></p>	<i>Inferior a 2 años</i>	<i>10 puntos</i>	<i>Mayor de 2 años</i>	<i>15 puntos</i>	<i>Inferior a 2 años</i>	<i>15 puntos</i>	<i>Mayor de 2 años</i>	<i>20 puntos</i>	<i>a) Residencia en el sector</i>	<i>15 puntos</i>	<i>b) Curso cooperativo</i>	<i>15 puntos</i>	<i>c) inscripción ante Dancoop y Cámara de Comercio</i>	<i>10 puntos</i>
<i>Inferior a 2 años</i>	<i>10 puntos</i>														
<i>Mayor de 2 años</i>	<i>15 puntos</i>														
<i>Inferior a 2 años</i>	<i>15 puntos</i>														
<i>Mayor de 2 años</i>	<i>20 puntos</i>														
<i>a) Residencia en el sector</i>	<i>15 puntos</i>														
<i>b) Curso cooperativo</i>	<i>15 puntos</i>														
<i>c) inscripción ante Dancoop y Cámara de Comercio</i>	<i>10 puntos</i>														

	Se adjudicará el contrato al que obtenga el mayor puntaje.
--	--

4.3.2.4. El resumen de evaluación del sector 14 La Jagua-Casacará PR81+000, sin fecha, elaborado por la Subdirección Nacional de Vías del INVÍAS, determinó que la calificación de las propuestas participantes, fue la siguiente:

PROPONENTE	CRITERIOS					PUNTAJE	PUNTAJE REGIONAL	OBSERVACIONES
	EXPERIENCIA		CUMPLIMIENTO					
	1	2	3	4	5			
COOPERIJA	10.00	15.00	15.00	15.00	10.00	65.00	40.00	Por términos referencia experiencia mínima 10 y 15 puntos
COOPCOMUNEROS	10.00	15.00	15.00	15.00	10.00	65.00	40.00	Por términos referencia experiencia mínima 10 y 15 puntos
COOTASCA	15.00	20.00	15.00	15.00	10.00	75.00	75.00	
COOTRAMVICA	15.00	20.00	15.00	15.00	10.00	75.00	75.00	

4.3.2.5. En el memorando SVC-03376 del 12 de febrero del mismo año, el Subdirector de Conservación le comunicó al Director Regional del Cesar del INVÍAS:

Con toda atención comunico a usted que evaluadas las propuestas para la contratación directa de grupos cooperativos para el mantenimiento rutinario de la red a cargo de esa regional y la red de expansión, fueron seleccionados los relacionados en el cuadro adjunto (en el cuadro adjunto se observa que el sector La Jagua-Casacará –PR81 fue adjudicado a COOTRAMVICA, así mismo se observa el cuadro de resumen de la evaluación de las propuestas, en el cual se tiene que el puntaje de la propuesta de COOTASCA y la adjudicataria fue el mismo, 75 puntos y por un valor de \$62.672.160).

Una vez constatado lo anterior (refiere a la vinculación a salud), solicito a usted suscribir los contratos respectivos con base en la minuta modelo que se envió en el disquete con los términos de referencia (fls. 117 a 119, c. ppal, copias auténticas y simples).

4.3.3. DE LOS CRITERIOS DE DESEMPATE EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES O TÉRMINOS DE REFERENCIA

De entrada debe observarse que en el *sub lite* las propuestas de la actora y de la COOTRAMVICA obtuvieron igual puntuación, tanto en la calificación efectuada por la Subdirección de Conservación como en la de la Regional

del Cesar, ambas dependencias del INVÍAS (fls. 118 y 119, c. ppal); sin embargo, la decisión en que se adjudicó, el oficio 03376 del 12 de febrero de 1999 (fl. 117, c. ppal) ni sus respaldos dan cuenta del criterio utilizado para superar ese empate entre las propuestas. Y mal lo harían cuando las reglas del proceso contenidas en el documento identificado por la demanda como “*términos de referencia*”, no refiere a ese extremo.

Frente a la exigencia de que los pliegos de condiciones contengan reglas de desempate, en orden a que se cumpla el principio de selección objetiva, la Sala ha sostenido¹⁸:

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto que la entidad pública, no obstante haber adelantado un proceso de selección, finalmente optó por adjudicar discrecionalmente el contrato, sin aplicar regla alguna de desempate, desconociendo, con ello, el principio de selección objetiva de imperativo cumplimiento en el Estatuto Contractual.

Si bien el pliego de condiciones no establecía un mecanismo de desempate, ello no permitía a la entidad contratante elegir libremente entre las propuestas empatadas y como ocurrió, pues la demandada resolvió a su arbitrio, desconoció el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, amen de lo prescrito por el artículo 29 ibídem.

La administración tenía que haber adelantado el proceso de selección con reglas claras y precisas, objetivas, justas, claras y completas que dieran lugar a la presentación de propuestas de la misma índole, asegurando el respeto a la igualdad y sin desconocer –como lo hizo- las condiciones del pliego para asignar la calificación.

En definitiva, la Caja Nacional de Previsión Social estaba obligada a establecer en el pliego de condiciones las previsiones que garantizaran la comparación objetiva de las propuestas y, por ende, las reglas de desempate necesarias para permitir la adjudicación al margen de la discrecionalidad de la administración, empero, como ello no ocurrió, porque el pliego no fijó reglas de desempate –como tenía que hacerlo-, no podía resolver el tema con el imperio de su propia voluntad, conducta del todo reprochable a la luz de la normativa en cita.

En ese orden, la Corte Constitucional, al analizar el contenido del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997¹⁹, que incorpora un criterio de

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 3 de mayo de 2013, exp. 25.595, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁹ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

desempate obligatorio en todos los procesos de selección²⁰, concluyó que se trata de *“una disposición legal de obligatorio cumplimiento, por lo cual no existe ningún motivo jurídicamente válido para no aplicar la mencionada norma sea en este proceso o en cualquier otro. Siendo consecuentes con lo anterior, es un incumplimiento de un deber jurídico no darle aplicación a la mencionada disposición. Así mismo, el contenido de la norma es una acción afirmativa que busca igualar las oportunidades de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, hecho que impone la obligación al Estado de ser especialmente acucioso en el cumplimiento de la misma”*²¹.

Como se observa, existen criterios de desempate que se incorporan por Ley al contenido mínimo de las reglas del proceso de selección y que son de obligatoria observancia por parte de las entidades públicas. En el *sub lite*, el plenario no da cuenta del cumplimiento de este tipo de criterios, al punto que el acto de adjudicación ni siquiera los menciona, aun cuando la Ley 361 de 1997 estaba vigente para la fecha en que se inició el proceso de selección en estudio.

En consecuencia, se trata de un defecto que desconoce el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que exige la inclusión de reglas, entre otras, de la siguiente índole:

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso (...).

En tal sentido, la Sección ha sostenido²²:

²⁰ *“Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías: // a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación”*.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, exp. T-3.062.693, M.P. Mauricio González Cuervo.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 2009, exp. 17.760, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993²³, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso; su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la Administración. Por esta razón, **los criterios de selección de la propuesta plasmados en los pliegos de condiciones para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos**, de forma tal que se pueda escoger aquel que resulte más favorable para los fines e intereses de la entidad estatal.

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

De ahí que la Sala considere que si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, **los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella**. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato²⁴ (se destaca y subraya).

Ahora, freten al incumplimiento de esa carga, el inciso final del numeral 5 del artículo 24 citado en renglones anteriores lo sanciona así:

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo

²³ Cita original: El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

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

dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

En armonía con lo expuesto, “*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*”²⁵. Respecto del alcance de la ineficacia de pleno derecho, esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar²⁶:

De lo dicho y de conformidad con la norma transcrita (refiere al numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), 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 puramente formales o adjetivos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, es decir, que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración, toda vez que ello contraría los principios de la contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva.

(...) Recuérdese que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción de ilegalidad o por “ineficacia de pleno derecho”, sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo.

Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato²⁷, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 2009, exp. 17.760, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de abril 26 de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 16.503, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Cita original: Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, pueda ser inaplicada en el caso concreto.²⁸

(...) Con todo, es pertinente advertir que el análisis de necesidad y razonabilidad de la regla es un examen que comporta entre otros aspectos, como se señaló, una relación de conexidad sustancial con el objeto a contratar y los fines de la contratación estatal perseguidos, de manera que lo que puede ser superfluo e intrascendente en el mérito o la esencia en un proceso para otro no, razón por la cual -y en virtud del principio de planeación y responsabilidad-, deben estar presentes estos elementos en la elaboración de reglas justas, claras y objetivas al momento de confeccionar los pliegos de condiciones o términos de referencia, so pena de ineficacia de pleno de derecho de las mismas y a riesgo de quedar expuestos al control de legalidad por parte del juez.

(...) En síntesis, en este evento concreto analizado por la Sala se estima que el criterio de selección en estudio es inane, impertinente y carente de importancia frente al fin contractual de la Licitación Pública de obra civil No. SOP-010-96, y por lo tanto, es una regla que no cumple las características de objetividad y razonabilidad exigidas, como se expuso, por la Ley 80 de 1993, lo cual la torna ineficaz de pleno derecho.²⁹ (subrayas ajenas al texto original)

En ese orden, frente a la omisión de los criterios de desempate en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la Sala en un reciente pronunciamiento, que por su importancia se cita *in extenso*, precisó³⁰:

*La falta de reglas imparciales, claras y completas no constituye un requisito objetivo, por el contrario conduce a la discrecionalidad absoluta en la elección del contratista, por lo que la Sala encuentra que en el caso concreto el silencio o la ausencia de reglas comporta una **ineficacia de pleno derecho por omisión** con arreglo a lo prescrito por el numeral 5º apartado f) de la Ley 80 de 1993 y, como tal, esta opera por ministerio de la ley (ope lege). Esta sanción no solo aplica para aquella previsión indebida de alguna condición o regla que vulnera las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo 24 de la Ley 80 de 1993, sino que en los casos en que la*

²⁸ Cita original: Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de junio de 2004, expediente 15235, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en la cual señaló que "...el juez administrativo si puede inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual (...) tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos (...) La inaplicación, concretamente de las disposiciones del pliego de condiciones, encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral".

²⁹ Cita original: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de abril de 2006, Rad. 66001-23-31-000-3637-01 (16.041), Actor: Miguel Antonio Casas Garzón, Demandado: Departamento de Risaralda, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de diciembre de 2013, exp. 27.506, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

administración omite incluir criterios claros y precisos que impidan una escogencia objetiva, acarrea una ineficacia de pleno derecho por omisión que no requiere declaración judicial.

En rigor estipulaciones u omisiones de esta índole dejan en manos de la Administración la facultad de elección, sin reducir el margen de discrecionalidad y no guarda una relación o conexidad sustancial con los fines de la contratación estatal previstos en los artículos 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993. La falta de reglas claras comporta ceder a la administración la libertad de escoger a su arbitrio entre propuestas diferentes, desconociendo los fines de la contratación pública y quebrantando especialmente los principios de transparencia y selección objetiva. Lo que acontece siempre que la administración, de antemano, omite diseñar los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que garanticen la expedición de reglas objetivas, justas claras y completas.

En resumen los términos de referencia establecieron criterios de puntuación para la experiencia general y específica, por lo que ambas propuestas arrojaron idéntico puntaje, pero no previeron mecanismos de desempate entre ofertas iguales que le impidieran actuar con discrecionalidad, contrariando lo previsto en el estatuto general de contratación, a cuyo tenor los pliegos de condiciones deberán contener en forma precisa y clara reglas que permitan la selección del contratista -numeral 5 letra b) del artículo 24 Ley 80 de 1993- y que consulte los fines de la contratación estatal -art. 3º de la Ley 80 de 1993).

Esto lleva a la Sala a concluir que la administración, en el marco del contrato suscrito con la firma REPARAR LIMITADA, no consultó los fines de la contratación estatal (art. 3º de la Ley 80 de 1993) y evidentemente desconoció la objetividad y razonabilidad que han de distinguir sus actuaciones en materia contractual, para lo cual las estipulaciones de los pliegos de condiciones, deberán contener reglas que permitan su realización y como ello no aconteció así en el sublite, no queda sino declarar la nulidad del convenio dada la ineficacia del pliego de condiciones.

En consecuencia, por este aspecto se declarará la nulidad del contrato DRC-016 de 1999, en tanto la elección no obedeció a reglas claras, precisas, objetivas y justas de desempate, lo que permite concluir que el Instituto Nacional de Vías quebrantó el principio de selección objetiva, si se considera que escogió a su arbitrio entre dos proponentes que alcanzaron la misma puntuación. Lo que se debió a que no previó mecanismos de desempate o reglas imparciales que frenaran una decisión subjetiva, omisión que sin decisión judicial al respecto, hace ineficaz el pliego de condiciones y comporta la nulidad del contrato que se habrá de declarar -art. 44 inc 1º Ley 80 de 1993-.

Así las cosas, precisa recordar que el pliego de condiciones o los términos de referencia son actos administrativos, sin desconocer que la naturaleza

jurídica de los pliegos de condiciones se ha encuadrado como reglamento³¹ o acto administrativo general³², distinción que esta Corporación ha señalado como insatisfactoria, al considerarlos como actos jurídicos de naturaleza mixta³³. Y es en esa doble condición donde se deja sentado el impacto de sus estipulaciones, no sólo respecto del proceso de selección sino también en la futura relación contractual, razón por la cual su elaboración deberá responder estrictamente a las exigencias de la Ley 80 de 1993.

Siendo así, no puede desconocerse que la **ineficacia** en estos actos administrativos que fundan el futuro contrato, debe impactar en este último, toda vez que, en sintonía con lo que recientemente ha sostenido la Sala, es imposible seleccionar a un contratista en esas condiciones, pues esta será ajena al principio de selección objetiva y, por ende, se está en presencia de la causal de nulidad absoluta de la relación contractual así perfeccionada, contenida en el artículo 6 del Código Civil —incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80—, consistente en la vulneración de normas de orden público u objeto ilícito³⁴,

³¹ Cfr. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Legis, 1999, p. 183.

³² Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 456-457.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18.059, M.P. Alir E. Hernández Enríquez. En esa oportunidad, se precisó: *La Sala, puesta de nuevo sobre el problema, estima que ambas posiciones son inexactas, la primera por equivocada y la segunda por insuficiente, según pasa a explicarse. // En primer lugar, porque el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, éste es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo —en tanto no se agota con su aplicación— y se expide en ejercicio de la función administrativa. // Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga. // Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como “acto administrativo”, naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato; se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general, puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios; pero igualmente tiene vocación para convertirse en “cláusula contractual”, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza. // En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección”.*

³⁴ “ARTÍCULO 1519.OBJETO ILÍCITO. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

siendo que se inobservó el contenido del literal b) del numeral 5 del artículo 24 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Por tanto, se revocará la sentencia de primera instancia y se declarará la nulidad absoluta del contrato, atendiendo a que todos los extremos, incluida la adjudicataria del mismo, fueron vinculados.

Por último, en lo que tiene que ver con los efectos de la nulidad que se declara en los términos previstos por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, no habrá lugar a ordenar las restituciones mutuas, si se considera que, en los contratos de ejecución sucesiva no es posible volver las cosas al estado anterior, ni se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, tal y como ocurre en los contratos de obra pública, que es el caso, cuyo objeto era la conservación y mantenimiento de una vía, en tanto la misma naturaleza del contrato no lo permite y así lo ha sostenido la Sala en casos similares³⁵. En todo caso, se desconoce la suerte de la ejecución del contrato.

4.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

³⁵ Sentencia de 16 de febrero de 2006. Expediente n.º 13414. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado. Sección Tercera. Se destaca: “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; en palabras de la doctrina (...) Y precisamente, ese es el caso del contrato sobre el cual versa la presente litis, en el cual, por ser de tracto sucesivo y haberse ejecutado las prestaciones en el transcurso del tiempo, resulta imposible volver las cosas al estado que tenían cuando se profirió el acto administrativo de caducidad, por cuanto no es factible que el contratista devuelva el licor que compró y distribuyó en el Departamento de Bolívar, y por lo tanto, no sería justo ordenar a la entidad contratante, la restitución de los pagos que por tal concepto efectuó aquel; por otra parte, tampoco hay lugar a declarar que continúa vigente el contrato, puesto que las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debió ejecutarse el mismo han variado, y no se pueden desaparecer todas las circunstancias y hechos que surgieron con ocasión de la caducidad del contrato”.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 20 de mayo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** la nulidad del contrato DRC-21 del 5 de abril de 1999 suscrito entre el INVÍAS y COOTRAMVICA, para la conservación y mantenimiento del sector La Jagua-Casacará (PR 41+0000 al PR 81+0000), en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada
Aclaró voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado
Salvó voto