

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Accede

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad de acto previo expedido con ocasión de la actividad contractual / CONTRATO DE CONCESIÓN / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Configurada / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Configurada / LICITACIÓN PÚBLICA - Licitación para adjudicar la concesión del corredor vial Bogotá Girardot / CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE / CERTIFICACIÓN DE EXPERIENCIA – Presupuestos del contenido y alcance interpretativo de las reglas para acreditar experiencia en construcción de túneles / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN - Transgresión de las normas en que debió fundarse y falsa motivación / PRINCIPIO DE IGUALDAD PRECONTRACTUAL – Hay vulneración al principio cuando se da un trato discriminatorio frente a las reglas del pliego de condiciones / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – La administración tiene la facultad de verificación de la información presentada en las propuestas / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – La administración puede requerir las explicaciones y aclaraciones que considere en casos de inexactitudes / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Presupuestos de las restituciones mutuas / RESTITUCIONES MUTUAS – Improcedencia / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Los documentos anexados en la propuesta, pueden ser verificados en la etapa previa a la adjudicación por la administración, no es necesario esperar a probar la falsedad / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Los proponentes que participan en un procedimiento de selección tienen el derecho, en las etapas concedidas, de controvertir a través de elementos probatorios serios y sustentados, la inexactitud con la realidad de los distintos componentes que integran las ofertas de sus contendores / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Aplicación / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Sólo a partir de la certeza respecto del cabal cumplimiento de las exigencias expuestas en el pliego de condiciones por parte de los proponentes, se puede escoger la oferta más favorable / CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE – Experiencia que se pretende acreditar debe ser de contratos celebrados y ejecutados, no en ejecución / / INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES – Configurado / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Por falsa motivación / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / PRINCIPIO DE IGUALDAD – Presupuestos en los procedimientos de selección de contratistas / FACULTAD DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN / CAUSALES DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN – Cuando hay inexactitud en la información que recae sobre información relevante para decidir sobre la adjudicación del contrato / DESVIACIÓN DE PODER – No configurada / FALSA MOTIVACIÓN – Configurada / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / CONTRATO DE CONCESIÓN / RESTITUCIONES MUTUAS – Y pago de obligaciones ejecutadas / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS – En contratos de tracto sucesivo / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS – Contrato liquidado y obras revertidas / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS – Imposibilidad material de retrotraer lo ejecutado a tal punto de que el concesionario deshaga las obras realizadas o restituya a los terceros usuarios del corredor vial el valor de los peajes cobrados

SÍNTESIS DEL CASO: La presente controversia gira en torno a la nulidad del acto de adjudicación de la licitación pública INCO-001-2003, adelantada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI) para escoger el oferente que habría de realizar el diseño, construcción, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa – Bogotá – Girardot, a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. y a la nulidad del contrato de concesión No. GG-040 2004 celebrado como producto del procedimiento de selección. Se sostiene que en el procedimiento de selección se vulneró el principio de igualdad y el deber de selección objetiva, entre otros, por cuanto el INCO brindó un trato discriminatorio y parcializado a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz, al desplegar múltiples actuaciones injustificadas, impulsadas con el inequívoco propósito de desvirtuar la experiencia de su asistente técnico, sociedad Obresca C.A., en la construcción del túnel Mocotíes, gestiones al término de las cuales la entidad decidió, con base en razones alejadas a la realidad y a las exigencias del pliego, que no reunía la condición de “aceptable”. Indicó que lo contrario ocurrió en el caso de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., evento en el que el INCO mostró una flexibilidad extrema en la valoración de los documentos aportados para demostrar la experiencia de su asistente técnico Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel hidráulico de conducción del proyecto de Zimapán, a pesar de que su contenido demostraba que no cumplía con los requerimientos previstos por el documento precontractual y, no obstante ello, este proponente resultó favorecido con la adjudicación.

PRESUPUESTO PROCESAL / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - Competencia para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas / FACTORES DETERMINANTES DE LA COMPETENCIA / FACTOR FUNCIONAL / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / FACTOR OBJETIVO

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, como lo era el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI), el que para la época de presentación de la demanda -10 de agosto de 2004- ostentaba la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte creado mediante Decreto 1800 de 2003. También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$161.837'300.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$179'000.000), exigida en la Ley 446 de 1998 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 30 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Nulidad de acto previo expedido con ocasión de la actividad contractual / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Dentro del término de los 30 días siguientes a la notificación del demandado acto y luego de haberse celebrado el referido contrato para que, además de estudiar la validez del acto de adjudicación y la nulidad del contrato, se pueda analizar el efecto de restablecimiento

solicitado / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Presupuestos para la procedencia de la pretensión indemnizatoria

La presente demanda se instauró el 10 de agosto de 2004, en ejercicio de la acción contractual, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004, mediante la cual el INCO adjudicó la licitación pública 001-2003 a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., así como la nulidad absoluta del contrato GG-040, celebrado el 1 de julio de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones y la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., como resultado del referido procedimiento de selección y el consecuente reconocimiento de la utilidad cuya pérdida se desencadenó del hecho de no habersele adjudicado el contrato. Sobre el tema de la procedencia y la oportunidad de la acción cuando se pretende la nulidad de actos previos expedidos con ocasión de la actividad contractual, esta Subsección se ha pronunciado acerca de los distintos supuestos fácticos que podrían presentarse en vigencia del C.C.A. en relación con su marco temporal y las consecuencias que, en relación con las aspiraciones económicas, se derivan en cada caso. Uno de los supuestos fácticos que puede tener cabida es el que, en efecto, concurre en la presente causa, en el que las pretensiones ventiladas a través de esta acción contractual instaurada en búsqueda de la nulidad del acto de adjudicación y la del contrato de concesión celebrado a raíz de esa decisión se ejercieron dentro del término de los 30 días siguientes a la notificación del demandado acto y luego de haberse celebrado el referido contrato. Esta circunstancia abre paso a que, además de analizar la validez del acto de adjudicación y la nulidad del contrato que puede originarse tras constatar la ilegalidad de aquel, también se estudie la prosperidad del efecto restablecedor perseguido por el demandante. En el caso concreto, la Sala evidencia que el acto de adjudicación se profirió en audiencia celebrada el 28 de junio de 2004, a la cual asistieron todos los proponentes interesados, incluyendo el ahora demandante, quien se notificó por estrados de esa decisión. El contrato de concesión GG-040 se celebró como producto del acto de adjudicación fue suscrito el 1 de julio de 2004. De lo expuesto se colige que el término de treinta días de caducidad, en principio, habría empezado a correr a partir del día siguiente de la aludida fecha, el 29 de junio del mismo año, y se habría de vencer el 11 de agosto de 2004. Al haberse presentado la demanda el 10 de agosto de 2004, se desprende que su interposición se produjo oportunamente para ventilar las pretensiones de la nulidad del acto de adjudicación y la nulidad absoluta del contrato, como consecuencia de aquella, así como su pretensión indemnizatoria. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de enero de 2014, exp. 30250.

CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES / CUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE / CERTIFICACIÓN DE EXPERIENCIA – Presupuestos del contenido y alcance interpretativo de las reglas para acreditar experiencia en construcción de túneles / CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE – Improcedencia de experiencia que coincida en la ejecución con otro contrato de obra / CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE – Se debe valorar todos los componentes que integran la obra, no componentes parciales

De los requisitos previstos para la acreditación de la experiencia en construcción de túneles, se desprende la existencia de una regla general y de seis subreglas: La regla general indicaba el marco temporal dentro del cual debían celebrarse y ejecutarse los contratos que se habrían de admitir para la acreditación de la

experiencia en construcción de túneles, cuyas especificidades estaban descritas en las subreglas. Así, según dicho postulado, tendrían esa virtualidad aquellos que se hubieran celebrado y ejecutado dentro de los diez años anteriores a la fecha de presentación de las propuestas. En defecto, resultarían inadmisibles aquellos contratos que se hubieran celebrado por fuera de ese linderó, pero cuya ejecución se hubiera producido total o parcialmente en vigencia de este, en tanto la nitidez de la regla prescribía de manera categórica que tanto su celebración como su ejecución debía producirse dentro de ese plazo. A su turno, las subreglas, agrupadas en seis alternativas, cualquiera de las cuales podía ser elegida al arbitrio del proponente, contemplaban: i) el objeto de los contratos que podrían hacerse valer en orden a demostrar la experiencia, todos los cuales tenían como común denominador la construcción de túneles de diversas características, ya fuera carreteros, férreos o hidráulicos; ii) la longitud y estado de avance de su construcción en función de su valor y iii) el número máximo de contratos que debían presentarse para su validación. Se precisa, además, que el cumplimiento de las seis subreglas debía, en todo caso, ajustarse al límite temporal fijado en la regla general. En ese sentido, cualquiera fuese la subregla elegida por el oferente, los contratos que exhibiera para su acreditación debían haberse celebrado y ejecutado dentro de los diez años anteriores a la fecha de presentación de la oferta. Con todo, en algunos casos se permitía que la construcción de túnel, iniciada dentro de ese lapso, no hubiera terminado para la fecha en que se presentara la propuesta. (...) [L]a Sala quiere poner de presente que para los propósitos exigidos en el documento precontractual no resultaban admisibles contratos que concibieran la ejecución de una parte, como lo sería, a título ilustrativo, el revestimiento en concreto del túnel y dejara por fuera la actividad de excavación o viceversa. No resultaría plausible un entendimiento opuesto, precisamente, en tanto el objeto del contrato de concesión que se habría de celebrar como resultado del procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala contemplaba la construcción del túnel Sumapaz, por lo que el requerimiento de la acreditación de la experiencia en la ejecución de una obra de estas dimensiones demandaba el conocimiento y experticia frente a todos los componentes que la integraban, entre ellos, por supuesto, su excavación.

VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – La administración tiene la facultad de verificación de la información presentada en las propuestas / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Los documentos anexados en la propuesta, pueden ser verificados en la etapa previa a la adjudicación por la administración, no es necesario esperar a probar la falsedad / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Los proponentes que participan en un procedimiento de selección tienen el derecho, en las etapas concedidas, de controvertir a través de elementos probatorios serios y sustentados, la inexactitud con la realidad de los distintos componentes que integran las ofertas de sus contendores / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Aplicación / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Sólo a partir de la certeza respecto del cabal cumplimiento de las exigencias expuestas en el pliego de condiciones por parte de los proponentes, se puede escoger la oferta más favorable

Según se dejó sentado, en la etapa previa a la adjudicación se presentaron múltiples observaciones a las propuestas, acompañadas de documentos que evidenciaron la existencia de una cantidad importante de información contradictoria en relación con la experiencia del asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz, Obresca C.A., respecto de la construcción del túnel Mocotíes, en cuanto a la fecha de su construcción y a su longitud. Dicho esto, de entrada, la Sala encuentra inadmisibles el argumento del tribunal a quo de conformidad con el cual, no obstante existir evidentes discordancias en los documentos que

soportaban su experiencia, el INCO debía privilegiar la información brindada por el proponente consorcio Vial del Sumapaz porque solo podría desestimarse en el evento de que se hubiera probado su falsedad. Aceptar tal planteamiento equivaldría a anular de plano el derecho y las etapas concedidas por el ordenamiento a los proponentes que participan en un procedimiento de selección para que controvertan, a través de elementos probatorios serios y sustentados, la correspondencia con la realidad de los distintos componentes que integran las ofertas de sus contendores. Simultáneamente, conduciría a anular la facultad de verificación que tenía la entidad precontratante frente a la información que reposaba en las propuestas de los oferentes y que presentaran inexactitudes o inconsistencias. Esta labor se inspira en el principio de selección objetiva, en razón del cual, solo a partir de la certeza respecto del cabal cumplimiento de las exigencias del pliego de condiciones por parte de los proponentes, podría escogerse la oferta más favorable. No podía el INCO ignorar la existencia de documentos procedentes de autoridades públicas, allegados por los demás participantes en ejercicio de su legítimo derecho a controvertir las propuestas, cuyo contenido ponía en entredicho de manera contundente el cumplimiento del requisito de la experiencia del asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz en la construcción de túneles. Ante la oscuridad que entrañaba ese aspecto, era deber del INCO, como en efecto procedió respecto de los documentos relacionados con la experiencia de Obresca C.A., indagar acerca de su efectivo cumplimiento, dinámica que finalmente le permitió concluir de manera indubitable que la construcción del túnel Mocotíes no podía ser tenida en cuenta, por apartarse de los lineamientos del pliego de condiciones.

CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE – Experiencia que se pretende acreditar debe ser de contratos celebrados y ejecutados, no en ejecución / INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES – Configurado

Se reitera frente a este aspecto lo consignado en acápite precedente en el que se analizó el contenido y alcance interpretativo de la subregla mencionada del pliego de condiciones. En ese sentido, el estado de avance del sesenta por ciento (60%) debía predicarse respecto del momento de presentación de la propuesta, en razón a que las subreglas se habrían de subordinar a la premisa general que determinaba que la experiencia debía fundamentarse en contratos celebrados y ejecutados dentro de los diez años anteriores a la presentación de la propuesta. De ahí que el referido avance porcentual debía iniciarse y alcanzarse al amparo del marco temporal de diez años. (...) Se insiste en que, para cumplir con esa exigencia era indispensable que la construcción del túnel en todos sus componentes, entre ellos la excavación, hubiera tenido fundamento en un contrato celebrado y ejecutado dentro de los diez años anteriores a la presentación de la propuesta, lapso que para el caso corrió entre el 27 de febrero de 1994 y el 26 de febrero de 2004. Así pues, la Sala encuentra vocación de prosperidad al argumento del recurso de apelación de la parte demandada ANI y de la ANDJE, habida cuenta de que la circunstancia comprobada por el INCO de que para noviembre de 1989 se había ejecutado un porcentaje equivalente al 71% de su excavación reñía con el supuesto previsto en la regla del artículo 4.1.1.2.1 del pliego de condiciones. La Sala no deja de lado que uno de los puntos fuertes de la discusión sobre los cuales gravitó el debate radicó en la longitud del túnel Mocotíes, situación que llevó al INCO a encargar a la firma certificadora Bureau Veritas la práctica de un informe con el propósito de realizar su medición directa, resultado con cuya base la entidad reafirmó que la medida de ese túnel no reunía los parámetros del pliego. Con todo, a esta altura de la providencia, la Sala estima innecesario referirse a la pertinencia de las conclusiones que se obtuvieron por cuenta de ese informe, en tanto que, con independencia de que hubieran resultado acertadas o no, lo cierto es que ello en nada altera el hecho de que, en

todo caso, la experiencia en la construcción del túnel Mocotíes no podía ser tenida en cuenta, por cuanto, por las razones advertidas en precedencia, su construcción se produjo por fuera del marco temporal previsto en el pliego de condiciones, situación que llevaba a desestimarla.

CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE – Inconsistencias en los documentos para acreditar experiencia de asistente técnico

A pesar de la contundencia de la falta de conexidad evidenciada entre las obras contratadas para ser ejecutadas por Condux S.A. de C.V. con ocasión del túnel de conducción y aquellas que supuestamente ejecutó en virtud de la encomienda de trabajo, el INCO guardó absoluto silencio en torno a las observaciones formuladas y decidió adjudicar la licitación pública a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. Con base en las consideraciones expuestas, la Sala estima que con los documentos aportados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. para acreditar la experiencia de su asistente técnico Condux S.A. C.V. no resulta viable concluir que esa sociedad hubiera construido, entre marzo y noviembre de 1994, 7.100 metros lineales del túnel de conducción del proyecto Zimapán, por no haberse reunido los requisitos previstos en el subnumeral 6) del numeral 4.1.1.1.2. del pliego de condiciones para su demostración. Por ello su oferta no podía considerarse aceptable y, por contera, no estaba llamada a ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad de la licitación pública INCO 001 de 2003. Así pues, no son de recibo para la Sala los argumentos de la apelación formulada por la ANI y a la ANDJE, al indicar que los documentos que soportaban la propuesta de la sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. no presentaban dudas o inconsistencias, pues no solo se demostró lo contrario, sino que, además, se advirtió que tales dudas al momento de la adjudicación en manera alguna habían sido superadas.

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Por falsa motivación / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / PRINCIPIO DE IGUALDAD – Presupuestos en los procedimientos de selección de contratistas / PRINCIPIO DE IGUALDAD PRECONTRACTUAL – Hay vulneración al principio cuando se da un trato discriminatorio frente a las reglas del pliego de condiciones / FACULTAD DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN / CAUSALES DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN – Cuando hay inexactitud en la información que recae sobre información relevante para decidir sobre la adjudicación del contrato

La vulneración del principio de igualdad expuesta como base principal para declarar la nulidad de la Resolución de adjudicación No. 633 del 28 de junio de 2003, en criterio del tribunal de primera instancia, se materializó cuando el INCO desplegó una serie de gestiones tendientes a desvirtuar la experiencia acreditada por el asistente Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes, sin mostrar el mismo rigor en la verificación de la experiencia presentada por el asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., respecto de la cual no adelantó mayores labores de averiguación. (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha reflexionado sobre el principio de igualdad en el escenario de los procedimientos de selección de contratistas del Estado y al respecto ha estimado que su materialización se concreta en que todas las propuestas, tanto para su admisión, evaluación y ponderación como para su rechazo, son apreciadas y valoradas con estricto apego a las reglas contenidas en el pliego de condiciones que rigen la convocatoria, en cuanto resulten válidas y eficaces 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 precontratante, esta Sección ha precisado que está llamado a materializarse en varias situaciones, tales como: “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”. La Corte Constitucional ha sostenido la inviabilidad de alegar la vulneración del principio de igualdad en el plano de la ilegalidad, supuesto que se habría de presentar cuando se pretenden desconocer las reglas del pliego de condiciones, so pretexto de que, para no transgredir la igualdad, debe darse el mismo trato brindado a otro proponente, al margen de que en este último caso tampoco se hubieran respetado las normas precontractuales. Así pues, aplicando todo lo anterior al sub lite, es preciso señalar que, si bien en el marco de la licitación pública génesis de la controversia se evidencia una transgresión a la igualdad, se observa que el a quo concibió su vulneración desde un ángulo inverso al bien jurídico amparado por el ordenamiento. Sobre este punto, se anota que, no obstante hallarse acreditado que existió un tratamiento disímil para las dos propuestas analizadas en cuanto a la verificación de la experiencia en la construcción de túneles de los asistentes técnicos presentados, la Sala considera que ciertamente el trato dispensado a la oferta del consorcio Vial del Sumapaz era el que a la luz del pliego de condiciones debía brindarse. Emerge con claridad que, ante las inexactitudes halladas en la propuesta, el documento precontractual establecía expresamente en su numeral 4.1.3 que el INCO se reservaba el derecho a verificar la información aportada por los proponentes y de rechazar las propuestas en las cuales se incluyera información falsa. (...) Así, con arreglo a las previsiones del pliego de condiciones, no puede perderse de vista que el respeto al principio de igualdad consistía en que, en caso de existir inexactitudes o información confusa en las propuestas, todas aquellas que adolecieran de esas falencias recibirían el mismo tratamiento, que estribaría en ser objeto de los requerimientos e indagaciones necesarios para aclarar o despejar las dudas que recayeran sobre sus ofrecimientos. En caso de no superarse, las ofertas debían ser rechazadas, siempre que las inexactitudes halladas recayeran sobre información relevante para decidir sobre la adjudicación, como en efecto acontecía en la acreditación de la experiencia en la construcción de túneles, requisito habilitante sin cuya demostración la oferta no podría considerarse aceptable. No resultaba admisible, a diferencia de lo advertido por el a quo, que al no haber desplegado el INCO mayores gestiones de averiguación en torno a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles del asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., la entidad debiera entonces observar la misma pasividad frente a la demostración de la experiencia en la construcción de túneles por parte de Obresca C.A., asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz, a pesar de que en ambos casos se hubieran evidenciado inexactitudes insuperables que indicaban que ninguna de las dos tenían vocación de elegibilidad. En otras palabras, ambas propuestas debieron recibir el mismo trato y asumir las mismas consecuencias que el pliego de condiciones había previsto para la inobservancia de sus exigencias. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el principio de igualdad en el escenario de los procedimientos de selección de contratistas del Estado, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 24845, sentencia de 14 de marzo de 2013, exp. 24059 y Corte Constitucional, sentencia T-507122 de 2002.

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD – Configurada / DESVIACIÓN DE PODER – No configurada / FALSA MOTIVACIÓN - Configurada

La transgresión de este principio estribó en que en el caso de la verificación de la experiencia de Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel de conducción, el Instituto no ahondó en su análisis cuando era lo que el orden jurídico le exigía y la situación fáctica advertida en su propuesta le demandaba. Surge de manera fehaciente que la entidad estatal, además de no realizar mayores requerimientos o solicitudes de aclaración frente a la evidente inconsistencia que se presentaba entre las actividades contratadas en virtud de la encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994, suscrita por Condux S.A. de C.V. y las actas de obras que supuestamente reflejaron la ejecución de aquellas, no aplicó el mismo rasero interpretativo utilizado al valorar la experiencia de Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes. Se recuerda que en este ejercicio de verificación se privilegió, de manera apropiada, la información que reposaba en los documentos contractuales producidos con ocasión del túnel Mocotíes, como actas de obra, cuadros demostrativos de avances, y se analizaron con profundidad las fechas de realización, en cotejo con los ítemes de obra y cantidades ejecutadas, se confrontaron con los textos contractuales y las certificaciones expedidas por las distintas autoridades en relación con su construcción, dinámica que fue legítima y acertada para concluir que Obresca C.A. no demostró su experiencia en la construcción del túnel carretero. Esa misma metodología de verificación lastimosamente, por demás imperativa en este evento ante las inexactitudes encontradas, brilló por su ausencia en el análisis de los documentos asociados a la experiencia de Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel de conducción. Basta lo dicho para concluir que, además de haberse demostrado la vulneración del principio de igualdad en la licitación pública No. INCO 001-2003, aun cuando no por las consideraciones expuestas por el a quo, también se vulneró el principio de selección objetiva. Ello es así porque, al no estar demostrado que el asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., Condux S.A. de C.V., contaba con la experiencia en la construcción de un túnel hidráulico prevista en el subnumeral 6) del numeral 4.1.1.1.2. del pliego de condiciones, tal falencia comportaba, como consecuencia, que su propuesta no pudiera ser considerada como “aceptable”, por no reunir el requisito de experiencia que la dotaba de esa condición. Por lo mismo, resulta alejado de la verdad afirmar, como se hizo en el acto de adjudicación condensado en la Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004, que la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. era la más favorable, lo que de suyo comporta una transgresión de las normas en que debió fundarse el acto acusado, específicamente en el entonces vigente artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que regulaba el deber de selección objetiva y, simultáneamente, lo vicia de falsa motivación, habida cuenta de que para adjudicar el contrato la entidad estatal tuvo como fundamento supuestos fácticos que no estuvieron acreditados en el procedimiento de selección, cuestión que acarrea la confirmación de su declaración de nulidad. No comparte la Sala que el vicio de nulidad que se configuró en la expedición del acto correspondió a la desviación de poder, como lo sostuvo la primera instancia, pues no está demostrado contundentemente, y en manera alguna puede ser objeto de inferencias, que la escogencia del contratista hubiera estado impulsada por una finalidad diversa a la amparada por el ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 29

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Configurada

En el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, el Tribunal declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040 de 2004 celebrado entre el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la

sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot con fundamento en la causal contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, decisión que habrá de ser confirmada, tras verificarse la nulidad del acto que le sirvió de sustento.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44 NUMERAL 4

LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / CONTRATO DE CONCESIÓN / RESTITUCIONES MUTUAS – Y pago de obligaciones ejecutadas / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS – En contratos de tracto sucesivo / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS – Contrato liquidado y obras revertidas / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS – Imposibilidad material de retrotraer lo ejecutado a tal punto de que el concesionario deshaga las obras realizadas o restituya a los terceros usuarios del corredor vial el valor de los peajes cobrados

Se pone de relieve que el a quo no emitió juicio alguno acerca de las restituciones mutuas ni al pago de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria de nulidad que, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, tendría lugar. (...) Consultada la página oficial del SECOP I se observa que el contrato de concesión No. GG-040 de 2004 fue liquidado unilateralmente por la ANI mediante Resolución No. 1584 del 21 de octubre de 2016, decisión que, al resolver un recurso de reposición interpuesto en su contra, fue confirmada a través de Resolución No. 1897 del 20 de diciembre de 2016. En el texto de esa resolución se lee que el contrato de Concesión GG-040 de 2004 terminó el 30 abril de 2016, motivo por el cual la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el 1 de mayo siguiente procedió a la reversión del corredor vial al INVIAS. En el cruce final de cuentas, la ANI dispuso que existía un saldo a favor de la entidad concedente de \$178.958'474.190,74 y \$0 en favor del concesionario. Se advierte que el valor tasado a favor del concedente se integra, principalmente, por concepto de laudos y sentencias contentivas de condenas impuestas en el marco de la ejecución de la concesión. En consideración a lo expuesto, se pone de presente lo consignado en la exposición de motivos que sirvió como fundamento para la expedición de la Ley 80 de 1993: Así mismo (...) el proyecto señala cómo en caso de declaratoria de nulidad del contrato, ello no impide que el ente público proceda a efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas con anterioridad a la declaratoria a menos que de la ejecución del contrato anulado o terminado no se deriven beneficios para la entidad. (...) Sin embargo, tal regla se encuentra atenuada debido a los postulados del derecho público en cuanto propugnan por un Estado justo, al que no le es dable enriquecerse en perjuicio de un particular, sin que ello impida, claro está, que se adelanten las acciones de responsabilidad por la celebración de un contrato bajo el conocimiento de que se encontraba viciado por circunstancia de esa naturaleza. De otro lado, como ha sido reconocido por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, hay situaciones en las cuales no resulta posible efectuar restituciones mutuas desde el punto de vista fáctico, como sucede en los contratos de tracto sucesivo, el que, según se aprecia en el caso concreto, fue terminado y liquidado hace más de cinco años y las obras construidas fueron revertidas al Estado tras su finalización, cuestión que indica que las prestaciones convenidas se cumplieron y, por tal virtud, no es posible restituir las. De acuerdo con lo expuesto, aun cuando el contrato GG-040 de 2004 adolece de nulidad absoluta, en el sublite. no proceden las restituciones mutuas, debido a la imposibilidad material de retrotraer lo ejecutado a tal punto de que el concesionario deshaga las obras realizadas o restituya a los terceros usuarios del corredor vial el valor de los peajes cobrados como retorno de su inversión o la entidad devuelva al concesionario la infraestructura vial por él construida. En consideración a lo anotado, en el presente

caso no proceden las restituciones mutuas entre las partes de la relación contractual. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los casos donde no es procedente las restituciones mutuas, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp 13414; postura reiterada por la Subsección A en sentencia del 6 de febrero de 2019, exp. 61720.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 48

OBJECCIÓN POR ERROR EN EL DICTAMEN PERICIAL – Por recaer sobre puntos de derecho cuya valoración era del resorte exclusivo del juez / OBJECCIÓN POR ERROR EN EL DICTAMEN PERICIAL – Improcedencia

La Sala mantendrá la decisión de negar la objeción por error grave del dictamen rendido por el ingeniero Jorge Hernán Barrera Arias, a petición de la parte actora. Si bien en el recurso de apelación, la ANI argumentó que debía declararse la prosperidad de la objeción por error grave de la experticia rendida por ese profesional, lo que buscaba a través de su impugnación era que se desvirtuara el hecho allí plasmado en el que se afirmaba que el consorcio Vial del Sumapaz sí cumplía con la experiencia en construcción de túneles. Esta circunstancia fue ampliamente considerada por esta Sala al hacer el análisis respectivo de los documentos que hicieron parte de la licitación pública INCO 001-2003, sin que fuera necesario tomar en consideración el mencionado peritazgo, por recaer sobre puntos de derecho cuya valoración era del resorte exclusivo del juez, examen al cabo del cual se arribó a la conclusión sugerida por la entidad estatal en su recurso, en el sentido de señalar que, en efecto, no se acreditó la experiencia en la construcción del túnel Mocotíes por parte de Obresca C.A. que se exigía en el pliego de condiciones.

CONDENA EN COSTAS – Improcedencia

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 55

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con salvamento de voto del magistrado José Roberto Sáchica Méndez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01631-03(64908)

Actor: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. Y OTROS

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: PLIEGO DE CONDICIONES QUE RIGIÓ LA LICITACIÓN INCO-001-2003 PARA ADJUDICAR LA CONCESIÓN DEL CORREDOR VIAL BOGOTÁ GIRARDOT - contenido y alcance interpretativo de las reglas para acreditar experiencia en construcción de túneles / FACULTAD DE VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN PRESENTADA EN LAS PROPUESTAS – la entidad podría requerir las explicaciones y aclaraciones en casos de inexactitudes / VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD – su transgresión se concreta cuando se da un trato discriminatorio frente a las reglas del pliego de condiciones/ NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN – transgresión de las normas en que debió fundarse y falsa motivación / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – no proceden restituciones mutuas en el caso concreto

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada Agencia Nacional de Infraestructura y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, el 12 de junio de 2019, mediante la cual se resolvió (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

PRIMERO: No dar trámite a la objeción por error grave presentada por la Concesión Autopista Bogotá Girardot contra el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Jorge Hernán Barrera Arias, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la objeción por error grave presentada por el Instituto Nacional de Concesiones (Hoy Agencia Nacional de Infraestructura) contra el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la Justicia Jorge Hernán Barrera Arias de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Concesión Autopista Bogotá Girardot y el Instituto Nacional de Concesiones (Hoy Agencia Nacional de Infraestructura), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Declarar la nulidad de la resolución No. 633 del 28 de junio del año 2004 por medio de la cual el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) adjudicó la licitación pública INCO -001/03, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040-2004 suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por haber operado la causal prevista en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR al Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) a pagar a Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A., ICM Ingenieros Limitada, Mario Alberto Huertas Cotes (integrantes del Consorcio Vial del Sumapaz), las siguientes sumas de dinero:

- *Para Mario Alberto Huertas Cotes la suma equivalente a cuarenta y dos mil seiscientos veintinueve millones quinientos ocho mil ciento noventa y seis pesos m/cte (\$42.629'508.196), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
- *Para Icein S.A. la suma equivalente a veinticinco mil ciento noventa millones ciento sesenta y tres mil novecientos treinta y cuatro pesos m/cte (\$25.190'163.934), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
- *Para ICM Ingenieros Ltda., la suma equivalente a nueve mil seiscientos ochenta y ocho millones quinientos veinticuatro mil quinientos noventa pesos m/cte (\$9.688'524.590), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1.3.5 del decreto 734 del 13 de abril del presente año, comuníquese la presente decisión a la Cámara de Comercio, adjuntándose con ello, copia auténtica de la presente providencia.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la nulidad del acto de adjudicación de la licitación pública INCO-001-2003, adelantada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI) para escoger el oferente que habría de realizar el diseño, construcción, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa – Bogotá – Girardot, a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. y a la nulidad del contrato de concesión No. GG-040 2004 celebrado como producto del procedimiento de selección.

Se sostiene que en el procedimiento de selección se vulneró el principio de igualdad y el deber de selección objetiva, entre otros, por cuanto el INCO brindó un trato discriminatorio y parcializado a la propuesta del consorcio Vial del

Sumapaz, al desplegar múltiples actuaciones injustificadas, impulsadas con el inequívoco propósito de desvirtuar la experiencia de su asistente técnico, sociedad Obresca C.A., en la construcción del túnel Mocotíes, gestiones al término de las cuales la entidad decidió, con base en razones alejadas a la realidad y a las exigencias del pliego, que no reunía la condición de “*acceptable*”.

Indicó que lo contrario ocurrió en el caso de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., evento en el que el INCO mostró una flexibilidad extrema en la valoración de los documentos aportados para demostrar la experiencia de su asistente técnico Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel hidráulico de conducción del proyecto de Zimapán, a pesar de que su contenido demostraba que no cumplía con los requerimientos previstos por el documento precontractual y, no obstante ello, este proponente resultó favorecido con la adjudicación.

2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 10 de agosto de 2004 por las sociedades Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A., ICM INGENIEROS LTDA. y Mario Alberto Huertas Cotes, integrantes del consorcio Vial del Sumapaz, en ejercicio de la acción contractual contra el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 633 del 28 de junio del año 2004, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública INCO-001-03 y se declare la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040-2004, suscrito entre el INCO y la sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., con fundamento en la ilegalidad de aquel.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, solicitó que se condenara a la entidad demandada a pagar a las sociedades demandantes la suma de \$161.837'300.000 por concepto de utilidad que habrían dejado de percibir por causa de la no adjudicación y celebración del contrato GG-040-2004.

3. Los hechos

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

3.1. En 2003, el Instituto Nacional de Concesiones abrió la licitación pública INCO-001-003, que tuvo por objeto adjudicar el contrato de concesión para el diseño, construcción, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa – Bogotá – Girardot.

3.2. El pliego de condiciones exigía que el proponente que no tuviera experiencia directa en la construcción de túneles, puentes y rehabilitación de vías podía acudir al procedimiento de selección a través de un asistente técnico que sí la tuviera.

3.3. A la convocatoria se presentaron varios oferentes, entre ellos, el consorcio Vial del Sumapaz, que acudió en compañía de su asistente técnico, sociedad Obresca C.A., y la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., que se presentó en compañía de su asistente técnico, sociedad Condux S.A. de C.V.

3.4. El asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz mostró su experiencia en tres contratos, uno de ellos el No. 01/94, cuyo objeto fue la construcción del túnel “Mocotíes” de 1270 metros lineales que hizo parte de la carretera Panamericana, en el estado de Mérida, Venezuela.

3.5. Una vez examinadas las propuestas, la entidad precontratante rindió un informe de evaluación, de conformidad con el cual todas las propuestas presentadas eran admisibles; se ubicó a la oferta del consorcio Vial del Sumapaz en el primer lugar en el orden de elegibilidad y a la de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., en el segundo.

3.6. En el traslado del informe de evaluación, los proponentes presentaron varias observaciones frente a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz, las cuales fueron respondidas por la demandante mediante escrito del 1 de abril de 2004. También se presentaron observaciones frente al asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., sociedad Condux S.A. de C.V., la cual no cumplía con la experiencia exigida en los pliegos frente a la construcción de túneles.

3.7. El 26 de abril de 2004, el INCO realizó la audiencia de adjudicación, pero fue suspendida con el fin de verificar la información presentada por los proponentes.

3.8. En oficio del 10 de mayo de 2004, el INCO solicitó al consorcio Vial del Sumapaz que rindiera explicaciones expresas y claras en relación con la experiencia que pretendía hacer valer en la construcción del túnel Mocotíes a través de su asistente técnico, requerimiento que fue acatado mediante escrito del 18 de mayo de 2004.

3.9. El 28 de junio de 2004, se reanudó la audiencia de adjudicación, en desarrollo de la cual el INCO, de manera sorpresiva, dio a conocer el estudio denominado *“complementación y aclaración al proyecto de respuestas a las observaciones presentadas en desarrollo de la licitación INCO.001-2003”*, practicado por la firma Bureau Veritas de Colombia, que fue contratada por la entidad para hacer las mediciones del túnel *“Mocotíes”*, sin que se hubiera permitido al consorcio Vial del Sumapaz la participación en su elaboración y la contradicción de sus conclusiones.

3.10. Con base en ese concepto, en el que se decía que en la sección cuarta del túnel Mocotíes, denominada *“tramo techado”* de 57 metros, no correspondía a la estructura de un túnel y con apoyo en otros documentos que señalaban que la construcción del túnel había iniciado antes de 1994, contrariando la información válida que había aportado el consorcio, el INCO consideró que la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz no cumplía con la experiencia exigida en el documento precontractual y por tanto no era *“admisible”*.

Así mismo, anunció que la promesa futura de sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. había ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad.

3.11. En desarrollo de la audiencia de adjudicación, el consorcio Vial del Sumapaz manifestó su inconformidad frente a esa decisión, en apoyo de lo cual adujo que varios funcionarios del gobierno venezolano habían dado fe de la verdadera longitud del túnel Mocotíes, sin que el Instituto, de manera justificada, hubiere otorgado credibilidad a esas certificaciones; mientras que, por otro lado, a pesar de haber puesto en evidencia serias inconsistencias en relación con la experiencia de la promesa futura de sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. frente a la construcción del túnel de conducción en México, la entidad no procedió a su verificación ante las autoridades competentes, ni realizó directamente mediciones a través de una firma contratada para ese propósito, lo cual revelaba una seria vulneración al principio de igualdad.

3.12. La entidad precontratante escuchó las observaciones presentadas, pero no les dio respuesta, ni corrió traslado de la prueba practicada por la firma Bureau Veritas de Colombia.

3.11. El INCO decidió adjudicar la licitación a la promesa futura de sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., determinación que quedó plasmada en la Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004.

4. Normas violadas y concepto de la violación

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que el INCO al expedir la resolución acusada incurrió en:

Incumplimiento del deber de selección objetiva e incumplimiento del pliego de condiciones. Explicó que, para fundamentar la inadmisibilidad de la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz, el Instituto le aplicó la prohibición de acreditar experiencia con túneles construidos a trinchera abierta, contenida en el subnumeral 3 del numeral 4.1.1.1, sin tener en cuenta que el supuesto escogido por el consorcio no contenía esa limitación.

Vulneración a los principios y derechos de:

Igualdad

Argumentó que la entidad estatal no tuvo el mismo comportamiento frente a la información contenida en la propuesta de la promesa futura de sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., dado que se abstuvo de confrontar con las autoridades mexicanas los datos asociados a la experiencia del asistente técnico, sociedad Condux S.A. de C.V. y se limitó a revisar en la página web de la Comisión Federal de Electricidad de México la información, que revelaba inconsistencias.

Debido proceso y derecho de defensa

Sostuvo que el estudio practicado por la firma Bureau Veritas de Colombia fue realizado sin el conocimiento y participación del consorcio Vial del Sumapaz, en contra del cual se adujo que, una vez rendido, no se le dio la posibilidad de controvertirlo.

Derecho de petición

Esgrimió que, durante la audiencia de adjudicación, varios proponentes hicieron observaciones en contra de la propuesta de la promesa futura de sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot, que materializaban el ejercicio del derecho de petición; sin embargo, la entidad no les dio respuesta.

Buena fe

Alegó que, si de la actuación de todos los oferentes se presumía la buena fe, no existía justificación válida para que se dirigieran gestiones tendientes a desvirtuar esa presunción solo respecto de uno de los proponentes y no en relación con todos los que revelaban inexactitudes en sus documentos.

Añadió que el acto de adjudicación adolecía de los siguientes vicios de nulidad.

Expedición irregular del acto de adjudicación

Señaló que se desconoció la obligación de correr traslado a los oferentes de todos los informes y evaluaciones con base en los cuales se adoptó la decisión de adjudicación; no se desplegaron actuaciones en igualdad de condiciones para verificar el cumplimiento de los requisitos por parte de todos los proponentes; no se resolvieron las dudas que se presentaron frente a la idoneidad de la propuesta del adjudicatario.

Falsa motivación

Afirmó que las razones esgrimidas para dictar el acto de adjudicación no eran ciertas, puesto que es falso que la promesa futura de sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. hubiera cumplido a cabalidad con las exigencias del pliego de condiciones, como también lo es que el consorcio vial del Sumapaz no las hubiera satisfecho.

Desviación de poder

Aseveró que se desconocieron los fines para los cuales se adelantó el procedimiento de selección por no escoger a la oferta más favorable para la administración.

5. Actuación procesal

5.1. Mediante auto del 8 de marzo 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenó la notificación a las demandadas y al Ministerio Público.

5.2. Contestación de la demanda – Instituto Nacional de Concesiones INCO

El consorcio accionado contestó la demanda dentro del término legal.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerarlas contrarias a la realidad fáctica y legal.

Frente a los hechos planteados, manifestó que unos eran ciertos, con las aclaraciones del caso, otros no y otros debían probarse.

Expuso que, finalizado el procedimiento de selección, se evidenció de forma objetiva y transparente que el asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot, sociedad Condux S.A. de C.V. cumplió a cabalidad con los requisitos de experiencia exigidos en el pliego, mientras que la sociedad Obresca C.A., asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz, no las satisfizo.

Advirtió que el INCO, de conformidad con el pliego de condiciones, podía requerir que los proponentes rindieran las aclaraciones que se estimaran necesarias o allegaran los documentos que creyera convenientes sin transgredir el derecho de igualdad.

Precisó que, en desarrollo de estas previsiones, la entidad requirió en diversas oportunidades al consorcio vial del Sumapaz para que suministrara información fidedigna acerca de los contratos suscritos por su asistente técnico, referentes a la construcción del túnel Mocotíes, puesto que no había claridad en las fechas de ejecución, ya que algunos documentos daban cuenta de que eran obras realizadas antes de 1994.

Aclaró que tampoco contribuyó en ese sentido el oficio suscrito por el Ministro de Infraestructura de Venezuela, por cuanto la información que allí reposaba presentaba contradicciones con otros documentos remitidos al INCO.

Agregó que las respuestas dadas no esclarecieron el cumplimiento de la experiencia exigida, dudas que dieron lugar a que el Instituto contratara a la firma

Bureau Veritas para su medición directa, cuyo estudio reveló que el túnel Mocotíes no cumplía con la longitud dispuesta en el pliego.

Añadió que, como resultado de las respuestas allegadas, el INCO concluyó que el túnel de Mocotíes se construyó en una parte sustancial antes de 1994, lo que se oponía a la experiencia requerida.

Expresó que no era cierto que la entidad hubiese otorgado un trato preferencial a las peticiones de información u observaciones presentadas por otros proponentes o por terceros en el marco de la licitación.

Manifestó que, contrario a lo sostenido por la demandante, la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. respondió satisfactoriamente a los requerimientos realizados por el INCO respecto de la inexactitud de la información presentada en su propuesta, tras lo cual no se hallaron contradicciones, como sí pasó en el caso de las respuestas del consorcio Vial del Sumapaz.

Indicó que, según lo comprobado en el estudio rendido por la firma Bureau Veritas, en el túnel Mocotíes existía un tramo de 57 metros lineales que no correspondía a la estructura de un túnel o de un falso túnel, ni siquiera a uno construido a trinchera abierta.

Consideró que ese informe no correspondía propiamente a una prueba que ameritara traslado al consorcio Vial del Sumapaz, como si se tratara de una instancia judicial, sino a la verificación realizada por la entidad respecto de unos documentos que fueron allegados previamente al proceso licitatorio y que fueron remitidos al consorcio para que los aclarara, lo cual, reiteró, no fue debidamente satisfecho por este.

Adujo que, a diferencia de lo afirmado por el demandante, el representante del consorcio Zimapán que certificó la experiencia en construcción de túneles del asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Bogotá – Girardot sí contaba con capacidad jurídica para emitir esa constancia.

Como razones de defensa, expuso la inexistencia de violación a los derechos constitucionales invocados en la demanda, así como la configuración de

conductas dolosas y contrarias a la buena fe del consorcio demandante, toda vez que ejerció comportamientos tendientes a confundir la voluntad de la administración por las permanentes respuestas evasivas y las informaciones contradictorias proporcionadas al comité evaluador, lo cual conllevó a la dilación de la etapa precontractual y a la erogación de recursos del presupuesto del INCO para contratar el estudio que aclarara la información que reflejaba datos inexactos.

Afirmó que el consorcio actuó en contra de sus propios actos, puesto que, a lo largo del proceso de licitación, respondió a las observaciones en unos términos que desconoce en esta instancia judicial, aduciendo razones de oposición distintas a las expuestas ante el INCO.

Formuló como excepciones las que denominó: *“excepción de mala fe o exceptio doli”*, *“excepción relativa al principio de responsabilidad”*, *“venire contra factum”* y *“adecuación de la conducta del inicio a los principios de legalidad y seguridad jurídica”*.

5.3. Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

La sociedad accionada contestó oportunamente la demanda. En esa ocasión se opuso a las pretensiones elevadas, debido a que se fundamentan en hechos que no consultan la realidad del procedimiento de licitación y en la normativa legal aplicable.

Afirmó que el consorcio Vial del Sumapaz no estuvo en primer lugar en el orden de elegibilidad, porque esa situación se definió el 28 de junio de 2004, día de la adjudicación y, que, en esa oportunidad, su propuesta fue desestimada por no contar con la experiencia exigida.

Sumó a lo anotado, que el Instituto no transgredió derecho fundamental alguno y su conducta se ajustó a la Ley 80 de 1993 y al pliego de condiciones.

Agregó que la información suministrada en la licitación sobre la sociedad Obresca C.A., asistente técnico del consorcio demandante, fue inconsistente, lo que motivó que se presentaran varias observaciones en su contra. Una de ellas provino de la promesa de sociedad futura, la que, mediante documento de 29 de marzo de 2004, allegó dos certificaciones emanadas de funcionario público venezolano y de interventor de obra en las que se hacía constar que el túnel Mocotíes que decía haber construido, en realidad fue hecho por otra firma y durante el período comprendido entre 1989 y 1993.

Precisó que, antes de la audiencia de adjudicación, esa misma sociedad adjuntó actas de varias inspecciones judiciales realizadas en Mérida, Venezuela, en las que se daba cuenta de lo expresado en el escrito de observaciones en relación con la inexactitud de la información alusiva a la construcción del túnel Mocotíes.

Aseveró que, por el contrario, las observaciones presentadas en relación con la experiencia del asistente técnico de la adjudicataria fueron debidamente absueltas, a través de los documentos requeridos, de cuyo contenido se desprendía la existencia de la experiencia exigida.

Adujo que el informe de la firma Bureau Veritas no era el único elemento de juicio que tenía el INCO para desestimar la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz, ya que contaba con múltiples documentos que evidenciaban la falta de concordancia con la información suministrada por ese proponente para acreditar la experiencia de su asistente técnico en la construcción del túnel Mocotíes y que se refería específicamente a su fecha de construcción y a su longitud.

Explicó que el trato dispensado por el INCO para la aclaración de la información suministrada por los oferentes fue homogéneo. Lo pertinente hizo respecto de la propuesta sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en relación con la cual la entidad investigó la veracidad de sus manifestaciones ante la Comisión Federal de Electricidad de México, a través de la embajada de Colombia en ese país.

5.4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B en sentencia¹ del 12 de junio de 2019 resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Después de referirse a la normativa y a la jurisprudencia relacionadas con los principios que rigen el procedimiento de selección y las causales de nulidad de

¹ Se advierte que el Tribunal de origen dictó sentencia de primera instancia el 5 de diciembre de 2012 y en sede del recurso de apelación interpuesto en contra ese fallo por la parte demandada, esta Corporación mediante auto de 2 de marzo de 2017– declaró la nulidad de todo lo actuado desde la providencia del 9 de febrero de 2011, en la cual el *a quo* negó el peritazgo solicitado por la parte demandada para fundamentar la objeción por error grave de aquel, rendido a petición de la parte actora, y, en su lugar, mediante auto del 20 de junio de 2018 -*folios 399 a 403 del cuaderno 13*- decretó la prueba pericial pedida por el INCO. Una vez practicada la prueba en referencia y surtido de nuevo el trámite procesal afectado con la declaratoria de nulidad, el *a quo* procedió a dictar el fallo que ahora es objeto de apelación.

falsa motivación y desviación de poder, se pronunció frente a los hechos acreditados en el proceso y al material probatorio que los sustenta.

Estimó que existió un trato discriminatorio y desigualitario frente a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz.

En ese sentido, explicó que, mientras que respecto de las observaciones presentadas a la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., el INCO aceptó las certificaciones de la experiencia de su asistente técnico suscritas por el representante del consorcio Zimapán que dio cuenta de la participación de su asistente técnico Condux S.A. de C.V. en el proyecto hidroeléctrico de Zimapán en México, la entidad procedió con mayor rigor en relación con las certificaciones allegadas por el demandante para clarificar la experiencia de su asistente técnico, sociedad Obresca C.A..

Indicó que en este caso el INCO cuestionó reiteradamente y de manera infundada todas las certificaciones y documentos aportados por el consorcio Vial del Sumapaz para aclarar aspectos relacionados con la experiencia de la sociedad Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes, en cuanto a su fecha de construcción y su longitud, al punto de que, no conforme con recibir información oficial del gobierno de Venezuela que certificaba estas circunstancias y daba cuenta de que la experiencia de esa sociedad en la construcción de túneles se ajustaba al requerimiento del pliego, decidió oficiosamente encomendar la práctica de un estudio especializado para continuar indagando acerca del cumplimiento de unos requisitos que ya se encontraban acreditados por cuenta de la documental aportada por el demandante, en el sentido de que la construcción del túnel Mocotíes inició en 1994 y su longitud era de 1270 metros, cuestión que derivaba en la falsa motivación del acto de adjudicación.

Al respecto, expresó que con los documentos aportados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot la entidad concluyó, sin base en la realidad, que el túnel Mocotíes en gran porcentaje (71%) se había construido por Conintur C.A. con anterioridad a 1994, lo cual resultaba incongruente con el hecho de que el contrato 01/94 aportado por el consorcio Vial del Sumpaz, suscrito entre la sociedad Conintur C.A. y Obresca C.A., se había se celebrado el 1 de febrero de 1994 precisamente con ese objeto, consistente en la construcción del 100% del túnel, siendo esto coincidente por lo manifestado por las autoridades del gobierno venezolano que fueron consultadas por el Instituto.

Esgrimió que la desconfianza mostrada por el INCO respecto de la certificación emitida por el Ministro de Infraestructura de Venezuela consistente con la información allegada por el consorcio Vial del Sumapaz, reveló un direccionamiento del proceso de selección, lo que comportaba una desviación de poder.

Añadió que el consorcio Vial del Sumapaz, al efectuar sus observaciones, controvirtió la manera como la sociedad hoy contratista tuvo acceso de manera anticipada a su propuesta, con la única finalidad de desvirtuar su experiencia en construcción de túneles, lo cual vulneraba el derecho a la igualdad y a la imparcialidad del proceso licitatorio y desencadenaba el vicio de nulidad de desviación de poder.

Argumentó que la única manera viable de desestimar las certificaciones aportadas por el consorcio Vial del Sumapaz era a través de una declaración judicial de falsedad de esos documentos, lo cual no sucedió en este evento, razón por la cual el INCO debía otorgar mérito a las aclaraciones realizadas por aquel sobre la experiencia de su asistente técnico.

Observó el Tribunal que el informe rendido por la firma Bureau Veritas fue aducido en contra de la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz de manera intempestiva durante la audiencia de adjudicación, sin darle a este la oportunidad para controvertirla, conducta con la cual se transgredió el debido proceso.

Sumó a lo dicho, que el INCO desbordó las competencias conferidas en el pliego de condiciones, puesto que no le era admisible que ordenara la práctica de dictámenes periciales para la verificación de la longitud de los túneles aducidos como experiencia o, en caso de aceptar que gozaba de esa facultad, ha debido proceder de la misma forma respecto de todas las propuestas en relación con las cuales hubo reparo en cuanto a su experiencia en construcción de túneles.

Consideró que, además, la pericia practicada por esa firma fue interpretada por el Instituto sin apego al pliego de condiciones, por cuanto la opción de acreditar experiencia en construcción de túneles prevista en el subnumeral 4 del numeral 4.1.1.2.1, alternativa a la cual se acogió el consorcio Vial del Sumapaz, no contemplaba, a diferencia de lo ocurrido en otros subnumerales, la prohibición de acreditar la experiencia con la construcción de túneles a trinchera abierta.

Dijo que el actor había promovido demanda de tutela contra la entidad accionada, trámite que, aun cuando resultó desfavorable para las súplicas del actor por improcedencia de la acción constitucional, en esa oportunidad el concepto rendido por el Ministerio Público ante esa instancia puso de presente que se había vulnerado el derecho a la igualdad del consorcio Vial de Sumapaz.

Precisó que, si bien en el proceso estaba demostrado que la promesa de sociedad futura concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. formuló denuncia penal en contra del consorcio Vial del Sumapaz por la supuesta falsedad de los documentos arrimados para acreditar su experiencia en la construcción de túneles, ese trámite concluyó con la Resolución del 27 de febrero de 2008, mediante la cual la Fiscalía se abstuvo de abrir instrucción en contra del señor Mario Huertas, representante del consorcio en mención.

Con base en todo lo anotado, el *a quo* concluyó que en el trámite de la licitación pública No. 001 de 2003 el INCO vulneró los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva regulados en la Ley 80 de 1993, con lo cual se apartó de la finalidad prevista por esa ley, dando así paso a la configuración de la causal de desviación de poder, lo que imponía declarar la nulidad del acto de adjudicación contenido en la Resolución 633 del 28 de junio de 2004.

Como consecuencia de esa ilegalidad y con amparo en la causal 4) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la primera instancia declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión.

Al pronunciarse sobre el restablecimiento del derecho, partió de la base de que el consorcio Vial del Sumapaz presentó la propuesta más favorable para la entidad, de cara el hecho de que se había desvirtuado la única razón por la que se alteró el orden de elegibilidad dispuesto en la audiencia de adjudicación previamente realizada en abril de 2006.

Para estimar el monto de los perjuicios correspondientes al porcentaje de la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del contrato, el Tribunal desestimó el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Jorge Hernán Barrera Arias, decretado a petición de la parte actora, porque en su desarrollo el perito calculó un porcentaje de utilidad incluso superior al pretendido por el demandante, además de considerar que la experticia carecía de soportes probatorios, metodológicos y conceptuales que dotaran de fundamento sus conclusiones.

Con base en un pronunciamiento de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferido el 21 de marzo de 2012, estimó que el valor del perjuicio debía corresponder al monto por el cual se prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento, por ser el *quantum* que la administración obtendría en caso de incumplimiento en la suscripción del contrato, valor que en el *sub lite* ascendió a \$42.000'000.000 y, una vez actualizado a la fecha del fallo, arrojó la cifra de \$77.580'196.721.

Consignado lo anterior, el tribunal de origen procedió a resolver la objeción por error grave al dictamen rendido por el auxiliar de la justicia Jorge Hernán Barrera Arias, formulada por la entidad demandada, con fundamento en la experticia practicada por los peritos Luis Miguel Contreras Herrera y Luis Carlos García Guevara en el trámite de la objeción y que contienen un aspecto técnico y uno contable.

Frente al aspecto técnico que se orientaba a controvertir el cumplimiento del consorcio Vial del Sumapaz de los requisitos de experiencia exigidos en el pliego de condiciones, el *a quo* sostuvo que la objeción no estaba llamada prosperar, por cuanto, según había quedado sentado en precedencia, la propuesta de ese consorcio sí contaba con la experiencia echada de menos por el INCO para desestimarla, a lo que sumó que el peritazgo rendido por el perito Contreras Herrera no aportó fundamentos técnicos para desvirtuar el dictamen inicial.

En cuanto hace al cálculo de la utilidad dictaminada en la parte contable del peritazgo, señaló que en el fallo no se había adoptado el criterio de utilidad ofrecido por la experticia.

Añadió que, en todo caso, el dictamen presentado por el contador Luis Carlos García Guevara, de conformidad con el cual la rentabilidad que se esperaba obtener de este tipo de proyectos resultaba de la recuperación del capital invertido con una tasa de retorno esperada, lo cual era desconocido porque debía conocerse la información contable de cada proponente, partía de un supuesto hipotético que no era suficiente para edificar el error grave endilgado al dictamen inicial.

Por último, con base en las irregularidades evidenciadas que sirvieron de base para la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, ordenó compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para

que investigaran las conductas desplegadas por el gerente general encargado del INCO y de los representantes de la sociedad concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

5.5. El recurso de apelación

5.5.1. Agencia Nacional de Infraestructura ANI

Como puntos de inconformidad sostuvo los siguientes:

i) El *a quo* determinó erradamente que existió falsa motivación, con lo que desconoció que en el proceso obraban suficientes pruebas que soportaban la decisión de la entidad precontratante y que no fueron analizadas en la sentencia, así como el hecho de que el demandante nunca pudo explicar las razones por las cuales la experiencia acreditada en las certificaciones aportadas no coincidía con los documentos contractuales producidos con ocasión de la construcción del túnel Mocotíes.

Consideró inadmisibles los argumentos del *a quo*, según el cual las certificaciones emitidas por el Ministro de Infraestructura de Venezuela eran incontrovertibles y debía asumirse, sin más, que contenían información que no se mencionaba en su texto, solo porque el demandante afirmaba que así era.

Para el apelante, lo anterior desconocía el deber de la entidad de pedir aclaración sobre las evidentes contradicciones existentes en los documentos emanados de autoridades de ese país.

ii) No existió desviación de poder, porque el INCO actuó prudentemente al examinar de manera detallada todos los documentos aportados en la etapa de evaluación, para formarse un criterio sustentado respecto de la experiencia de cada uno de los proponentes, lo que lo condujo a desplegar actuaciones más allá de las usuales en una licitación pública, pero, en todo caso, apoyadas en las previsiones que así se autorizaban en el pliego, con el propósito de esclarecer lo relacionado con la experiencia en la construcción del túnel Mocotíes, en consideración al cúmulo de información contradictoria presentada en el proceso.

Señaló que el proponente consorcio Vial del Sumapaz no respondió satisfactoriamente a los requerimientos formulados por el INCO y la información por él presentada no superaba las inconsistencias halladas en torno a la fecha de

la construcción del túnel Mocotíes y a su longitud, en tanto que la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. sí brindó respuestas satisfactorias con los soportes del caso y no se probó en el proceso que la información suministrada por esta hubiere sido contraria a la realidad, para justificar una indagación más profunda por el INCO respecto de su experiencia.

iii) El *a quo* determinó la prosperidad del restablecimiento del derecho sin haberse acreditado que la propuesta del consorcio cumplía con los requerimientos del pliego de condiciones, en cuanto a la experiencia en la construcción de túneles.

En lo sucesivo el apelante, en orden a desvirtuar la supuesta vulneración del principio de igualdad, se refirió a cada una de las observaciones presentadas a la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Bogotá Girardot, a los documentos en que se sustentaron aquellas, a las respuestas dadas por esta como a los documentos allegados para respaldar sus aseveraciones, a partir de las cuales, en su criterio, resultaba ajustado concluir que la sección 1 del túnel de conducción del proyecto Zimapán fue ejecutada entre marzo y agosto de 1994, como consta en las actas de obra del consorcio Zimapán, la certificación de la Comisión Federal de Electricidad de México y el supervisor de la obra y que la totalidad de trabajos del túnel terminaron en noviembre de 1994 y fueron recibidos por la mencionada comisión en febrero de 1995.

Manifestó que, en desarrollo de la encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994, la sociedad Condux S.A. de C.V., subcontratada por el consorcio Zimapán con ese objeto, entre marzo y noviembre de 1994 construyó 7.101 metros lineales del túnel hidráulico, como constaba en las actas de obra correspondientes a tales meses.

Estimó que el INCO efectuó una valoración documental exhaustiva dirigida a establecer las competencias de los funcionarios que expidieron las certificaciones, el contenido de los contratos y subcontratos y las actas mensuales de obra que establecían la experiencia de Condux S.A. de C.V. en la construcción de túneles y, si bien nunca contempló la necesidad de hacer una medición directa del túnel, ello se debió a que no existía observación alguna tendiente a controvertir su longitud, por lo que no podía configurarse una vulneración a la igualdad frente al trato dispensado a dos proponentes que no se encontraban en las mismas condiciones.

Sostuvo que no era cierta la afirmación del Tribunal de que en la sentencia de tutela proferida en la acción promovida por el hoy demandante por la transgresión al derecho de igualdad en el procedimiento de selección, el juez constitucional concluyó que había existido violación al derecho de igualdad en el procedimiento de selección. Precisó que, contrario a lo sostenido por el *a quo*, el juez constitucional consideró que no existió violación alguna a ese derecho, cuestión que, incluso, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Continuó su argumentación indicando que no era cierto que de la certificación expedida por el Ministerio de Infraestructura de Venezuela pudiera desprenderse la fecha de construcción del túnel Mocotíes.

Agregó que era deber del ente precontratante indagar sobre las inconsistencias presentadas en la documental aportada, tanto por el actor como por los distintos proponentes, para acreditar su experiencia y no simplemente darle valor a aquellas que corroboraban lo afirmado por el consorcio Vial del Sumapaz y a las demás no.

Dicho lo anterior, se refirió a todas las inconsistencias que se pusieron de presente durante el transcurso del procedimiento de selección sobre esos documentos y que se retomaron en la audiencia de adjudicación, de lo cual se concluía que el proyecto completo para la construcción del túnel Mocotíes fue contratado a través de 22 negocios jurídicos y ejecutado entre 1987 y 1999 con la firma Conintur CA y una parte sustancial de su ejecución fue construida antes de 1994.

Esgrimió que, no obstante que el Ministerio de Infraestructura de Venezuela certificó que el objeto de los contratos celebrados entre 1987 y 1993 era la construcción de los accesos provisionales al sitio de construcción del túnel, lo cierto era que de la revisión del objeto de los referidos contratos se estableció que consistieron en la construcción de la carretera panamericana – construcción del túnel Mocotíes.

En consonancia, advirtió que con la revisión de los cuadros demostrativos de los cierres de obra de cada uno de los contratos suscritos se evidenció que el 15 de noviembre de 1989 se habían ejecutado, al menos, 68.462 metros cúbicos de excavación del túnel, por lo que en consideración a que la excavación del túnel

ascendió a 95.380 metros cúbicos, se concluía que, para ese entonces, antes de 1994, el porcentaje ejecutado de excavación del túnel era de 71%.

De ahí que, para verificar el cumplimiento de las exigencias del pliego de condiciones, era fundamental determinar si para la fecha de suscripción del contrato entre Conintur C.A. y Obresca C.A. ya existían o no obras ejecutadas correspondientes a la construcción del túnel, razón por la cual el INCO remitió al consorcio Vial del Sumapaz todos los documentos aportados con las observaciones contra su propuesta, para que se pronunciara sobre estos y aportara documentales que permitieran aclarar su experiencia.

Indicó que, pese a ello, el consorcio no dio explicaciones satisfactorias ni allegó soportes documentales tendientes a controvertirla. Por el contrario, sus respuestas daban a entender que el túnel, en efecto, empezó a construirse antes de 1994.

Argumentó que también se presentaron dudas respecto de la longitud del túnel con ocasión de las actas de dos inspecciones judiciales suscritas por dos juzgados de Venezuela, que arrojaban resultados distintos sobre su medición, circunstancia que motivó la necesidad de proceder a efectuarla directamente a través de la firma Bureau Veritas, en cuyo informe consignó que 57 metros de ese túnel correspondían a “tramo techado”, por lo que no correspondía a una excavación subterránea o a una estructura diseñada para soportar aludes de tierra o rellenos sobre esta.

Esto llevó a concluir que la longitud del túnel era de 1.148,37 metros lineales, con lo cual, sumando el resto de longitud de los otros túneles reportados como experiencia, daría un total de 2.988,38 ml y, por tanto, no cumplía con el numeral 4 del numeral 4.1.1.2.1 del pliego de condiciones.

De otro lado, solicitó declarar la prosperidad de la objeción por error grave al dictamen practicado por el auxiliar Jorge Hernán Barrera Arias, con base en las conclusiones que ofreció la experticia realizada por el ingeniero Luis Miguel Contreras Herrera, en el marco de la objeción.

Finalmente, sostuvo que si el *a quo* consideraba que la conducta de la promesa de sociedad futura Concesión Bogotá Girardot S.A. había sido lesiva de los principios

que rigen la contratación estatal, de manera consecuencial ha debido disponer el reintegro al INCO de la suma a la cual fue condenada.

5.5.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Como argumentos del recurso de apelación, la Agencia reprodujo de manera idéntica las consideraciones expuestas en la impugnación presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Adicionalmente, advirtió que no se demostraron los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado e indicó que, incluso, de encontrar vicios en el acto administrativo de adjudicación, su declaratoria de nulidad solo procedía en caso de haber sido acreditado que el demandante tenía mejor derecho a resultar favorecido con la adjudicación, lo cual no aconteció en el *sublite*.

Agregó que el tribunal suplantó la actividad probatoria del demandante, pues este no acreditó el porcentaje correspondiente a su utilidad proyectada de acuerdo con el modelo financiero del contrato de concesión de tercera generación y, aun así, procedió al reconocimiento de los perjuicios supuestamente derivados de la nulidad del acto de adjudicación, sin estar probados.

Adujo que no era válido reconocer el monto de la garantía de la seriedad de la oferta, por cuanto esto equivaldría a la indemnización debida cuando se rompan las tratativas y se frustra el trámite precontractual, lo cual no sucedió en este evento.

6. Actuación en segunda instancia

6.1. Mediante providencia del 17 de octubre de 2019, la Sección Tercera de esta Corporación admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, Agencia Nacional de Infraestructura, y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

6.2. Por medio de auto del 23 de febrero de 2021, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., la parte actora, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Agencia

Nacional de Infraestructura presentaron sus escritos de alegaciones, en los que, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1.** competencia del Consejo de Estado; **2.** procedencia y oportunidad de la acción contractual; **3.** análisis de la apelación: **3.1.** las reglas del pliego de condiciones que gobernó la licitación INCO 001 de 2003 en relación con la acreditación de experiencia en construcción de túneles; **3.2.** los hechos probados en relación con: **3.2.1.** la acreditación de la experiencia en la construcción de túneles de los oferentes consorcio Vial del Sumapaz y promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.; **3.2.2.** las observaciones frente al primer informe de evaluación; **3.2.3.** Las respuestas a las observaciones presentadas frente al primer informe de evaluación; **3.2.4.** lo ocurrido en la audiencia de adjudicación llevada a cabo el 26 de abril de 2004; **3.2.5.** la información recibida luego de la suspensión de la audiencia de adjudicación; **3.2.6.** las decisiones adoptadas en la audiencia de adjudicación; **3.3.** consideraciones sobre el tratamiento impartido por el INCO a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz frente a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles de su asistente técnico Obresca C.A. **3.4.** consideraciones sobre el tratamiento brindado por el INCO a la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. frente a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles de su asistente técnico Condux S.A. de C.V.; **3.5.** la nulidad del acto de adjudicación por falsa motivación como consecuencia de la transgresión de los principios de igualdad y de selección objetiva en el procedimiento de selección INCO 001-2003; **3.6.** la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040 de 2004; **3.7.** consideraciones finales – la objeción por error grave al dictamen rendido por Jorge Hernán Barrera Arias y **4.** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, como lo era el Instituto Nacional de

Concesiones² (hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI), el que para la época de presentación de la demanda -10 de agosto de 2004- ostentaba la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte creado mediante Decreto 1800 de 2003.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$161.837'300.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$179'000.000)³, exigida en la Ley 446 de 1998 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

La presente demanda se instauró el 10 de agosto de 2004, en ejercicio de la acción contractual, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004, mediante la cual el INCO adjudicó la licitación pública 001-2003 a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., así como la nulidad absoluta del contrato GG-040 , celebrado el 1 de julio de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones y la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.⁴, como resultado del referido

² Mediante el Decreto-ley 4165 de 2011 se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones -INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

Se advierte que, desde su creación, la Agencia Nacional de Infraestructura ha venido actuando en este proceso en calidad de entidad demandada.

³ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 20 de octubre 2004, correspondió a \$358.000.

⁴ Cabe precisar que, de conformidad con la sentencia C-221/99 de la Corte Constitucional, el interés directo del tercero se predica por haber presentado oferta en el proceso de selección en el que el demandante no fue favorecido con el acto de adjudicación, sin que exista como presupuesto para demandar el acto de adjudicación y la consecuente nulidad del contrato derivada de aquel, el de acreditar que su propuesta era la mejor para la Administración, lo que tampoco significa que para sacar adelante sus pretensiones indemnizatorias el demandante no tenga la carga de demostrar que su propuesta en efecto fue la mejor, pues en caso de probarlo, sus súplicas de restablecimiento no tendrá vocación de prosperidad.

Corte Constitucional, sentencia C-221/99, M.P Fabio Morón Díaz. *La restricción de la titularidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a los terceros que demuestren un interés directo en el contrato cumple una finalidad constitucionalmente relevante, en tanto cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal. Se trata de un requisito razonable y proporcional que propende por hacer efectivo el derecho que tienen las partes del contrato a obtener una decisión definitiva de parte del juez contencioso; busca evitar que la acción se emplee con propósitos dilatorios o distintos de los que inspiran la acción de nulidad absoluta del contrato estatal y apunta a hacer efectivos varios principios de la administración de justicia. Por todo ello, esta Corte estima que antes que violar la Carta, el Legislador al expedir el precepto acusado, le ha dado cabal desarrollo a sus preceptos.*

procedimiento de selección y el consecuente reconocimiento de la utilidad cuya pérdida se desencadenó del hecho de no habersele adjudicado el contrato.

Sobre el tema de la procedencia y la oportunidad de la acción cuando se pretende la nulidad de actos previos expedidos con ocasión de la actividad contractual, esta Subsección se ha pronunciado⁵ acerca de los distintos supuestos fácticos que podrían presentarse en vigencia del C.C.A. en relación con su marco temporal y las consecuencias que, en relación con las aspiraciones económicas, se derivan en cada caso.

Uno de los supuestos fácticos que puede tener cabida es el que, en efecto, concurre en la presente causa, en el que las pretensiones ventiladas a través de esta acción contractual instaurada en búsqueda de la nulidad del acto de adjudicación y la del contrato de concesión celebrado a raíz de esa decisión se ejercieron dentro del término de los 30 días siguientes a la notificación del demandado acto y luego de haberse celebrado el referido contrato.

Esta circunstancia abre paso a que, además de analizar la validez del acto de adjudicación y la nulidad del contrato que puede originarse tras constatar la ilegalidad de aquel, también se estudie la prosperidad del efecto restablecedor perseguido por el demandante.

En el caso concreto, la Sala evidencia que el acto de adjudicación se profirió en audiencia celebrada el 28 de junio de 2004, a la cual asistieron todos los proponentes interesados, incluyendo el ahora demandante, quien se notificó por estrados de esa decisión. El contrato de concesión GG-040 se celebró como producto del acto de adjudicación fue suscrito el 1 de julio de 2004.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*“La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, (...) con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiera que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal”.*

De lo expuesto se colige que el término de treinta días de caducidad, en principio, habría empezado a correr a partir del día siguiente de la aludida fecha, el 29 de junio del mismo año, y se habría de vencer el 11 de agosto de 2004.

Al haberse presentado la demanda el 10 de agosto de 2004, se desprende que su interposición se produjo oportunamente para ventilar las pretensiones de la nulidad del acto de adjudicación y la nulidad absoluta del contrato, como consecuencia de aquella, así como su pretensión indemnizatoria.

3. Análisis de la apelación

En atención a que los cargos de los recursos de apelación interpuestos por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado son idénticos en lo que hace a las razones expuestas para conservar la legalidad del acto de adjudicación anulado en primera instancia, la Sala procederá a desatarlos de forma simultánea.

Los recurrentes advirtieron que no existió nulidad del acto de adjudicación proferido en el marco de la licitación pública INCO 001-03, porque las propuestas de la promesa de sociedad futura Concesión Bogotá - Girardot y del consorcio Vial del Sumapaz se hallaban en situaciones disímiles en cuanto a la forma en que acreditaron la experiencia de su asistente técnico en la construcción de túneles.

Explicaron que mientras en el primer caso el proponente brindó respuestas satisfactorias y allegó documentos idóneos y pertinentes que despejaron las inconsistencias halladas, en el segundo evento las respuestas dadas por el consorcio fueron vagas, ambiguas y los documentos allegados para respaldar su dicho revelaban contradicciones, lo que llevó al ente estatal a desplegar una actuación más minuciosa y profunda, en orden a verificar la veracidad de la experiencia acreditada por este en cuanto a la fecha de construcción del túnel Mocotíes y su longitud.

Así pues, en orden a desatar el recurso de apelación, procede la Sala a referirse al contenido y alcance del pliego de condiciones en relación con los requisitos para la acreditación de la experiencia en construcción de túneles de los proponentes, a partir de lo cual examinará lo ocurrido durante el procedimiento de selección INCO 001 de 2003:

3.1. Las reglas del pliego de condiciones que gobernó la licitación INCO 001 de 2003 en relación con la acreditación de experiencia en construcción de túneles

En los pliegos de condiciones que rigieron la licitación pública INCO 001 de 2003, adelantada con el objeto de escoger la oferta más favorable para celebrar el “*contrato de concesión, para el diseño, la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot*”, se destacan las siguientes reglas, relevantes para la resolución del caso⁶.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4), el criterio de experiencia fue concebido como un requisito habilitante, en virtud del cual la propuesta podría ser calificada como aceptable o no aceptable, dependiendo de si se cumplían los requerimientos especificados.

El numeral 4.1.1.2.1 establecía que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

4.1.1.2.1. Experiencia en construcción de túneles.

El proponente deberá acreditar que durante los diez (10) años anteriores a la fecha de presentación de la propuesta ha celebrado y ejecutado contratos, solo o en consorcio o en unión temporal o en cualquier otra forma de asociación que tenga por objeto una cualquiera de las siguientes actividades:

- 1. La construcción de un túnel carretero de por lo menos tres (3) kilómetros de longitud, para lo cual no se considera como experiencia admisible la construcción de túneles de trinchera abierta. Esta experiencia podrá ser acreditada con contratos cuya ejecución esté por lo menos en un grado de avance de por lo menos el sesenta por ciento (60%) medido como % sobre el total del costo del proyecto, o,*
- 2. La construcción de por lo menos dos túneles carreteros de uno punto cinco (1.5) kilómetros de longitud cada uno, o,*
- 3. Haber construido un túnel carretero de por lo menos uno punto cinco (1.5) kilómetros de longitud y estar participando actualmente en la construcción de un túnel carretero de una longitud de por lo menos dos (2) kilómetros. Esta experiencia podrá ser acreditada con contratos cuya ejecución esté por lo menos en un grado de avance. No se considera como experiencia admisible la construcción de túneles a trinchera abierta, o,*
- 4. La construcción de por lo menos tres túneles carreteros de un kilómetro de longitud cada uno⁷.*

⁶ Folios 744 a 1.146 de la AZ 3.

⁷ Folio 785 de AZ 3.

En adenda No. 2 del 19 de diciembre de 2003, se modificó el subnumeral 4) del numeral 4.1.1.2.1., el cual quedó así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

4) La construcción de por lo menos tres (3) kilómetros de túneles carreteros en no más de cuatro (4) contratos. En todo caso, al menos uno de los contratos que se acredite deberá referirse a la construcción de un túnel carretero de más de un (1.0) kilómetro de longitud. Esta experiencia podrá ser acreditada con contratos terminados. También se admite que uno (1) de los cuatro (4) contratos que se acrediten, su ejecución esté por lo menos en un grado de avance del sesenta por ciento (60%)⁸.

Mediante adenda No. 3 del 17 de febrero de 2004, se introdujeron los siguientes subnumerales al numeral 4.1.1.2.1., previstos como alternativas para acreditar la experiencia en construcción de túneles (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

5.- la construcción de por lo menos un (1) túnel carretero de por lo menos (1) kilómetro de longitud y la construcción de por lo menos (4) cuatro kilómetros de túnel férreo y/o de metro en no más de dos (2) contratos.

6.- La construcción de por lo menos un (1) túnel carretero de por lo menos un (1) kilómetro de longitud y la construcción de por lo menos seis kilómetros de túneles hidráulicos en no más de dos (2) contratos⁹.

De los requisitos previstos para la acreditación de la experiencia en construcción de túneles, se desprende la existencia de una regla general y de seis subreglas:

La regla general indicaba el marco temporal dentro del cual debían **celebrarse y ejecutarse** los contratos que se habrían de admitir para la acreditación de la experiencia en construcción de túneles, cuyas especificidades estaban descritas en las subreglas. Así, según dicho postulado, tendrían esa virtualidad aquellos que se hubieran celebrado y ejecutado dentro de los diez años anteriores a la fecha de presentación de las propuestas.

En defecto, resultarían inadmisibles aquellos contratos que se hubieran celebrado por fuera de ese lindero, pero cuya ejecución se hubiera producido total o parcialmente en vigencia de este, en tanto la nitidez de la regla prescribía de

⁸ Folio 1.432 a 1.433 de la AZ-4

⁹ Folio 1.457 de la AZ 4.

manera categórica que tanto su celebración como su ejecución debía producirse dentro de ese plazo.

A su turno, las subreglas, agrupadas en seis alternativas, cualquiera de las cuales podía ser elegida al arbitrio del proponente, contemplaban: i) el objeto de los contratos que podrían hacerse valer en orden a demostrar la experiencia, todos los cuales tenían como común denominador la construcción de túneles de diversas características, ya fuera carreteros, férreos o hidráulicos; ii) la longitud y estado de avance de su construcción en función de su valor y iii) el número máximo de contratos que debían presentarse para su validación.

Se precisa, además, que el cumplimiento de las seis subreglas debía, en todo caso, ajustarse al límite temporal fijado en la regla general. En ese sentido, cualquiera fuese la subregla elegida por el oferente, los contratos que exhibiera para su acreditación debían haberse celebrado y ejecutado dentro de los diez años anteriores a la fecha de presentación de la oferta.

Con todo, en algunos casos se permitía que la construcción de túnel, iniciada dentro de ese lapso, no hubiera terminado para la fecha en que se presentara la propuesta.

Tal fue el evento recogido en las subreglas 1) y 4).

Por ser de especial relevancia, para resolver la controversia, la Sala se detendrá en el análisis de la subregla 4), debido a que fue esta la alternativa escogida por el demandante consorcio Vial del Sumapaz para la acreditación de su experiencia en la construcción de túneles.

Según su lectura, la subregla estableció la opción de acreditar la construcción de: i) tres kilómetros de túnel carretero, ii) en no más de cuatro contratos; iii) uno de esos contratos debía contemplar la construcción de un túnel carretero de más de un kilómetro; iv) debía tratarse de contratos terminados.

En la parte final de ese numeral se contempló la posibilidad de que uno de los cuatro contratos estuviera en un estado de avance del sesenta por ciento (60%). Podría entonces tratarse de un contrato no terminado, pero que se hubiera celebrado e iniciado en el plazo de 10 años previsto en la regla general y se encontrara en grado de avance del 60% al momento de presentación de la propuesta.

Ello se explica en que, como se anotó, todas las subreglas debían respetar la premisa general de haber sido celebrados y ejecutados dentro de los diez años anteriores a la presentación de la propuesta. Por tanto, la hermenéutica que subyace a este requisito no da lugar a equívocos en cuanto a que el avance permitido debía iniciarse y alcanzarse en el precitado marco temporal de diez años. No antes de iniciar ese plazo, ni después de culminarlo.

La exégesis de estos artículos del pliego merece dos comentarios adicionales.

Como se aprecia, las seis alternativas previstas en las subreglas partían de la acreditación de la construcción de túneles, cuestión que conduce a concluir que los contratos presentados para acreditar la experiencia debían contemplar dentro de su objeto todas las actividades o ítemes que integran esa noción.

Con esto, la Sala quiere poner de presente que para los propósitos exigidos en el documento precontractual no resultaban admisibles contratos que concibieran la ejecución de una parte, como lo sería, a título ilustrativo, el revestimiento en concreto del túnel y dejara por fuera la actividad de excavación o viceversa.

No resultaría plausible un entendimiento opuesto, precisamente, en tanto el objeto del contrato de concesión que se habría de celebrar como resultado del procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala contemplaba la construcción del túnel Sumapaz, por lo que el requerimiento de la acreditación de la experiencia en la ejecución de una obra de estas dimensiones demandaba el conocimiento y experticia frente a todos los componentes que la integraban, entre ellos, por supuesto, su excavación.

Otro aspecto que debe destacarse es que en las subreglas 1) y 3) se proscribió la posibilidad de acreditar la experiencia con túneles a trinchera abierta. De ahí que, al no ser expresamente incorporada esa restricción en las subreglas restantes, cabría colegirse que en estos eventos sí era viable la demostración de ese requisito a través de este método constructivo de túneles.

En los anteriores términos, queda despejada para la Sala la interpretación que debía dispensarse al numeral 4.1.1.2.1. del pliego de condiciones que

determinaba la forma en que podría acreditarse la experiencia en construcción de túneles.

En consonancia con lo anterior, según lo dispuso el numeral 4.1.2. del pliego, esta experiencia “*deberá ser acreditada por la persona natural o jurídica proponente directamente o a través de asistentes técnicos*”¹⁰.

De otro lado, en caso de existir información inexacta suministrada por los proponentes en relación con este punto, el numeral 4.1.3 del pliego estableció que el INCO se reservaba el derecho de verificar la información aportada por los proponentes y de rechazar las propuestas en las cuales se incluyera información falsa¹¹.

Adicionalmente, en el numeral 5.2 y 5.3 del pliego de condiciones se establecieron las siguientes reglas en relación con la información en que se fundamentaban las propuestas (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

5.2. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS PROPUESTAS

*El INCO podrá requerir a los proponentes las aclaraciones que considere necesarias y solicitar los documentos que encuentre convenientes, siempre que con ello no se violen los principios de igualdad y transparencia de la contratación pública, sin que las aclaraciones o documentos que el proponente allegue a solicitud del INCO pueda modificar o complementar la propuesta.
(...)*

Los proponentes deberán suministrar aclaraciones, allegar los documentos o subsanar las omisiones en mención, en el plazo que para el efecto señalará el INCO de manera expresa dentro del texto de su requerimiento.

El INCO también podrá requerir informes a terceros, cuando lo considere conveniente o necesario para el análisis y evaluación de las propuestas.

5.3. INFORMACION INEXACTA

Su durante el término de evaluación de las propuestas hasta la fecha de adjudicación del contrato se evidencia que la información y las declaraciones presentadas por el proponente contienen elementos de carácter relevante inexactos, podrá rechazarse su propuesta.

*Se entenderá que una información o declaración es un elemento relevante para efectos de este numeral, cuando sea determinante en la adopción de las decisiones relacionadas con la adjudicación de la Licitación y la suscripción del contrato de concesión*¹².

3.2. Los hechos probados en relación con:

¹⁰ Folio 790 de AZ 3.

¹¹ Folio de la AZ 3.

¹² Folio 797 a 798 de la AZ 3

3.2.1. La acreditación de la experiencia en la construcción de túneles de los oferentes consorcio Vial del Sumapaz y promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

Se precisa por la Sala que en consideración al inmenso cúmulo del material probatorio que reposa en el expediente, el recuento que se hará a continuación se referirá exclusivamente a los elementos que resultan de relevancia para decidir el caso concreto, en congruencia con las súplicas de la demanda, los fundamentos de la sentencia de primera instancia y los argumentos de la apelación interpuesta en su contra¹³.

Al procedimiento de selección INCO -001/03 se presentaron cinco oferentes, entre ellos, el consorcio Vial del Sumapaz integrado por Mario Huertas Cotes, sociedad ICEIN S.A. y sociedad ICM Ingenieros Ltda.¹⁴ y la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. conformada por la sociedad MNV S.A., sociedad GAS KPITAL GR S.A., sociedad Álvarez y Collins S.A., sociedad Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados Ltda. y Alejandro Char Chaljub¹⁵.

El término para presentar las propuestas venció el 27 de febrero de 2004.

Para acreditar la experiencia en construcción de túneles, el consorcio Vial del Sumapaz presentó como asistente técnico a la sociedad Obresca C.A.¹⁶. En el anexo 3 de la propuesta escogió la alternativa del subnumeral 4)¹⁷ del numeral 4.1.1.2.1 del pliego de condiciones.

¹³ Es importante poner de presente que la gran mayoría de documentos procedentes de organismos o autoridades extranjeras fueron aportados con sus respectivas constancias de haber sido consularizados y apostillados. Con todo, también reposan otros documentos que, aun cuando en los oficios remisorios cruzados en el procedimiento de selección se informó que venían legalizados con constancia de apostille y así fue confirmado por el INCO al hacer referencia a estos en los respectivos documentos precontractuales, en varios casos no son visibles en el expediente las referidas constancias. También ocurre que se encuentran en cuadernos y *azetas* diferentes a aquellos en los que aparecen los documentos que se afirma haberse legalizados, lo que impone una gran dificultad para su cotejo.

Como consecuencia, al no haber sido materia de reparo esa circunstancia frente a los documentos que interesan para la resolución del caso durante las observaciones presentadas contra las propuestas y tampoco lo fue en la demanda ni en la apelación, la Sala no se detendrá a analizar en detalle las constancias de legalización de cada uno de los documentos que a continuación se referirán.

¹⁴ La fecha de presentación de su propuesta fue el 27 de febrero de 2004 de las AZ 21 y 22.

¹⁵ La fecha de presentación de su propuesta fue el 27 de febrero de 2004 cuadernos 27 y 28.

¹⁶ Folio 1.560 de la AZ 4.

¹⁷ 4) *La construcción de por lo menos tres (3) kilómetros de túneles carreteros en no más de cuatro (4) contratos. En todo caso, al menos uno de los contratos que se acredite deberá referirse a la construcción de un túnel carretero de más de un (1.0) kilómetro de longitud. Esta experiencia podrá ser acreditada con contratos terminados. También se admite que uno (1) de los cuatro (4) contratos*

Obresca C.A. fundamentó su experiencia en la construcción del túnel carretero Mocotíes de 1.270 metros, ubicado en la vía de acceso de la carretera Panamericana en el estado de Mérida, Venezuela, cuya ejecución se llevó a cabo en 1994 en desarrollo del contrato No. 01/94 entre esta y la sociedad Conintur C.A.¹⁸.

A su turno, la promesa de sociedad futura Autopista Bogotá Girardot S.A. presentó como asistente técnico, entre otros, a la sociedad Condux S.A. de C.V.¹⁹. La opción escogida para la acreditación de la experiencia fue la consignada en el subnumeral 6)²⁰ del numeral 4.1.1.2.1 del pliego de condiciones.

Condux S.A. de C.V. sustentó su experiencia en la construcción del túnel hidráulico de conducción con una longitud de 7.1 km, el cual hizo parte del proyecto hidroeléctrico de Zimapán ubicado en Querétaro, México, ejecutada en 1994, en virtud del contrato celebrado con el consorcio Zimapán.

3.2.2. Las observaciones frente al primer informe de evaluación

El 17 de marzo de 2004 se rindió el primer informe de evaluación, en el cual se consideraron aceptables todas las propuestas presentadas. Tras la calificación, el consorcio Vial del Sumapaz ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad y la promesa de sociedad futura Autopista Bogotá Girardot S.A. ocupó el segundo.

Durante el traslado del informe de evaluación²¹ se presentaron las siguientes observaciones en relación con la experiencia en construcción de túneles, tanto del consorcio vial del Sumapaz como de la sociedad futura Autopista Bogotá Girardot S.A., como se evidencia a continuación:

Frente a la propuesta de la sociedad futura Autopista Bogotá Girardot S.A.:

que se acrediten, su ejecución esté por lo menos en un grado de avance del sesenta por ciento (60%)

¹⁸ Folio 64 de la AZ 22.

¹⁹ Folio 1.583 de AZ 4.

²⁰ 6.- *La construcción de por lo menos un (1) túnel carretero de por lo menos un (1) kilómetro de longitud y la construcción de por lo menos seis kilómetros de túneles hidráulicos en no más de dos (2) contratos.*

²¹ De conformidad con el contenido del acto de adjudicación, el informe de evaluación de las propuestas permaneció en la subgerencia de estructuración del INCO del 23 al 29 de marzo del 2004 y las observaciones formuladas contra el informe permanecieron allí mismo desde el 30 de marzo hasta el 2 abril de 2004 para que los oferentes presentaran las contra observaciones que consideraran procedentes.

En síntesis, se controvirtieron las fechas de inicio y finalización de la construcción del túnel hidráulico del proyecto hidráulico Zimapán, el período tan corto en que se produjo su realización, por lo que varios proponentes indicaron que tales anomalías debía aclararlas la Comisión Federal de Electricidad de México²².

Frente a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz:

En relación con la construcción del túnel Mocotíes en Venezuela, se adujo en las observaciones que existían datos que no coincidían con la realidad, tales como la longitud del túnel que no correspondía a 1.270 metros, como lo informaba el consorcio, sino a 1.067,71 metros; la fecha de celebración del contrato no hacía referencia a un solo negocio sino a varios suscritos entre 1987 y 1990 entre el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela y Continuar C.A. y no en 1994; las obras de excavación del túnel concluyeron en 1989, cinco años antes de lo que aducía el proponente²³.

²² Así se desprende de los siguientes documentos:

La promesa de sociedad futura Concesión Vial Bosa presentó observaciones frente al túnel hidráulico Zimapán. Se adujo que, a pesar de decirse en la propuesta que su construcción inició en 1994, ciertamente la página web de Impregilo, sociedad integrante del consorcio Zimapán, se decía que había iniciado en 1990 y concluido en 1994. Al efecto, adjuntó impresiones de la página de internet, la cual obra en idioma italiano. Folios 1.755 a 1.757 de la AZ 4.

El consorcio Vial del Sumapaz cuestionó la experiencia del asistente técnico de este oferente, Condux S.A. de C.V., por cuanto había indicado en su propuesta que la construcción de los túneles hidráulico y carretero, el puente y la rehabilitación de la carretera de acceso al proyecto hidráulico Zimapán se habían construido en nueve meses, lo cual resultaba imposible, a lo que agregaba que, según la página web de la sociedad Impregilo, se observaba que dicho proyecto había iniciado en 1990 y se desconocía la participación de Condux S.A. de C.V. en su ejecución. Manifestó que, al no tener documentos oficiales que acreditaran la anterior afirmación, solicitaba al INCO que requiriera a la entidad contratante, Comisión Federal de Electricidad de México, para que suministrara la información correspondiente. Folios 1.828 a 1.826 de la AZ 4.

La promesa de sociedad futura Centro Vial S.A. advirtió que, según el documento del ICA, se señalaba que el proyecto Zimapán se inició en abril de 1989 y terminó en el año 1994, lo que rebasó el plazo de inicio del proyecto previsto en el pliego. Precisó que la gestora de ese contrato, CFE Comisión Federal de Electricidad de México, era la que debía certificar la fecha de ejecución de túneles que decía haber construido la sociedad Condux S.A. de C.V. Como soporte de su dicho advirtió que en la página de internet de la fundación ICA de México podía consultar las fechas en que se llevó a cabo el mencionado proyecto. Folios 1.841 a 1.842 de la AZ 4.

²³ Folios 1.849 a 1.866 de la AZ 4. La promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., como sustento de sus observaciones, allegó los siguientes documentos:

- Declaración notarial rendida el 16 de marzo de 2004 ante la Notaría Vigésima Primera del municipio Libertador del Distrito de Caracas, por el ingeniero José Antonio Uzcátegui Salas, exdirector general sectorial de viabilidad terrestre del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela, quien expresó que las obras correspondientes a la construcción del túnel Mocotíes la construyó Conintur C.A., sin que mediara contratista y que los trabajos iniciaron en 1987. Folios 1.867 a 1.868 de la AZ 4 y folios 1.929 a 1.944 de la AZ 4.

En escrito del 5 de abril de 2004, la promesa de sociedad futura Autopista Bogotá Girardot S.A., según había anunciado en su escrito inicial de observaciones, complementó los documentos en que sustentó sus observaciones frente a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz y, al efecto, allegó una certificación expedida el 29 de marzo de 2004, en el municipio de Mérida por el

Como soporte de las observaciones formuladas se allegaron, entre otros documentos, la declaración rendida el 16 de marzo de 2004 ante la Notaría Pública del Estado de San Diego, Estado Carabobo Venezuela, por el ingeniero Héctor Luis Moreno Guerrero²⁴, quien se desempeñó como supervisor designado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela, de la construcción de las obras de la carretera Panamericana, entre las cuales se encontraba la construcción del túnel Mocotíes. En relación con ese punto, advirtió que los trabajos relacionados con el túnel Mocotíes se iniciaron en 1987 y en 1989 ya se habían concluido las labores de la excavación del túnel²⁵.

Adjuntó como soporte de su declaración copia de documentos suscritos por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela y el ingeniero supervisor Héctor Luis Moreno Guerrero, producidos con ocasión de los contratos en cuya virtud se ejecutaron las obras referidas al túnel Mocotíes, a través de los cuales el ingeniero Héctor Luis Moreno Guerrero realizó las labores

ingeniero Omario Alvarado, funcionario del departamento de proyectos del Ministerio de Infraestructura de Venezuela, en la que hizo constar que el túnel de Mocotíes es de 1.117.81 metros y existía una excavación a cielo abierto de una longitud de 55.10 metros y excavación normal en 1.062.71 metros; afirmaba que la fecha de comienzo de los trabajos fue el 9 de diciembre de 1987. En esta certificación consta que el túnel Mocotíes tiene una longitud de 1.062.71 m. Folio 2.009 de la AZ5 y folios 3.557 a 3.558 de la AZ8.

²⁴ Al respecto, se observa que, mediante oficio del 26 de abril de 2006, el Tribunal Administrativo remitió carta rogatoria al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, adjuntando exhorto remitido al consulado de Colombia en Venezuela, para que practicara inspección judicial con exhibición de documentos asociados a la construcción del túnel Mocotíes, que reposaban en el Ministerio de Infraestructura de Venezuela y para que practicara los testimonios de los señores Heberto Altuve, Omario Alvarado, Mauricio Giamapoli y Héctor Luis Moreno.

La anterior comisión fue atendida por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de Venezuela – Dirección General de Relaciones Consulares, por conducto de la Dirección de Investigación de Delitos de la Función Pública- Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas.

En la declaración rendida por el ingeniero Héctor Luis Moreno Guerrero, quien se desempeñó como inspector de la construcción de la carretera Mérida – Panamericana, se ratificó lo dicho en aquella oportunidad al advertir:

En el mes de septiembre del año 1987, entré a realizar trabajos en la carretera Mérida – Panamericana (...) el 9 de septiembre de 1987 se comenzó la excavación del túnel en la parte superior o bóveda y se culminó en enero del año 1989, quedando pendiente 250 metros de construcción, esta información reposa en informes mensuales que todavía dispongo y que fueron entregados en su momento a la Dirección Estatal del Ministerio de Transporte y de Comunicaciones actualmente llamado Ministerio de Infraestructura estos trabajos estuvieron a cargo de Conintur C.A. de la cual formaba parte de las empresas Esfega C.A. y Astaldi S.P.A, la longitud total del túnel según mis registros es 1062,71 metros.

Allegó a su declaración, copia fotostática del informe mensual de marzo de 1989 y, en foto a color de 27 de marzo del año 1989, se muestra que la excavación del túnel Mocotíes en estado de avance, al igual que copia fotostática de informe gerencial de abril de 1989; así mismo, en copia fotostática de informe gerencial de septiembre de 1990, se incorporan fotos a color que muestran la protección de taludes en el portal norte del túnel Mocotíes. Folios 39 a 75 de la carpeta 3.

²⁵ Folios 1.876 a 1.879 de la AZ4.

mencionadas²⁶. El contenido de los referidos documentos contractuales se ilustra en el siguiente cuadro:

Fichas descriptivas del objeto del contrato, su identificación, las partes que los suscriben sus plazos y su valor. Se encuentran firmadas por el representante del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y por el ingeniero supervisor.	Actas de comienzo de obra. Se encuentran firmada por el representante del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y por el ingeniero supervisor.	Actas de terminación. Se encuentran firmada por el representante del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y por el ingeniero supervisor.	Actas de recibo definitivo. Se encuentran firmadas por el representante del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y por el ingeniero supervisor.
Contrato VIAL-87-ME-00401 del 1 de septiembre de 1987. Objeto: carretera Mérida Panamericana, coordinación, supervisión e inspección túneles de estanques, santa teresa, viaductos quebrada Mocotíes	1 de septiembre de 1987	21 de octubre de 1987	
Contrato 9468. Objeto: carretera Mérida Panamericana, proyecto e inspección técnica.	31 de diciembre de 1987	15 de marzo de 1988	15 de abril de 1988
Contrato 09468-1. Objeto: carretera Mérida Panamericana, tramo Estanquez - quebrada del diablo, coordinación proyectos e inspección técnica	30 de diciembre de 1987	30 de septiembre de 1988	1 de noviembre de 1988
Contrato 09468-2. Objeto: construcción de obras de la carretera Mérida Panamericana	30 de mayo de 1988	23 de junio de 1989	25 de julio de 1989
Contrato 09468-3. Objeto: coordinación, proyecto e inspección técnica de la construcción de obras de la carretera Mérida Panamericana. Tramo Estanquez- Quebrada del Diablo	24 de agosto de 1989	20 de septiembre de 1989	30 de octubre de 1989
Contrato 09468-3 Objeto: coordinación, proyecto e inspección técnica de la construcción de obras de la carretera Mérida Panamericana. Tramo Estanquez Quebrada del Diablo	16 de marzo de 1990	16 de julio de 1990	17 de agosto de 1990
Contrato No. 11687 Objeto: coordinación, proyecto e inspección técnica de la construcción de obras de la carretera Mérida Panamericana. Tramo Estanquez Quebrada del Diablo	17 de julio de 1990	16 de octubre de 1990	
Contrato No. 1.047 Objeto: coordinación, proyecto e inspección técnica de la construcción de obras de la carretera Mérida Panamericana. Tramo Estanquez Quebrada del Diablo	17 de octubre de 1990	10 de enero de 1991	
Contrato No. 12650 Objeto: coordinación, proyecto e inspección técnica de la construcción de obras de la carretera Mérida Panamericana. Tramo Estanquez Quebrada del Diablo	2 de enero de 1991	16 de febrero de 1991	18 de marzo de 1991
Contrato No. 15609 Objeto: carretera Mérida Panamericana. Coordinación de la gerencia de inspección de obras.	31 de diciembre de 1992	15 de junio de 1993	

²⁶ Folios 1.886 a 1.921 y folios 1.922 a 1.924 de la AZ4.

En oficio del 23 de abril de 2004, la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., dando alcance a las observaciones formuladas a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz, allegó el acta de inspección judicial llevada a cabo el 23 de abril de 2004 por el Juez Primero de los municipios de Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado de Mérida, Venezuela²⁷.

En desarrollo de esa inspección, el juzgado se trasladó a la sede del Ministerio de Infraestructura de Venezuela, diligencia en la que incorporó la certificación expedida por el director del centro regional de coordinación del Estado Mérida del Ministerio de infraestructura de Venezuela, arquitecto Heberto Altuve, y los documentos contractuales adjuntados por ese funcionario y relacionados con la construcción de la carretera Mérida Panamericana²⁸.

Los documentos contractuales aportados por el Ministerio de Infraestructura en el trámite de la inspección judicial se relacionan con contratos celebrados entre el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela y Conintur C.A. entre 1986 y 1992, los cuales se encuentran firmados por ambas partes y corresponden a sus extractos denominados "*documento principal para la construcción de obra pública*" descriptivos de su objeto, su plazo, su valor, actas de inicio, actas de terminación y actas de recepción parcial o definitiva de obras²⁹.

La información que se extrae de esos documentos se consigna en el siguiente cuadro:

Número del contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Descripción de su objeto
86 VIAL PTI-8482	30/12/1986	23/05/1988	Carretera Mérida Panamericana – Túnel Mocotíes construcción.
87 VIAL PTI-8482-1	30/12/1987	27/09/1988	Carretera Mérida Panamericana, construcción Túnel Mocotíes, puente río Mocotíes progresivas 21+ 950 y accesos, estado Mérida.
88 VIAL PTI-8482-2	21/04/1988	10/08/1989	Carretera Mérida Panamericana – Túnel Mocotíes y accesos construcción, estado Mérida
8482-3	17/07/1989	15/11/1989	Carretera Mérida Panamericana – Túnel Mocotíes y accesos construcción, estado Mérida
10962	27/12/1989	27/07/1990	Progresiva 23+315 al 23+365 construcción, estabilización de taludes, remoción de derrumbes y drenajes
11770	03/09/1990	06/03/1991	Estabilización, protección falso túnel, progresiva 22+258 a 23+160

²⁷ Folios 2.621 a 2.633 de la AZ6.

²⁸ En la certificación en mención se hace constar que en la carretera Mérida Panamericana existen cuatro túneles: Estanquez, Caña Brava, Santa Teresa y Mocotíes. Advirtió que en la ejecución de este último participó Conintur C.A. y que la fecha de inicio de su construcción data del 9 de enero de 1987 y finalización del 17 de mayo de 1993, precisando que ninguno de los túneles ejecutados de esa vía fue ejecutado a partir de 1994. Señaló que la longitud del túnel Mocotíes era de 1.602,71 metros. Folios 2.634 a 2.635 de la AZ6.

²⁹ Folios 2.690 a 2.736 de la AZ6.

12326	28/12/1990	08/07/1991	Obras de protección y recubrimiento e instalaciones electromecánicas túnel Mocotíes
12326-1	17/05/1991	16/06/1992	Obras de protección y recubrimiento e instalaciones electromecánicas túnel Mocotíes
12326-2	02/07/1992	31/01/1993	Construcción del revestimiento definitivo e instalaciones electromecánicas túnel Mocotíes III etapa de la carretera Mérida Panamericana, estado Mérida.
12326-3	30/12/1992	17/05/1993	Obras de protección, revestimiento, instalaciones electromecánicas túnel Mocotíes IV etapa en la carretera Mérida panamericana. Estado Mérida

3.2.3. Las respuestas a las observaciones presentadas frente al primer informe de evaluación

A través de oficio del 6 de abril de 2004, la entidad solicitó al Ministro de Infraestructura de Venezuela que precisara cuál era el contrato o contratos suscritos para la construcción del túnel Mocotíes carretera Mérida – Panamericana, indicando fecha de celebración, inicio de ejecución y terminación de los contratos suscritos. Solicitó que en caso de existir varios contratos para la construcción del túnel Mocotíes, indicara el objeto de cada uno de ellos, así como la longitud del túnel³⁰.

En respuesta, mediante oficio del 2 de abril de 2004, el Ministro de Infraestructura de Venezuela informó al Ministro de Transporte de Colombia (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

El túnel Mocotíes de una longitud de 1.270 ML es uno de los cuatro túneles que forman parte de la carretera Mérida – Panamericana que une las ciudades de Mérida y El Vigía, ambas en el Edo. de Mérida. Para la construcción del mismo se suscribieron diferentes contratos con la empresa Conintur C.A. cuyos objetos se refirieron específicamente a la Construcción de las obras civiles y electromecánicas necesarias para la completa ejecución del túnel. Todas estas obras se ejecutaron a entera satisfacción del Ministerio, tanto en los lapsos de ejecución como en la calidad de las obras³¹.

Una vez conocidas por las proponentes las diferentes observaciones presentadas frente a sus ofertas, procedieron a responderlas de la siguiente manera:

- **La promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.**

Respondió en escrito del 1 de abril de 2004 y en ese sentido explicó que las obras relacionadas con el proyecto hidráulico de Zimapán fueron ejecutadas por el

³⁰ Folios 2.477 a 2.478 de la AZ6.

³¹ Folio 2.543 de la AZ6.

consorcio Zimapán, del cual la sociedad Condux S.A. de C.V. fue subcontratista y que los trabajos del túnel de conducción fueron elaborados entre el 7 de marzo de 1994 y el 23 de noviembre de 1994, lo cual mostraba que se habían ejecutado en el plazo de 10 años anteriores a la presentación de la propuesta –26 de febrero de 2004-.

Como soporte de su dicho adjuntó los siguientes documentos:

Certificación expedida por el representante del consorcio Zimapán, Héctor Chávez Jiménez, en la que hizo constar que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Que la empresa denominada CONSORCIO ZIMAPAN integrado por las firmas CONDUX S.A. DE CV., IMPREGILO SPA, DUMEZ INTERNATIONAL y COGEFAR IMPRESIT, ejecutó para la COMISION FEDERAL DE ELECTRICIDAD DE LA REPUBLICA DE MEXICO, la construcción del proyecto hidroeléctrico Zimapán, ubicado en el municipio de Cadereyta, Querétaro.

Que el consorcio ZIMAPAN celebró un contrato con la firma CONDUX S.A. DE C.V para que esta realizara los siguientes trabajos para la culminación del proyecto hidroeléctrico Zimapán:

1.- Construcción de 7.10 km del Túnel hidráulico de conducción. Descripción de los trabajos: excavación del túnel de conducción con una sección promedio de 27 m2, incluyendo los tratamientos de soporte temporal de la roca necesarios: anclaje de fricción inyectados con mortero o con resina epoxica, drenes, concreto lanzado y maya, inyecciones de contacto concreto – roca y de consolidaciones necesarias.

2.- Construcción de 1.10 km del túnel carretero ubicado en la vía de acceso Puerto Salitre - Boquilla (Entronque en la carretera federal 120). Descripción de los trabajos: túnel con una sección en portal de 7.0 x 7.0 metros, excavado en roca, incluyendo los tratamientos de soporte de la roca necesarios (marcos y placas de acero estructural, anclaje de fricción, concreto lanzado, malla de alambre electrosoldado) y alumbrado permanente.

(...).

Que la firma CONDUX C.A. de C.V. realizó los trabajos en el plazo requerido y se hizo responsable por la totalidad de las obras mencionadas anteriormente, así como de la calidad de las mismas; las cuales fueron recibidas a entera satisfacción por parte de la Comisión Federal de Electricidad.

Fecha del contrato: 2 de marzo de 1994.

Plazo de ejecución: 9 meses.

Fecha de inicio de los trabajos: 7 de marzo de 1994.

Fecha de terminación de los trabajos 23 de noviembre de 1994³².

Certificación expedida por la Comisión Federal de Electricidad de México, en la que hizo constar (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Que el CONSORCIO ZIMAPAN ejecutó la construcción del proyecto hidroeléctrico Zimapán, que en desarrollo del mismo ejecutó entre el periodo comprendido entre marzo de 1994 a febrero de 1995, las siguientes actividades:

1.- excavación del túnel de conducción (túnel hidráulico) según cualquiera de las cuatro diferentes secciones indicadas en los planos correspondientes, con una sección promedio de 27.0 m² y longitud de 20.800 metros aproximadamente. Durante el periodo de marzo de 1994 a febrero de 1995. Se ejecutaron 7.100 metros del total antes anotado.

2.- Construcción del túnel caminero (vial) en el camino de acceso Puerto Salitre – Boquilla: sección de portal de 7.0 m x 7.0m, el túnel fue excavado en roca, con una longitud de 1.600 metros de longitud aproximadamente incluyendo los tratamientos de soporte de la roca necesarios (marcos y placas de acero estructural, anclaje de fricción, concreto lanzado, malla de alambre electro soldada) y alumbrado permanente. Entre marzo de 1994 a febrero de 1995, se ejecutaron aproximadamente 1.100 metros.

(...).

Los anteriores trabajos fueron ejecutados por el CONSORCIO ZIMAPAN conformado por las empresas CONDUX S.A. de C.V, IMPREGILO, SPA, DUMEZ INTERNATIONAL Y COGEFAR IMPRESIT COSTRUZIONI GENERALI mismas que han constituido el consorcio siendo solidariamente responsable de la ejecución de los trabajos totales del proyecto³³.

- **Consortio vial del Sumapaz**

El 1 de abril de 2004 respondió las observaciones presentadas frente a su propuesta, así³⁴:

En relación con el proyecto “carretera Mérida – Panamericana”, informó que Conintur C.A y Obresca C.A, el 1 de marzo de 1994, celebraron el subcontrato 01/94 para la construcción del 100% del túnel de Mocotíes de 1.270 metros lineales con una sección acabada de 80.51 m² en la vía de acceso a la citada carretera. Como sustento de su dicho, se remitió al contenido de la certificación expedida por el presidente de Conintur C.A. en el cual se lee (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

³² Folios 2.052 a 2.053 de la AZ5.

³³ Folios 2.055 a 2.056 de la AZ5.

³⁴ Folios 2.164 a 2.188 de la AZ 5.

2.- Que en desarrollo de esas relaciones contractuales CONINTUR C.A. y la empresa OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A. (...), celebraron el contrato el subcontrato 01/94 de fecha 01 de marzo de 1994 para la construcción del ciento por ciento (100%) de un túnel vial en la carretera Mérida- Panamericana tramo Estanquez quebrada el diablo, estado Mérida, de 1270 metros lineales con una sección acabada de 80.51 m² en la vía de acceso de la citada carretera, sobre el cual el subcontratista OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A. asumió directamente la responsabilidad por los resultados de esa ejecución.

3.- Que la iniciación de la construcción del túnel vial del acceso de 1270 metros lineales se inició en el mes de marzo de 1994 y con un plazo de ejecución de quince (15) meses.

4.- Que el túnel vial del acceso al que se refiere esta certificación tiene las siguientes características:

Área de túnel 80.51 m²

Longitud 1270 m

Excavaciones 95.380,80 m³

Concreto en solera y proyectado 32.985,15 m³

(...).

5.- Que la obra correspondiente al referido túnel vial de acceso quedó concluida en el mes de julio de 1995.

6.- Que el túnel vial de acceso al que se ha hecho referencia fue recibido a entera satisfacción por CONINTUR C.A. el día 18 de agosto de 1995³⁵.

Acompañó los estatutos de Conintur C.A., en los cuales se acreditó la calidad de su presidente, quien suscribió la anterior certificación³⁶.

También adjuntó copia del contrato 01/94 suscrito entre Conintur C.A. y Obresca C.A., cuyo objeto consistió en la “construcción del Túnel Mocotíes, carretera Panamericana, tramo Estanquez- Quebrada del Diablo, Estado de Mérida”³⁷.

Igualmente, el consorcio Vial del Sumapaz se pronunció frente a los documentos aportados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. y afirmó que los funcionarios que emitían las certificaciones no tenían competencia, pues no estaban presentes en las fechas en que inició la construcción del túnel. Adujo que los contratos relacionados hacían referencia a la construcción de otros túneles o un túnel distinto al presentado en su propuesta³⁸.

³⁵ Folios 2.191 a 2.192 de la AZ 5.

³⁶ Folios 2.200 a 2.212 de la AZ 5.

³⁷ Folios 2.213 a 2.216 de la AZ 5.

³⁸ En escrito del 21 de abril de 2004, el consorcio vial del Sumapaz allegó la gaceta oficial No. 37644, en la que constataba la competencia para expedir ese tipo de certificaciones sobre la

Respecto de los documentos contractuales presentados por la promesa de sociedad futura Autopista Bogotá Girardot para desvirtuar su experiencia en la construcción del túnel Mocotíes, indicó que, según certificación expedida por Conintur C.A, se observaba que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Contrato 8482-2: se refiere a la construcción de los accesos entre la carretera y el túnel.

Contrato: 8482-3: se refiere a una adición del contrato 8482-2.

Contrato 10962: se refiere a la remoción de derrumbes, construcción de obras de drenaje y estabilización de taludes de carretera de acceso al túnel, mediante pantallas atirantadas.

Contrato 11770: se refiere a la protección y estabilización de los taludes del falso túnel mediante pantallas atirantadas³⁹.

Por lo que ninguno de ellos hacía referencia a la construcción del túnel Mocotíes.

3.2.4. Lo ocurrido en la audiencia de adjudicación llevada a cabo el 26 de abril de 2004

El 26 de abril de 2004 se inició la audiencia de adjudicación⁴⁰ de la licitación INCO-0001-03, prevista inicialmente para esa fecha. En esa oportunidad, la entidad respondió las observaciones formuladas contra la experiencia del asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot, Condux S.A. de C.V.

En relación con el documento denominado “*aportaciones a la ingeniería de presas en México*”, cuaderno 26 de la fundación ICA, en el que se transcribe un cronograma de obra en el cual constaba la realización de trabajos del proyecto hidroeléctrico de Zimapán antes de febrero de 1994⁴¹, el INCO consideró que no

ejecución de contratos era del Director General del Cuerpo de Ingenieros. Folios 2.738 a 2.750 de la AZ6.

En oficio del 21 de abril de 2004, el consorcio Vial del Sumapaz se reafirmó en las observaciones presentadas contra la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. en relación con la competencia para expedir las certificaciones por parte del consorcio Zimapán y por la Comisión Federal de Electricidad de México Folios 2.758 a 2.770 de la AZ 6.

³⁹ Folio 2.190 de la AZ 5.

⁴⁰ Folios 6.443 a 6.517 de la AZ 13.

⁴¹ Folios 3.024 a 3.028 de la AZ 7.

constituía una bitácora de obra o un documento contractual, sino un documento de divulgación orientado al análisis de los avances aportados por ese proyecto a la ingeniería y, aunque tenía un cronograma de obra, no hacía mención a los contratos en virtud de los cuales se llevó a cabo su ejecución.

En torno a la impresión de la página web de Impregilo, en la que se señalaba que la iniciación de obras del proyecto hidroeléctrico Zimapán se produjo en 1990 y su terminación en 1994, la entidad estimó que debía hacerse extensiva la respuesta dada en relación con el cuaderno 26 de la fundación ICA y se refirió al contenido de la certificación expedida por la Comisión Federal de Electricidad de México, en la que se hallaba la descripción de las obras. Con base en ello estimó que las observaciones no prosperaban.

Al pronunciarse sobre las observaciones presentadas frente a la experiencia en construcción de túneles de Obresca C.A., advirtió que existió una cantidad considerable de información contradictoria aportada en relación con el túnel Mocotíes, por lo que el INCO instó a los interesados a que rindieran las explicaciones del caso sobre las inconsistencias halladas.

Entre las intervenciones presentadas en esa etapa, se destacan las siguientes:

El representante del consorcio Vial del Sumapaz advirtió que, con el propósito de dar equidad a la selección, debía oficiarse al Ministerio del ramo de México para que aportara las certificaciones sobre la construcción de las obras del proyecto hidroeléctrico Zimapán, tal cual había procedido el INCO en relación con el Ministerio de Infraestructura de Venezuela.

La sociedad futura Centrovial presentó observaciones frente a la experiencia en construcción de túneles de Condux S.A. de C.V. y argumentó que la certificación expedida por la Comisión Federal de Electricidad de México, además de no coincidir en las fechas con la expedida por el consorcio Zimapán, no tenía soportes de la construcción de las obras que allí se hacían constar, pues no se aportaron los contratos que dieran fe de su ejecución.

Luego de escuchar las múltiples intervenciones de los proponentes, el INCO decidió suspender la audiencia de adjudicación, con el fin de realizar las gestiones tendientes a despejar con mayor claridad los aspectos asociados a la experiencia en construcción de túneles.

3.2.5. La información recibida luego de la suspensión de la audiencia de adjudicación

En relación con la experiencia del asistente técnico Condux S.A. de C.V., asistente técnico de la sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., se recibieron los siguientes documentos:

Mediante oficio del 5 de mayo de 2004, el proponente, sociedad Concesionaria Centro Vial, allegó: i) tesis de geología y técnica, aspectos constructivos del túnel de conducción de 21 km ph Zimapán, presentada por Javier Hernández Gómez, para optar por el título de ingeniero civil.⁴²; ii) folleto de la Comisión Federal de Electricidad de México⁴³, denominado proyecto hidroeléctrico de Zimapán, en el que se lee un cronograma de obra, de conformidad con el cual la fecha del cierre del túnel se realizó en noviembre de 1993; iii) avisos de prensa del diario Querétaro en su edición del 11 de mayo de 1993⁴⁴, que contienen felicitaciones a la Comisión Federal de Electricidad de México por la terminación del túnel de conducción; iv) actas de entrega y recepción del proyecto hidroeléctrico Zimapán con sus anexos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, expedida por la Comisión Federal de Electricidad de México, en la que se informa que la fecha de inicio de los trabajos correspondió al 22 de junio de 1990, su terminación data del 24 de noviembre de 1994 y el recibo final se produjo en febrero de 1995⁴⁵.

En oficio del 6 de mayo de 2004, el consorcio Vial del Sumapaz presentó los siguientes documentos: i) certificación de la Comisión Federal de Electricidad de México-Subdirección de proyectos de inversión financiada, en la que se detalla que el túnel de conducción del proyecto hidroeléctrico de Zimapán tiene 20.940 metros y que la fecha de inicio de su construcción fue el 19 de febrero de 1991 y su terminación fue el 30 de julio de 1994⁴⁶; ii) registro público de propiedad y de comercio del Distrito Federal de la ciudad de México No. 129.240, en el que se relacionan los documentos que han sido suscritos ante ese registro por parte del consorcio Zimapán, sin que aparezca referencia a la capacidad de representación de Héctor Chávez Jiménez⁴⁷.

⁴² Folios 3.616 a 3.767 de la AZ9.

⁴³ Folios 3.775 a 3.792 de la AZ9.

⁴⁴ Folios 3.794 a 3.796 de la AZ9.

⁴⁵ Folios 3.798 a 3.959 de la AZ9.

⁴⁶ Folios 3.583 a 3.585 de la AZ 8.

⁴⁷ Folios 3.565 a 3.578 de la AZ 8

En oficio del 10 de mayo de 2004, el INCO remitió a la sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. todas las observaciones y la requirió para que presentara las explicaciones del caso. Le solicitó que aportara los contratos suscritos entre la Comisión Federal de Electricidad de México y el consorcio Zimapán, así como los subcontratos suscritos entre este y Condux S.A. de C.V., acompañados de las actas de obra, en los que constara la ejecución de los ítemes ejecutados, los informes de avance de obra, la finalización y entrega de las obras, en los que se indicara el objeto contratado y ejecutado, las fechas de su ejecución y los avances y finalización de las obras⁴⁸.

En cumplimiento de dicha solicitud, la sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en oficio del 18 de mayo de 2004, como respuesta allegó una certificación suscrita por el representante del Consorcio Zimapán, Héctor Chávez Jiménez, en cuyo contenido se rindieron las explicaciones del caso⁴⁹.

En orden a fundamentar sus explicaciones, se acompañaron los siguientes documentos:

- Escritura pública 31.785, otorgada el 6 de octubre de 2003 en Notaría Pública No. 0105 de Naucalpán de Juárez, México, en la que se protocolizó el poder

⁴⁸ Folios 4.349 s 4.350 de la AZ9.

⁴⁹ Indicó que la tesis de geología y técnica, *aspectos constructivos del túnel de conducción de 21 km ph Zimapán* presentaba muchas inconsistencias que no consultaban la ejecución de la obra y no era idónea para acreditar las actividades ni su fecha, ya que su objetivo era obtener el título de ingeniero civil por parte de un estudiante.

En relación con la inscripción de actos del consorcio en el registro público de propiedad y de comercio del Distrito Federal de México, explicó que la falta de inscripción de su representación en ese registro no afectaba la capacidad de su representante, habida cuenta de que, según las leyes mexicanas, la naturaleza de ese documento es declarativa no constitutiva, como lo establecía el artículo 3008 del Código Civil Federal del cual adjuntó copia Folios 5.164 a 5.166 de la AZ11 Y folios 5.167 a 5.169 de la AZ11.

Para sustentar la capacidad del señor Héctor Chávez Jiménez para actuar en calidad de representante del consorcio Zimapán, allegó una copia de la escritura pública 109.495 otorgada ante la Notaría 68 del Distrito Federal de México, mediante la cual se protocolizaron dos actas de reunión suscritas el 31 de enero de 1991 en Chicago, Estados Unidos, en la que los miembros del consorcio Zimapán le concedieron al señor Héctor Chávez Jiménez poder para representar al consorcio ante cualquier clase de autoridad gubernamental, representar al consorcio ante autoridad judicial, de policía y administrativa. Folios 5.153 a 5.163 de la AZ 9.

Respecto de los extractos del diario de Querétaro y el folleto de la Comisión Federal de Electricidad de México precisó que, si bien allí se indicaba que la construcción del túnel de conducción terminó en mayo de 1993, ello hacía referencia a sus secciones 2, 3 y 4, mientras que la sección 1 fue la que se construyó entre marzo y julio de 1994.

Frente a la certificación expedida por la Comisión Federal de Electricidad de México- subdirección de proyectos de inversión financiada expedida por Julio Antonio Díaz Vargas, precisó que se desconocía la competencia del funcionario suscribiente.

conferido por la Comisión Federal de Electricidad de México, a través de su subdirector de Construcciones, al ingeniero Humberto Marengo Mogollón, coordinador de proyectos hidroeléctricos, para ejercer los actos de administración y celebrar y formalizar todo tipo de contratos de obra pública y para representar a la Comisión ante las autoridades judiciales y administrativas⁵⁰.

-. Contrato de obra pública No. 901025, celebrado el 10 de abril de 1990 entre la Comisión Federal de Electricidad de México y la sociedad Condux S.A. de C.V., por el cual la Comisión encomendó al contratista la construcción de las obras de desvío, contención, generación y excedencias e infraestructura del proyecto hidroeléctrico Zimapán, junto con tres contratos adicionales suscritos entre el 6 de junio de 1994 y el 1 de diciembre de 1994⁵¹.

-. Encomienda de trabajo suscrita el 2 de marzo de 1994, entre el consorcio Zimapán y la sociedad Condux S.A. de C.V., con el fin de que este último ejecutara actividades descritas en el anexo de cantidades aproximadas, varias de ellas relacionadas con el túnel de conducción. Anexo de cantidades aproximadas y actas de recibo mensual⁵².

-. Actas de entrega y recepción de volúmenes e importes de obra ejecutada en desarrollo del contrato 901025, las cuales se encuentran suscritas por el representante de la Comisión Federal de Electricidad de México, el supervisor y el consorcio Zimapán, en cuyo texto se observan las cantidades de obra ejecutadas que se identificaron con el ítem (*Exc. T. de C. cualquier Mat. p/ baja prod. Sec. 1.*) y que, según explicó el consorcio Zimapán, correspondían al ítem de excavación del túnel de conducción – sección 1⁵³.

De otra parte, en relación con la experiencia del asistente técnico del consorcio vial del Sumapaz, Obresca C.A., en torno a la construcción del túnel Mocotíes, se cruzó entre los proponentes y el INCO la siguiente información:

De acuerdo con lo señalado en la audiencia de adjudicación suspendida el 26 de abril del 2004, dada la información incompleta que se recibió por parte del Ministerio de Infraestructura de Venezuela en relación con la construcción del

⁵⁰ Folios 5.253 a 5.257 de la AZ11.

⁵¹ Folios 5.170 a 5.252 y de la AZ 11.

⁵² Folios 5.258 a 5.265 y 5.275 a 5.283 de la AZ11.

⁵³ Folios 5.266 a 5.274 de la AZ 11.

túnel Mocotíes, el 28 de abril de 2004 el INCO solicitó a ese ministerio que complementara los datos suministrados en la certificación expedida el 22 de abril de 2004, en el sentido de indicar la fecha de inicio y finalización del túnel Mocotíes.

En ese oficio, el INCO le informó al Ministerio (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

En el contexto del proceso licitatorio, algunos de los proponentes nos han hecho llegar diversos documentos emanados de funcionarios del Ministerio de Infraestructura de Venezuela, los cuales contienen información contradictoria en cuanto a la fecha de ejercicio del túnel Mocotíes se refiere.

De una parte, la certificación del 29 de marzo de 2004, suscrito por el Ingeniero Omario Alvarado, Profesional del Departamento de Proyectos del Ministerio de Infraestructura (Mérida) señala que la fecha de los trabajos correspondientes al Túnel Mocotíes fue el 9 de diciembre de 1997.

Por otra parte, el ingeniero Luis Carlos Figueroa Alcalá, Director General del Cuerpo de ingenieros, mediante certificación de 12 de abril de 2004, ha señalado que las obras civiles correspondientes al Túnel Mocotíes se iniciaron en el año 1994 y terminaron el 21 de mayo de 1999.

Finalmente, el Arquitecto Herberto R. Altuve, Director del Centro Regional del Ministerio de Infraestructura en el Estado de Mérida, mediante oficio CRME/DAALC/388 del 21 de abril de 2004 y refiriéndose a la construcción del túnel Mocotíes ha certificado que la fecha de inicio de los trabajos fue el 9 de enero de 1987 y la de terminación el 17 de mayo de 1993, sin que hubiera existido ejecución de túnel alguno en la carretera Panamericana con posterioridad a 1994.

Debo aclarar que uno de los proponentes en el proceso licitatorio nos ha informado que esta última certificación ha sido incorporada en una diligencia de inspección judicial⁵⁴.

En respuesta, el Ministerio de Infraestructura de Venezuela, mediante oficio dm/dgci/2004-0659, fechado en Caracas el 28 de abril de 2004, informó que⁵⁵(se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

El túnel Mocotíes de una longitud de 1.270 ML es uno de los cuatro túneles que forman parte de la carretera Mérida – Panamericana que une las ciudades de Mérida y El Vigía, ambas en el Edo. de Mérida. Para la construcción del mismo se suscribieron diferentes contratos con la empresa Conintur C.A., cuya ejecución definitiva dependió tanto del objeto como de la programación y

⁵⁴ Folios 3.291 a 3.292 de la AZ8.

⁵⁵ Folios 3.293 a 3.294 de la AZ8.

de los montos disponibles en los presupuestos anuales aprobados en el Ministerio para tal obra. Por lo tanto, a continuación, describimos un resumen de las cantidades ejecutadas más relevantes así como una tabla resumen de los contratos relacionados con la obra:

Cantidades más relevantes

Área del túnel	0.51 M2	8
Longitud	.270 MI	1
Excavaciones	5.380.80 M3	9
Concreto en suelo y proyectado	2.985.15 M3	3
Acero de refuerzo	23.654.31 kg	5
Tuberías instaladas	.738.09 MI	2
Anclajes y pernos	2.026.80 MI	3

1.- Contratos referidos a los accesos provisionales para el Túnel Mocotíes

Contratos	Fecha firma del Ministro	Objeto
6 vial PTI-8482	0/12/86	La construcción de los accesos provisionales al sitio de construcción del Túnel Mocotíes (construcción de las vías de acceso, remoción de derrumbes, obras de drenaje, estabilización de taludes con pantallas atirantadas, tuberías de subdren, etc).
7 vial PTI-8482-1	0/12/87	Idem
8 vial PTI-8482-2	1/04/88	Idem
9 vial PTI-8482-3	7/07/89	Idem
9 vial PTI-10	7/12/89	Progresiva 23+315 construcción, estabilización de taludes, remoción de derrumbes y drenajes.

2.- Contrato referido a estabilización de taludes en zonas relacionadas al túnel Mocotíes.

Contrato	Fecha firma del ministro	Objeto
0-vial -11770	3/09/90	Estabilización y protección falso túnel progresivas 22+256 a 23+160

3. Contratos referidos a obras provisionales y obras para acceso a portales.

r. Contrato	Fecha firma del ministro	Fecha inicio	Fecha de terminación	Objeto	Actividad principal
0 vial - 12326	8/12/90	enero 91	julio 91	Obras de protección, revestimiento e instalaciones electromecánicas	Obras provisionales
1- vial PTI-	7/5/91	8 Mayo	7 Junio 92	Idem	

12326-1		91			
2-vial LV- 12326-2	2/07/92	de Julio 92	1 de enero de 93	Idem	
3- vial - 12326-3	0/12/92	Enero 93	7 Mayo 93	Idem	

4- Contratos referidos al Túnel (Longitudes 1.270 ml, área 80.51 m2)

3- vial- 12326-	0/12/93	Enero 94	Junio 95	Construcción obras civiles y portal Este del Túnel Mocotíes. Ramo Estanquez quebrada del Diablo Carretera Mérida -Panamericana, Edo. Mérida	xcavación estabilización. evestimiento túnel.
3- vial 12326-5	0/12/93	enero 94	5 marzo 94	Ídem	
4-vial- 12326-6	0/12/94	enero 95	5 diciembre 95	Ídem	
4-vial- 12326-7	0/12/94	Enero 95	5 Abril 95	Idem	
4-vial- 12326-8	0/12/94	Enero 95	5 Abril 95	Idem	
4- vial - 12326-9	0/12/94	enero 95	julio 95	Idem	

5. Contratos referidos a la Subestación, iluminación, ventilación y otros

5- vial - 12326- 10	8/12/95	Enero 96	0 de septiembre 96	Carretera Mérida -Panamericana construcción de obras civiles y electromecánicas progresiva 21+000 a 31+000 tramo Estanques quebrada del Diablo, Edo. Mérida	Subestaciones eléctricas. Canalizaciones Iluminación Ventilación Pintura y señalización
5-vial- 12326- 11	9/12/95	enero 96	8 agosto 96	Idem	
6-vial- 12326- 12	/09/96	2 septiembre 96	1 Marzo 97	Idem	
6-vial - 12326- 13	7/12/96	enero 97	9 abril 97	Idem	
6-vial- 12326- 14	1/12/96	Enero 97	9 Mayo 98	Idem	
				Idem.	

7-vial-12326-15	3/07/97	Agosto 97	1 Mayo 99		
-----------------	---------	-----------	-----------	--	--

En oficio de 6 de mayo de 2004, la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Girardot Bogotá S.A. allegó copia del acta de inspección judicial llevada a cabo el 4 de mayo de 2004 por el Juzgado Sexto del Municipio de la Circunscripción Judicial de Caracas, en la sede de la Dirección General del Cuerpo de Ingenieros del Ministerio de Infraestructura, en desarrollo de la cual se examinó el contenido de las actas o cuadros de cierre de obras ejecutadas en cumplimiento de los contratos Nos. 08482-2 del 21 de abril de 1988; 08482-3 del 17 de julio de 1989; 10962 del 27 de diciembre de 1989; 11770 del 3 de septiembre de 1990; 12326-1 del 17 de mayo de 1991; 12326-2 del 2 de julio de 1992; 12326-3 del 30 de diciembre de 1992⁵⁶.

Las copias de los documentos contractuales a los que se hizo referencia fueron incorporadas en la diligencia de inspección judicial.

Otro de los proponentes, promesa de sociedad Futura Centrovial S.A., en escrito del 6 de mayo de 2004, allegó varios documentos para controvertir la experiencia de Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes, entre ellos, la declaración rendida ante el consulado de Colombia en Mérida, por el ingeniero Jesús Eduardo Rojas Uzcátegui⁵⁷.

El INCO, mediante comunicación del 10 de mayo de 2004, remitió al consorcio Vial del Sumapaz todos los documentos aportados y advirtió que, teniendo en cuenta que tales documentos decían estar relacionados con el proyecto Túnel Mocotíes, le solicitaba que:

i) informara si esos documentos fueron suscritos por Conintur C.A. o algunos de sus funcionarios; ii) informara si alguno de ellos no tenía que ver con la ejecución del proyecto en que esa empresa intervino; iii) en caso de que esos documentos no correspondieran o no reflejaran las obras desarrolladas por Conintur C.A. en

⁵⁶ Folios 4.202 a 4.324 de la AZ 9.

⁵⁷ En esa declaración se afirmó: *Fui ingeniero residente de la obra "Construcción del Túnel Mocotíes" en la carretera Mérida Panamericana (Rafael Caldera) desde el mes de enero de 1987 hasta el mes de octubre de 1997 (fecha de su inauguración) ejecutado directamente por la empresa CONINTUR C.A sin subcontratistas. A mediados del año 1993 se terminó el recubrimiento definitivo en concreto armado del Túnel Mocotíes* Folios 3.554 a 3.560 de la AZ 8.

ese proyecto, remitiera copia de los contratos, de las actas de obra con indicación de los ítemes ejecutados, los avances de obra en los que se desprendiera el objeto contratado y la fecha de la realización de la obras; iv) explicara, con los debidos soportes, las diferencias existentes entre las obras desarrolladas en esos documentos y aquellas adelantadas por Conintur C.A. en el marco del proyecto⁵⁸.

Adicionalmente, le requirió que allegara los documentos que dieran cuenta de la ejecución del subcontrato 01/94, en los que se discriminaran los ítemes de obra ejecutados, los pagos hechos a los subcontratistas, a lo que agregó que las explicaciones rendidas debían estar avaladas por Conintur C.A u Obresca C.A.

A través de documento del 18 de mayo de 2004, el consorcio Vial del Sumapaz respondió a la anterior solicitud, en los siguientes términos⁵⁹ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Los proponentes que han objetado la validez de la información presentada por el consorcio que represento amparan sus afirmaciones en documentos, testimonios etc en los que aparentemente se certifica o da fe de hechos, actividades u obras cumplidas dentro del proyecto general, que incluía actividades relacionadas con los accesos, obras provisionales, portales, estabilización de taludes, remoción de derrumbes e inicio de una parte de la excavación del túnel Mocotíes, todo lo cual ocurrió en cumplimiento de los contratos Nos. 8482 de 1986, 8482-1 de 1987, 8482-2 de 1988, 8482-3 de 1989, 10962 de 1989, 12326 de 1990, 12326-1 de 1991, 12326-2 de 1992 y 12326-3 de 1992, suscritos en el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – hoy Ministerio de Infraestructura – y la firma CONINTUR CA.

Es importante resaltar que en nuestra propuesta no se pretende hacer la experiencia de CONINTUR CA sino la de OBRESCA CA la cual para el caso que nos ocupa se generó como consecuencia de su contrato 01/94 cuyo objeto fue la construcción del túnel Mocotíes, el subcontrato que demuestra la experiencia de nuestro asistente técnico se suscribió e inició en el mes de marzo de 1994 y terminó en junio de 1995. Dentro del proyecto general de la construcción de la vía Panamericana del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela suscribió con CONINTUR CA el contrato 12326-4 para la realización, entre otras actividades, de las obras de protección revestimiento e instalaciones electromecánicas en el túnel Mocotíes de la carretera Mérida – Panamericana, estado Mérida. el plazo inicial de este contrato era de cinco meses, plazo que fue prorrogado hasta junio de 1995, para un total de 23 meses, tal como aparece en acta de terminación correspondiente. En este plazo adicional se suscribieron y ejecutaron otros contratos que corresponden a los números 12326-5, 12326-6, 12326-7, 12326-8 y 12326-9 todos relacionados con la construcción del Túnel Mocotíes (anexo1).

⁵⁸ Folios 4.352 a 4.355 de la AZ11.

⁵⁹ Folios 4.870 a 4.894 de la AZ 11.

Si bien el contrato No. 1236 se celebró para la construcción de las obras relacionadas con la protección, revestimiento e instalaciones electromecánicas en el túnel Mocotíes de la carretera Mérida – Panamericana no es menos cierto que este es el objeto general de una serie de contratos que se inician con el No. 12326 y terminan con el número 12326-15, adicionalmente, se insiste el objeto de estos contratos acreditan una relación entre el Ministerio de Transporte y Comunicaciones CONINTUR CA y no las relaciones que posteriormente surgieron entre esta última empresa y OBRESCA CA. La experiencia de nuestro asistente técnico surgió como consecuencia de un subcontrato que, obviamente tiene fecha posterior a la contratación entre el Ministerio y CONINTUR CA.

El subcontrato 01/94 suscrito entre CONINTUR CA y OBRESCA CA, cuyo inicio ocurrió en el mes de marzo de 1994, le permitió a esta última empresa asumir directamente la responsabilidad por los resultados de esa ejecución, tal como puede leer específicamente en el contenido del subcontrato y en su ejecución se realizaron actividades para la construcción de obras civiles que incluyeron la terminación de la excavación a lo largo del túnel, revestimiento en concreto, drenajes, subdrenajes, remoción de derrumbes y obras electromecánicas. Todo lo anterior en cumplimiento de las actividades relacionadas con la construcción del túnel Mocotíes que, como ya se dijo, se iniciaron dentro del contrato 12326-4 suscrito entre el Ministerio de Transporte y Comunicaciones y la firma CONINTUR CA.

(...)

Frente a la pregunta específica contenida en el literal a) de su oficio, debió señalar que el contenido de las carátulas de los contratos relacionados, así como las actas de comienzo y terminación corresponde efectivamente a los que ya me he referido, circunstancia que el consorcio que represento nunca ha desconocido. En relación con el literal b) debo señalar que se refiere aparentemente a documentos suscritos con ocasión de ejecución del proyecto, pero que han sido presentados en forma parcial e incompleta para hacer creer que nuestro asistente técnico no cuenta con la experiencia requerida en los pliegos de condiciones y, además, que la terminación de la construcción del túnel Mocotíes ocurrió antes de 1993, lo cual, como ha quedado claro no es cierto. Lo anterior se desprende, incluso, de la misma información remitida y de los documentos que se relacionan en este escrito, con los cuales quiero resaltar que para 1993 no se había culminado la construcción del túnel como lo demuestran los doce contratos que se ejecutaron a partir de 1994- contratos 12326-1 a 12326-15, que inexplicablemente no fueron incluidos por la promesa de la sociedad futura Bogotá - Girardot en la solicitud de inspección judicial que esta practicó el 27 y 30 de abril de 2004 y el hecho de que el túnel solo permitió el paso vehicular a partir del año 1995. (anexo 3)

Como sustento de sus afirmaciones, el consorcio Vial del Sumapaz allegó, entre otros, los siguientes documentos:

Certificado expedido el 12 de abril de 2004 por el director general	Consta que la empresa Conintur C.A ejecutó las obras civiles de la construcción de la carretera Mérida Panamericana de
---	--

del Cuerpo de Ingenieros del Ministerio de Infraestructura, anterior Ministerio de Transporte y Comunicaciones ⁶⁰ .	Mérida Túnel Mocotíes, que consistieron en trabajos de acceso al sitio de la obra, obras provisionales, portales del túnel, obras civiles (excavación, estabilización y revestimiento) y obras electromecánicas respectivas (iluminación, subestaciones eléctricas y ventilación). Indicó que las obras civiles se iniciaron en 1994 y finalizaron el 21 de mayo de 1999.
Comunicación expedida por el Ministerio de Infraestructura de Venezuela dirigida al Ministerio de Transporte de Colombia ⁶¹ .	Allí se informa que el túnel Mocotíes tenía una longitud de 1.270 ml. (es la misma certificación que se había allegado al INCO por parte de ese ministerio en respuesta a su solicitud inicial del 5 de marzo de 2004.
Declaración juramentada rendida el 11 de mayo de 2004 por el ingeniero Jesús Gerardo Uzcátegui ante el cónsul de Colombia en Mérida ⁶² .	En la que rectificó la declaración rendida el 6 de mayo de 2004 (y que fue aportada por el proponente Centrovial como soporte de sus observaciones) en el sentido de precisar que los trabajos de revestimientos del túnel iniciaron en 1994 y no en 1993 como había indicado y que Obresca C.A. sí participó en la ejecución de esas obras.
Certificación aclaratoria expedida el 11 de mayo de 2004 por el ingeniero Omar Alvarado, funcionario del departamento de proyectos del Ministerio de Infraestructura, reconocida ante el consulado de Colombia en Mérida ⁶³ .	En esa aclaración hizo constar que la longitud del túnel Mocotíes era de 1.208 metros ejecutada toda en excavación normal de túnel y no en cielo abierto y agregó que las certificaciones oficiales debían provenir del director general del Cuerpo de Ingenieros del Ministerio de Infraestructura.
Inspección judicial realizada el 10 de mayo de 2004, por el Juzgado del municipio de Sucre de la circunscripción del estado de Mérida ⁶⁴ .	En esa diligencia se dejó constancia de que la longitud del túnel Mocotíes era de 1.270 metros.
Certificación expedida el 13 de mayo de 2004 por el Consejo Profesional Nacional COPNIA ⁶⁵	Hace constar que el señor Eduardo Londoño López no se encuentra matriculado en ese organismo
Certificación expedida el 18 de mayo de 2004 por el ingeniero José Ignacio Bravo Uzcátegui, reconocida ante el consulado de Colombia en Mérida	Afirma que fue gerente de inspección de la construcción de la carretera Mérida Panamericana sector Estanquez el vigía desde 1991 hasta julio de 1993 y que el tránsito vehicular por los túneles de ese tramo se habilitó a partir de 1995.
Documentos relativos a la relación contractual existente entre Conintur C.A. y Obresca C.A. ⁶⁶	<p>Certificación expedida por Conintur C.A. y Obresca C.A., en la que consta que la relación contractual entre ambas empresas data del 1978 y que entre las obras desarrolladas está el túnel Mocotíes entre 1994-1995.</p> <p>Oficio suscrito el 15 de abril de 1987, por el cual Obresca C.A. le indica a Conintur C.A. que está realizando el recubrimiento del túnel Guamacán del proyecto hidráulico de Turumiquire.</p> <p>Convenio suscrito el 4 de mayo de 1987 entre Conintur C.A. y Obresca C.A. para la instalación de las losas en el túnel Guamacán.</p>

Ese mismo día, 18 de mayo de 2004, la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. aportó una nueva declaración rendida por el ingeniero Omar Rafael Alvarado Torres ante la Notaría Cuarta del estado de Mérida, en la que rectificó las afirmaciones realizadas en la nota aclaratoria del 11 de mayo de 2004 -*aportada por el consorcio Vial del Sumapaz*-⁶⁷.

⁶⁰ Folio 4.907 de la AZ 11.

⁶¹ Folio 4.918 de la AZ 11.

⁶² Folio 4.919 de la AZ11.

⁶³ Folios 4.920 de la AZ11.

⁶⁴ Folios 4.939 a 4.940 de la AZ11.

⁶⁵ Folio 4.905 de la AZ11.

⁶⁶ Folios 4.941 a 4.949 del AZ11.

⁶⁷ En esa oportunidad afirmó: *Con fecha 29 de marzo de 2004 emití una certificación donde mi firma fue reconocida por ante el consulado de Colombia en Mérida. República Bolivariana, relacionada con el túnel Mocotíes, construido por la empresa consorcio Conintur (...) y en la cual certifiqué la longitud del túnel Mocotíes y la fecha de la excavación del*

El 10 de junio de 2004, el INCO solicitó a la Comisión Federal de Electricidad de México que remitiera copia del contrato No. 901025 de 1990, suscrito entre esa comisión y el consorcio Zimapán y el documento de la constitución del consorcio Zimapán. Adicionalmente, le pidió que informara si la empresa Condux S.A. de C.V. construyó el túnel de conducción como subcontratista del mencionado consorcio⁶⁸.

Los documentos solicitados fueron allegados a través de la Embajada de Colombia en México mediante oficio del 18 de junio de 2004. En cuanto a la solicitud de información, el director de proyectos de Inversión financiada de la Comisión Federal de Electricidad de México indicó que el contratista de la obra fue el consorcio Zimapán, del cual era parte Condux S.A. de C.V., y en el contrato No. 901025 no se distinguía la participación separada de sus integrantes. Informó que desconocía los acuerdos internos del consorcio para desarrollar las actividades de ese proyecto⁶⁹.

De otro lado, en consideración a los diversos documentos que daban cuenta de distintas medidas de longitud del túnel Mocotíes, el INCO, antes de reanudar la audiencia de adjudicación, contrató la firma certificadora Bureau Veritas para que realizara directamente su medición. El estudio realizado dio como resultado las siguientes conclusiones⁷⁰ (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

túnel. Luego, con fecha 3 de mayo de 2004, ratifiqué lo dicho anteriormente agregando la fecha de terminación. Posteriormente, con fecha 11 de mayo emití un nuevo documento (aclaratorio) en el cual mi firma fue reconocida por ante ese mismo consulado en el cual afirmé que la longitud del túnel Mocotíes es de 1.208 metros, como excavación normal del túnel. Ahora bien, declaro expresamente lo siguiente: que no estuve presente en la inspección judicial realizada por un juez en el túnel Mocotíes la cual se me presentó a solicitud de parte interesada donde indicaba que la longitud de dicho túnel era de 1.208, 70 metros, lo cual me llevó a elaborar la aclaratoria del día 11 de mayo. SEGUNDO: Que he analizado de nuevo y detenidamente los informes de mediciones del túnel Mocotíes que reposan en los archivos del departamento de proyectos de MINFRA y que igualmente me trasladé al sitio de la obra para verificar la verdadera longitud del túnel Mocotíes y en base a estas consideraciones y análisis dejo expresa constancia y doy fe pública que lo señalado por mi persona en las certificaciones del 29 de marzo y 3 de mayo referente a longitud progresivas sección del túnel y fecha de inicio y terminación del túnel Mocotíes son válidos ya que fueron extraídos de los informes de ejecución de la obra presentados en la inspección y que reposan en los archivos del departamento de proyectos y corroborado por mí en el sitio de la obra.

Folios 5.120 a 5.122 de la AZ10.

⁶⁸ Folio 5.729 de la AZ 12.

⁶⁹ Folios 5.732 de la AZ 12 a 6.258 de la AZ13.

⁷⁰ En relación con la cuarta sección se explicó lo siguiente:

Posteriormente se encuentra un tramo de 57,00 metros, denominado ventana. Este tramo está conformado por estructuras metálicas con visual abierta al exterior por el costado derecho (Dirección Mérida – El vigía), pared encofrada (muro de contención) por el costado derecho y un techo formado por estructura metálica y recubierto con cauchos (llantas recicladas de automóviles) en su parte superior que sirven como amortiguadores de las piedras que caen desde la montaña.

Medidas verificadas:

1 era sección (progresiva 22+159,20): 60,80 metros

2da sección (progresiva 22+220,00): 1039,56 metros

3 era sección: 35,67 metros

4ta sección (ventana) 57,00 metros

5ta sección 12,34 metros.

3.2.6. Las decisiones adoptadas en la audiencia de adjudicación

Frente a la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., las observaciones presentadas en su contra y las respuestas brindadas por esta, junto con los documentos en que se sustentaban unas y otras en relación con la experiencia en la construcción del túnel de conducción del proyecto Hidroeléctrico Zimapán por parte de su asistente técnico Condux S.A. de C.V., el INCO finalmente concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

La excavación de la sección 1 del túnel de conducción del proyecto Zimapán fue ejecutada entre marzo y agosto de 1994, tal y como consta en las actas de obras suscritas por el consorcio Zimapán, la comisión Federal de Electricidad y el supervisor de la obra.

La totalidad de los trabajos del túnel de conducción del proyecto Zimapán terminaron en noviembre de 1994, tal y como consta en las actas de obra y en el acta de entrega – recepción del proyecto Hidroeléctrico Zimapán.

Los trabajos de construcción del túnel de conducción del Proyecto Zimapán fueron recibidos por la Comisión Federal de Electricidad en febrero de 1995, tal y como consta en el acta de entrega – recepción del Proyecto Hidroeléctrico Zimapán y en la certificación emitida por el Coordinador de Proyectos Hidroeléctricos.

Entre marzo y noviembre de 1994 Condux S.A. de C.V construyó con fundamento en la encomienda de trabajo de marzo 2 de 1994. 7.101 metros de un túnel hidráulico tal y como lo demuestran las actas de obra correspondientes a tales meses.

En consecuencia, el INCO no encuentra fundamento para modificar la calificación de aceptable en cuanto al cumplimiento de requisitos de

(...).

Aclaratorias

El plano enuncia a la 4ta sección (57,00) como “TRAMO TECHADO”. Este nombre dado para diferenciar este tramo de los dos adyacentes como la única sección que posee un techo estructural con pared a un costado y ventana al otro. En ningún caso significa que los tramos adyacentes (3era y 5ta sección) sean destechados. Por el contrario, según se puede ver en el video anexo al presente informe ambas secciones forman una continuidad constructiva con el resto del túnel. Folios 266 a 277 del AZ 20.

experiencia en construcción de túneles, otorgada en la PFS Autopista Bogotá – Girardot en el informe de evaluación⁷¹

(...).

La promesa de sociedad futura concesionaria centro vial presentó varios documentos con el oficio radicado No. 05648 del 5 de mayo de 2004, relacionados con la construcción el túnel de conducción del proyecto ZIMAPAN.

El INCO puso en conocimiento del proponente sociedad futura Autopista Bogotá Girardot los documentos antes mencionados en relación con el contenido de los mismos, debidamente soportados.

El proponente contestó y aportó prueba entre ellas copia de dos contratos adicionales y de las actas de entrega – recepción volúmenes e importes del proyecto Zimapán correspondientes a los meses de marzo a noviembre de 1994, las actas están suscritas por la Comisión Federal de Electricidad, el supervisor de la obra y el Consorcio Zimapán. En ella consta la ejecución de la obra de excavación del túnel de conducción discriminada durante los meses de marzo a agosto de 1994. Con posterioridad a esta fecha consta la ejecución de otras obras en relación con el mismo túnel y hay constancia de su entrega final en febrero de 1995. Valoradas las pruebas en su conjunto, demuestran efectivamente:

- a) Que la empresa CONDUX C.A. DE C.V. forma parte del Consorcio Zimapán.
- b) Que se celebró contrato denominado encomienda de trabajo entre dicho consorcio y la sociedad CONDUX C.A. DE C.V.
- c) Que en desarrollo de este contrato se ejecutaron obras de un túnel hidráulico para la Comisión federal de electricidad de México, y
- d) Que las obras de construcción del túnel (excavación y revestimiento) ocurrieron entre marzo y noviembre de 1994.

En el contrato entre CONDUX S.A. de C.V. y el consorcio Zimapán hay constancia de la responsabilidad que adquirió aquella empresa con el consorcio y en el contrato celebrado entre la CFE y el consorcio Zimapán, está pactada esa responsabilidad solidaria.

El cuestionamiento sobre el tiempo de nueve meses para la ejecución del túnel, es respondido por los técnico en el sentido de que sí es posible hacerlo porque se trató de un túnel hidráulico.

(...).

Además de lo expresado en el punto anterior conviene precisar algunos aspectos que fueron objeto de comentarios en la audiencia pública:

Se afirmó que Condux S.A. de C.V. fue subcontratista del consorcio Zimapán, pero que tal hecho estaba probado solo con una certificación. En efecto, a folios 27 y 28 del tomo VII de los documentos de la licitación, hay una certificación del representante legal del consorcio Zimapán, Héctor Chávez Jiménez, quien afirma expresamente que el consorcio Zimapán celebró un

⁷¹ Folio 6.383 de la AZ 13.

contrato con la firma Condux S.A. de CV. Para que esta realizara los siguientes trabajos para la culminación del proyecto hidroeléctrico Zimapán.

Però la verdad es que también se aportó el documento en que consta el CONTRATO DE ENCOMIENDA DE TRABAJO, celebrado entre el CONSORCIO ZIMAPAN y CONDUX S.A. DE C.V. para la ejecución de los ítems de las obras expresadas en el anexo de cantidades aproximadas, entre los cuales está lo concerniente al túnel de conducción con una longitud de 7.101 metros lineales.

En relación con la propuesta del consorcio Vial de Sumapaz y la experiencia de su asistente técnico Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes, el INCO, luego de apreciar los diversos documentos aportados y asociados a esa cuestión, consideró (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Ahora bien, para el INCO resulta relevancia establecer con precisión si, para la fecha de inicio de ejecución del subcontrato entre CONINTUR CA y OBRESCA, existían o no obras ya ejecutadas correspondientes a la construcción del túnel propiamente dicho. Lo anterior, por lo obvio de que es mediante ese subcontrato que el proponente consorcio Vial del Sumapaz pretende acreditar la experiencia en construcción de túneles requerida en el pliego de condiciones. En este marco, el INCO debe señalar que las descripciones incluidas en el oficio del Ministerio de Infraestructura de Venezuela acabadas de reseñar, no ofrecen elementos de juicio suficientes para establecer sin lugar a equívocos la real fecha de ejecución de las obras del túnel, habida cuenta de que -dentro de los documentos recibidos por el INCO- existen algunos, a los cuales pasaremos a referirnos en detalle, que indican que una parte sustancial de las obras del túnel Mocotíes fue ejecutada antes del año 1994.

2.2.1.2. Documentos que contienen la descripción técnica de las obras ejecutadas.

Antes de entrar en el análisis puntual, el INCO quiere precisar que la razón por la cual la entidad considera que estos documentos son elementos probatorios a los cuales debe otorgársele un especial valor, radica en el hecho de que los mismos corresponden a descripciones técnicas de los ítems de obra ejecutados, y a que -según se puede leer en los mismos- dichos documentos fueron producidos durante el período y con ocasión de la ejecución de las obras. Por su puesto el INCO consideró necesario poner en conocimiento del proponente consorcio vial del Sumapaz dichos elementos de prueba, con el fin de obtener su manifestación de si correspondían o no a los efectivamente elaborados con ocasión de las obras del túnel. La respuesta de dicho proponente se analiza más adelante.

Por ahora pasaremos a referirnos a los documentos citados y a las conclusiones que de ellos se derivan.

a). - cuadros demostrativos de cierre de obra

En primer lugar, de los cuadros demostrativos de los cierres de obra (aportados con la promesa de sociedad futura Autopista Bogotá Girardot en oficio de mayo 6 de 2004), se desprende, entre otras cosas, lo siguientes:

En cuanto a las obras ejecutadas hasta el año 1993 (contratos 8482, 8482-1, 8482-2, 8482-3, 10962, 11770, 12326, 12326-1, 12326-2 y 12326-3), se observa:

- *Según el cuadro demostrativo correspondiente al contrato No. 8482-2 fechado el día 10 de agosto de 1989 (fecha en que se suscribió el acta de terminación de dicho contrato), en virtud de este contrato se ejecutaron 62.291,66 metros cúbicos del ítem excavaciones en roca granito para perforación de túneles de fresca sana a meteorizada.*
- *Las anteriores obras de excavación estuvieron acompañadas de obras de estabilización tales como concreto proyectado, malla, pernos de anclaje, inyecciones de consolidación, drenes etc. Adicionalmente se ejecutaron perforación de exploración en el frente de excavación.*
- *Según el cuadro demostrativo correspondiente al contrato No. 8482-3 fechado el día 15 de noviembre de 1989 (fecha en que se suscribió el acta de terminación de dicho contrato) en virtud de este contrato se ejecutaron 6.170,92 metros cúbicos del ítem excavación en roca (granito) para perforación de túneles de fresca sana a meteorizada.*
- *Las anteriores obras de excavación estuvieron acompañadas de soporte permanente con arcos de acero (costillas) y recubrimiento (lagging) para apuntalamiento permanente en túneles.*
- *Los cuadros demostrativos correspondientes a los contratos Nos. 10962 y 11770, no evidencian obras sustanciales de excavación del túnel sino – principalmente ítems de obra relacionados con la estabilización de taludes, remoción de derrumbes y obras de drenaje dentro del túnel.*

A pesar de que no fueron aportados los cuadros demostrativos de cierre de obra correspondientes a los contratos 8482, 8482-1, 12326, 12326-1, 12326-2 ni 12326-3, de los documentos analizados se desprende con claridad que para la fecha de terminación del contrato 8482-3, es decir, el 15 de noviembre de 1989, se habían ejecutado al menos 68.462 metros cúbicos de excavación del túnel. Esta cantidad podría ser mayor por la ejecución correspondiente a los contratos – anteriores a 1994- respecto de los cuales no se aportaron los cuadros demostrativos señalados.

En consecuencia, tomando como base los datos contenidos del Ministro de Infraestructura según la cual el total del túnel Mocotíes ascendió a 95.380,80 metros cúbicos, el porcentaje de excavación al 15 de noviembre de 1989 fue de al menos 71%.

ii) en cuanto a las obras ejecutadas a partir del año 1994 (contratos 12326-4, hasta 12326-15), se observa:

- *Según el cuadro demostrativo correspondiente al contrato No. 12326-4, fechado el día 6 de junio de 1995 (fecha en que se suscribió el acta de terminación de dicho contrato) los ítems correspondientes a excavación en roca (granito) para perforación de túneles ascienden a 1995,80 metros cúbicos.*

- Los demás ítems ejecutados bajo el contrato 12326-4 (según el cuadro demostrativo correspondiente), así como los ítems descritos demostrativos de todos los demás contratos (12326-5 hasta 12326-15), no corresponde a obras de excavación del túnel Mocotíes. De dichos documentos se puede apreciar que las obras correspondieron entre otros, a la construcción de un falso túnel, muros en tierra Armada, obras de drenaje y obras electrogénicas del túnel Mocotíes.

Como se ve en los cuadros demostrativos del cierre de obra que fueron aportados, solo se demuestra la ejecución, a partir de 1994, de 1995,80 metros cúbicos de excavación de túnel, que corresponden aproximadamente el 2% del total de metros cúbicos de excavación certificado por el Ministro de Infraestructura.

b) informe de obra al mes de marzo de 1989.

Adicionalmente, el informe de obra al mes de marzo de 1989 (aportado mediante oficio del 6 de mayo de 2004 por Mincivil S.A. miembro de la promesa de sociedad futura Centro Vial S.A. señala que para marzo de 1989, el total excavación banca del túnel Mocotíes, llegaba a 1068,72 metros lineales.

c) valoración del contenido de los cuadros demostrativos y del informe de obra

Como puede verse, los anteriores documentos evidencian que una parte sustancial de la construcción del Túnel Mocotíes (al menos 71% de los metros cúbicos totales de excavación certificados por el Ministro de Infraestructura) fue ejecutada antes de 1994.

Es claro para el INCO que lo que consta en los anteriores documentos es irreconciliable con la subcontratación a la que se refiere el proponente consorcio Vial del Sumapaz en su propuesta, entre CONINTUR CA y OBRESCA CA, en tanto que, según lo afirma el representante de CONINTUR, el objeto de dicho subcontrato -celebrado y ejecutado entre marzo de 1994 y julio de 1995- habría sido la construcción del ciento por ciento (100%) de un túnel vial en la carretera Mérida – Panamericana, tramo Estanquez quebrada del Diablo, estado Mérida de 1270 metros lineales con una sección acabada de 81.51 m² en la vía de acceso a la citada carretera, sobre el cual el subcontratista OBRAS ESPECIALES OBRESCA CA asumió directamente la responsabilidad por los resultados de esa ejecución.

Dadas las fechas del subcontrato y -a la luz de los documentos donde constan los ítems de obra ejecutados a que hemos hechos referencia- las obras realizadas mediante el subcontrato no podrían haber incluido la totalidad de la construcción del túnel. Para tomar solo un componente fundamental de la construcción de túneles, es claro que a la luz de los documentos citados -el subcontrato no podría haber incluido la totalidad de las obras de excavación, en tanto dichas obras ya habían sido ejecutadas, en una parte sustancial como quedó dicho, antes de la celebración del subcontrato. Téngase en cuenta que la excavación de un túnel es por razones evidentes, uno de los componentes más importantes del concepto de construcción de túneles al que se refiere la experiencia exigida en el pliego de condiciones.

De lo anterior se derivaría que el subcontrato presentado por el proponente consorcio Vial del Sumapaz, relacionado con el túnel Mocotíes no puede ser tenido en cuenta como uno de los contratos en virtud de los cuales el proponente acredita la experiencia exigida en los pliegos de condiciones en esta caso es la correspondiente al subnumeral 4.1.1.2.1 el cual requería haber celebrado y ejecutado contratos durante los diez (10) años anteriores a la fecha de presentación de la propuesta que tengan por objeto (...).

Al respecto, debe anotarse que la acreditación de la experiencia del consorcio vial del Sumapaz en materia de construcción de túneles, de acuerdo con su propuesta, correspondiente a la construcción de 3,110 kilómetros [(sumando la totalidad del túnel Mocotíes – 1,270 kilómetros de acuerdo con la certificación del Ministerio de Infraestructura de Venezuela-) de no incluirse dicho túnel o de excluirse una parte sustancial del mismo (incluso una mínima parte, 111 metros) es claro que la experiencia que la experiencia del consorcio resulta insuficiente para cumplir con los requerimientos del pliego de condiciones.

(...).

A partir del análisis del informe prestado por Bureau Veritas y de los documentos que los soportan, el INCO pudo concluir que la estructura correspondiente a la sección 4 denominada 'tramo techado', de longitud 57.00 metros no corresponde a la estructura de un túnel o de un falso túnel toda vez que no corresponde a una excavación subterránea o a una estructura diseñada para soportar aludes de tierra o rellenos sobre esta.

Al finalizar la audiencia, la entidad estatal expidió la resolución No. 633 del 28 de junio de 2004, a través de la cual adjudicó la licitación pública INCO-001-2003 a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

3.3. Consideraciones sobre el tratamiento impartido por el INCO a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz frente a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles de su asistente técnico Obresca C.A.

Según se dejó sentado, en la etapa previa a la adjudicación se presentaron múltiples observaciones a las propuestas, acompañadas de documentos que evidenciaron la existencia de una cantidad importante de información contradictoria en relación con la experiencia del asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz, Obresca C.A., respecto de la construcción del túnel Mocotíes, en cuanto a la fecha de su construcción y a su longitud.

Dicho esto, de entrada, la Sala encuentra inadmisibles los argumentos del tribunal *a quo* de conformidad con el cual, no obstante existir evidentes discordancias en los documentos que soportaban su experiencia, el INCO debía privilegiar la información brindada por el proponente consorcio Vial del Sumapaz porque solo podría desestimarse en el evento de que se hubiera probado su falsedad.

Aceptar tal planteamiento equivaldría a anular de plano el derecho y las etapas concedidas por el ordenamiento a los proponentes que participan en un procedimiento de selección para que controviertan⁷², a través de elementos probatorios serios y sustentados, la correspondencia con la realidad de los distintos componentes que integran las ofertas de sus contendores.

Simultáneamente, conduciría a anular la facultad de verificación que tenía la entidad precontratante frente a la información que reposaba en las propuestas de los oferentes y que presentaran inexactitudes o inconsistencias⁷³. Esta labor se inspira en el principio de selección objetiva, en razón del cual, solo a partir de la certeza respecto del cabal cumplimiento de las exigencias del pliego de condiciones por parte de los proponentes, podría escogerse la oferta más favorable.

⁷² El numeral 8) del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece: *8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes.* (...).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de diciembre de 2007, exp. 1871, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. *Sobre la razón de ser y los alcances del traslado de los informes de evaluación, la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno, que se convirtió en la ley 80 de 1993, señaló: ‘...se otorga la facultad a los oferentes de conocer los informes, conceptos y decisiones producidos en el curso del proceso con el propósito de permitirles la formulación de observaciones y reparos, esto es, para que puedan discutirlos o controvertirlos en orden a preservar la igualdad de oportunidades (art. 24 inc. 2°)....se busca con ello no solo dar a conocer los estudios de cada una de las propuestas y su evaluación, sino también que los administradores reciban cierta colaboración de los participantes en el proceso de selección, quienes para el efecto tienen la oportunidad de ilustrar a la administración sobre hechos y circunstancias relevantes y que eventualmente hayan pasado desapercibidas’.*

⁷³ El numeral 3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos disponía: *De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.*

Sobre la potestad de verificación de la entidad ante la inexactitud en la información presentada, esta Corporación ha explicado: *Desde esta perspectiva, no advierte la Sala conducta ilegal o abusiva alguna de parte de la entidad demandada en cuanto se refiere a la verificación que hizo de la información financiera suministrada en su propuesta por la sociedad ÁVILA LTDA., puesto que a ello procedió con base en claras y precisas facultades legales e incluso con apego a la metodología determinada por la propia ley(...). En la medida en que en desarrollo de una actuación sustentada en precisos mandatos legales, la entidad estatal contratante pudo verificar de manera fehaciente –tal como también se puso de presente en el curso del proceso judicial que ahora se decide en segunda instancia– que en realidad existía una palmaria y notoria discrepancia entre la información que la sociedad actora consignó en sus estados financieros, presentados ante la entidad estatal contratante como parte de su propuesta, en comparación con la información que la misma sociedad plasmó en su correspondiente declaración de renta, hay lugar a concluir entonces que resultó acertada la consideración que en su momento hizo explícita la entidad pública demandada en el sentido de calificar ese proceder de la sociedad proponente como contrario al mandato de la Buena Fe, consistente en el deber de presentar información veraz.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, exp. 24.059, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

No podía el INCO ignorar la existencia de documentos procedentes de autoridades públicas, allegados por los demás participantes en ejercicio de su legítimo derecho a controvertir las propuestas, cuyo contenido ponía en entredicho de manera contundente el cumplimiento del requisito de la experiencia del asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz en la construcción de túneles.

Ante la oscuridad que entrañaba ese aspecto, era deber del INCO, como en efecto procedió respecto de los documentos relacionados con la experiencia de Obresca C.A., indagar acerca de su efectivo cumplimiento, dinámica que finalmente le permitió concluir de manera indubitable que la construcción del túnel Mocotíes no podía ser tenida en cuenta, por apartarse de los lineamientos del pliego de condiciones.

Los anteriores asertos se fundamentan en las consideraciones que a continuación se plasman:

A pesar de que el 5 de marzo de 2004 el INCO ofició al Ministerio de Infraestructura de Venezuela para que brindara los datos relacionados con la construcción del túnel Mocotíes, la respuesta que este organismo brindó el 2 de abril siguiente a la solicitud elevada por la entidad precontratante no resultó suficiente para despejar las dudas emergentes, toda vez que, como se observa en su texto, no se indicó la fecha de inicio de las construcciones de esa obra, no obstante haberse solicitado expresamente que así se informara.

Esta situación obligó a la remisión de un segundo oficio al Ministerio de Infraestructura de Venezuela para que ampliara los datos suministrados, oportunidad en la cual se le puso de presente a ese estamento la existencia de información contradictoria brindada por sus mismos funcionarios -Omario Alvarado, profesional del Departamento de Proyectos del Ministerio de Infraestructura, Luis Carlos Figueroa, director general del cuerpo de ingenieros del Ministerio de Infraestructura y Heberto Altuve, director del centro regional de ese ministerio en Mérida- y los puntos en que radicaban las contradicciones.

Al dar respuesta en esta segunda ocasión, ese Ministerio se limitó a enlistar los contratos celebrados con ocasión de la construcción del túnel Mocotíes y guardó absoluto hermetismo frente a las inexactitudes presentadas en los documentos a

los que aludió el INCO al remitir su oficio. Tampoco se refirió a la supuesta incompetencia –reiteradamente alegada por el consorcio Vial del Sumapaz-, de varios de los funcionarios indicados en el oficio.

En este punto, es importante señalar que los distintos oficios librados al ente ministerial en comento, distinto a lo sugerido por el representante del consorcio Vial del Sumapaz en la audiencia del 26 de abril de 2004⁷⁴, se le remitían, no porque fuera la máxima autoridad en materia de infraestructura de Venezuela, sino por su condición de ente público contratante de la construcción del túnel Mocotíes -*antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Venezuela*-. Es por esa razón que se justificaba acudir a dicho ente en procura de obtener la información fidedigna acerca de las particularidades que rodearon su ejecución y, por lo mismo, era el organismo competente para aclarar las inmensas dudas que surgían en torno a esos aspectos.

Sin embargo, sus respuestas no dejaban de acrecentar las dudas emergentes, no solo porque no desconoció las competencias de los demás funcionarios de ese ministerio que expidieron certificaciones con destino al procedimiento de selección que daban cuenta de datos disímiles, sino porque la información que brindaba en sus oficios no mostraba coincidencia con los documentos contractuales aportados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., que soportaban la ejecución y avance de las obras realizadas con ocasión de la construcción del túnel Mocotíes y revelaban que la excavación de esa obra había iniciado mucho antes de febrero de 1994, situación que rebasaba el límite temporal previsto en el pliego de condiciones para tener en cuenta la experiencia en construcción de túneles.

No se explica la Sala la consideración del Tribunal de origen, de acuerdo con la cual debía privilegiarse la certificación del Ministerio de Infraestructura de Venezuela y el contenido del contrato 01/94 suscrito entre Conintur C.A. y Obresca C.A., celebrado para construir el 100% del túnel Mocotíes, sin que, en su criterio, resultara válido acudir a otros documentos para concluir que antes de 1994 se efectuaron obras relevantes asociadas a su construcción.

⁷⁴ Se recuerda que en la audiencia mencionada el representante del consorcio Vial del Sumapaz sugería que, para dar un trato igualitario a las propuestas, entonces también debía oficiarse al Ministerio de Infraestructura de México, para que certificara todo lo relacionado con la realización del túnel de conducción del proyecto hidroeléctrico Zimapán, así como se había hecho en el caso de su propuesta oficiando al Ministerio de Infraestructura de Venezuela.

Al respecto, la Sala encuentra que los cuadros demostrativos de cierre de obra correspondientes a los contratos 8482, 8482-1, 8482-3, 10962, 11770, 12326, 12326-1, 12326-2 y 12326-3, con base en los cuales el Instituto advirtió que para noviembre de 1989 el porcentaje de excavación del túnel Mocotíes había superado el 71% de ejecución, muestran, en efecto, que⁷⁵:

Frente al contrato 89 vial -10962, en su acta de cierre con corte a 12 de diciembre de 1989, se evidencia que, entre otras, las actividades desarrolladas en el marco de su objeto consistieron en obras de drenaje en el túnel Mocotíes. Dicha acta se encuentra firmada por las partes del contrato, sus supervisores e inspectores⁷⁶.

En el acta de cierre de obra del 15 de noviembre de 1990, correspondiente al contrato cuyo objeto consistió en "*Progresiva 23+315 al 23+365 construcción, estabilización de taludes, remoción de derrumbes y drenajes*", se describen actividades de excavación en zanja dentro del túnel. Esta acta se encuentra suscrita por el ingeniero de Conintur C.A., con la inscripción al lado de su firma de que corresponde al túnel Mocotíes⁷⁷.

En el acta de cierre de obra del 10 de agosto de 1989, correspondiente al contrato VIAL -88-PTI-08482/02, cuya fecha de inicio data del 21 de abril de 1988 y de terminación el 10 de agosto de 1989, se evidencia la ejecución de las siguientes actividades: "*excavación en roca granito para perforación de túneles de fresca sana a meteorizada, según memoria técnica hasta 200 Mts: 62.291,66 m³*", "*transporte en camiones a distancia comprendida hasta un kilómetro de los materiales provenientes de la excavación de túnel*", "*perforación y colocación de drenajes profundos en el interior del túnel d=2*". Dicho documento se encuentra suscrito por las partes del contrato⁷⁸.

Similar situación se observa en el caso del acta de cierre de obra del 15 de noviembre de 1989, correspondiente al contrato 08482-3, en el que se describe la ejecución de la actividad "*excavación en roca granito para perforación de túneles*

⁷⁵ Se precisa que parte de la información de algunas de las actas allegada a este expediente se encuentran en condiciones ilegibles, por lo que la Sala relaciona aquellas en las que consta la información que no presenta imposibilidad para su lectura.

⁷⁶ Folios 4.218 de la AZ9.

⁷⁷ Folios 4.221 a 4.222 de la AZ9.

⁷⁸ Folios 4.225 a 4.226 de la AZ9.

de fresca sana a meteorizada, según memoria técnica: cantidad: 6.170,2 m3” y aquella denominada “*apuntalamiento permanente en túneles*”⁷⁹.

Del contenido de las pruebas en cuestión, la Sala estima que el contrato No. 01/94 allegado por el Consorcio Vial del Sumapaz, a partir del cual pretendió avalar la experiencia de su asistente técnico Obresca C.A en la construcción del túnel Mocotíes a partir de marzo de 1994, no obstante ser un documento cuya veracidad no se había desvirtuado mediante una declaración judicial de falsedad, distinto a lo considerado por el Tribunal, no permitía generar un convencimiento pleno respecto de la fecha de inicio de la construcción del túnel en comento.

Ello se explica en que, como se vio, luego de ser contrastado el contenido de ese contrato con otros documentos contractuales allegados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., se evidenció que las obras de excavación de ese túnel habían iniciado mucho antes de 1994 y habían alcanzado un avance importante, lo que no correspondía al requisito exigido en el pliego, de conformidad con el cual la experiencia debía fundamentarse en contratos celebrados y ejecutados por el proponente dentro de los diez años anteriores a la presentación de las propuestas, es decir, entre el 27 de febrero de 1994 y el 26 de febrero de 2004.

Sin perjuicio de lo expuesto, que ponía en evidencia la ejecución de obras sustanciales de excavación relacionadas con la construcción del túnel Mocotíes desde antes de febrero de 1994, más extraño resulta aún que el *a quo* hubiera determinado que no estaba demostrada la anterior premisa, dejando de lado por completo el hecho de que el 18 de mayo de 2004, fue el mismo consorcio Vial del Sumapaz, el que, al presentar la respuesta a las observaciones formuladas en contra de su propuesta, no solo no desvirtuó el contenido de esos documentos contractuales, sino que, con base en ello, expresamente reconoció que cuando se inició la ejecución del contrato 01/94 por parte de Obresca C.A., este tuvo por objeto, entre otras labores, “*la terminación de la excavación a lo largo del túnel*”.

En consonancia, el consorcio Vial del Sumapaz, al referirse al contenido de los contratos Nos. 8482 de 1986, 8482-1 de 1987, 8482-2 de 1988, 8482-3 de 1989, 10962 de 1989, 12326 de 1990, 12326-1 de 1991, 12326-2 de 1992 y 12326-3 de 1992, suscritos con el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – hoy Ministerio

⁷⁹ Folios 4.231 a 4.232 de la AZ9.

de Infraestructura de Venezuela– y la firma Conintur C.A., aportados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. como soporte de sus observaciones, indicó que efectivamente contemplaban en su objeto la ejecución de actividades tales como *“el inicio de una parte de la excavación del túnel Mocotíes”*.

De las manifestaciones expresas del consorcio Vial del Sumapaz, nada distinto podía concluirse a que, en efecto, cuando la sociedad Obresca C.A. empezó a ejecutar las actividades asociadas a la construcción del túnel Mocotíes, en marzo de 1994, con fundamento en el contrato No. 01/94, para ese entonces ya esa obra se encontraba en un estado significativo de avance.

En línea con lo anterior, se encuentra que en esos términos fue entablada la presente demanda, cuando al sustentar los cargos de nulidad formulados en contra del acto de adjudicación, se sostuvo que el entendimiento que se le había dado por parte del proponente consorcio Vial del Sumapaz a la regla de experiencia prevista en el subnumeral 4) del numeral 4.1.1.2.1 atendía a la siguiente hermenéutica (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Para cumplir con la experiencia en la construcción de túneles el consorcio se acogió e interpretó la regla del pliego consagrada en el subnumeral 4° en una de las posibilidades que de su interpretación se derivaban y que atrás se refirieron, específicamente la consagrada en el numeral 2.2., según la cual el consorcio consideró que se cumplía con la experiencia en túneles si se presentaba una obra de construcción de estos que para marzo de 1994 estaba construida ya en un 60% y que el restante 40% de la misma se construyó dentro de los 10 años siguientes pero en todo caso, antes de la presentación de la oferta.

“La construcción del túnel de Mocotíes, uno de los varios presentados por el asistente técnico del consorcio se somete perfectamente a esta interpretación del pliego de condiciones, por ello, además, era lógico, jurídico y procedente que el mismo sirviera y fuera aceptado como experiencia en la construcción de túneles⁸⁰.

Se reitera frente a este aspecto lo consignado en acápite precedente en el que se analizó el contenido y alcance interpretativo de la subregla mencionada del pliego de condiciones.

⁸⁰ Folio 64 del cuaderno 1.

En ese sentido, el estado de avance del sesenta por ciento (60%) debía predicarse respecto del momento de presentación de la propuesta, en razón a que las subreglas se habrían de subordinar a la premisa general que determinaba que la experiencia debía fundamentarse en contratos celebrados y ejecutados dentro de los diez años anteriores a la presentación de la propuesta. De ahí que el referido avance porcentual debía iniciarse y alcanzarse al amparo del marco temporal de diez años.

La situación anotada impedía a todas luces que la construcción del túnel Mocotíes, la cual se pretendió hacer valer en toda su longitud y extensión -que según la demanda era de 1.270 metros lineales- reuniera los requisitos de temporalidad previstos en el numeral 4) del artículo 4.1.1.2.1 del pliego de condiciones para acreditar la experiencia de su asistente técnico Obresca C.A.

Se insiste en que, para cumplir con esa exigencia era indispensable que la construcción del túnel en todos sus componentes, entre ellos la excavación, hubiera tenido fundamento en un contrato celebrado y ejecutado dentro de los diez años anteriores a la presentación de la propuesta, lapso que para el caso corrió entre el 27 de febrero de 1994 y el 26 de febrero de 2004.

Así pues, la Sala encuentra vocación de prosperidad al argumento del recurso de apelación de la parte demandada ANI y de la ANDJE, habida cuenta de que la circunstancia comprobada por el INCO de que para noviembre de 1989 se había ejecutado un porcentaje equivalente al 71% de su excavación reñía con el supuesto previsto en la regla del artículo 4.1.1.2.1 del pliego de condiciones.

La Sala no deja de lado que uno de los puntos fuertes de la discusión sobre los cuales gravitó el debate radicó en la longitud del túnel Mocotíes, situación que llevó al INCO a encargar a la firma certificadora Bureau Veritas la práctica de un informe con el propósito de realizar su medición directa, resultado con cuya base la entidad reafirmó que la medida de ese túnel no reunía los parámetros del pliego.

Con todo, a esta altura de la providencia, la Sala estima innecesario referirse a la pertinencia de las conclusiones que se obtuvieron por cuenta de ese informe, en tanto que, con independencia de que hubieran resultado acertadas o no, lo cierto es que ello en nada altera el hecho de que, en todo caso, la experiencia en la construcción del túnel Mocotíes no podía ser tenida en cuenta, por cuanto, por las

razones advertidas en precedencia, su construcción se produjo por fuera del marco temporal previsto en el pliego de condiciones, situación que llevaba a desestimarla.

3.4. Consideraciones sobre el tratamiento brindado por el INCO a la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. frente a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles de su asistente técnico Condux S.A. de C.V.

De acuerdo con lo sostenido por la Agencia Nacional de Infraestructura, en su recurso de apelación, el Tribunal de primera instancia erró al estimar que a la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. se le había brindado un trato mucho más flexible que al ofrecido a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz.

Para la ANI, ese tratamiento no fue caprichoso ni discriminatorio, toda vez que halló su razón de ser en el hecho de que todas las aclaraciones presentadas por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., como la documentación por ella allegada, fueron satisfactorias y suficientes para despejar cualquier duda o inexactitud que pudiera haber surgido.

El recuento probatorio que se dejó plasmado en párrafos precedentes reveló que en gran medida el punto de discusión frente a la experiencia de Condux S.A. de C.V., asistente técnico de la promesa de sociedad futura concesión autopista Bogotá Girardot, radicó en la construcción del túnel de conducción que formaba parte del proyecto hidroeléctrico Zimapán en México, realizado por el consorcio Zimapán para la Comisión Federal de Electricidad de México.

Precisa la Sala que, a diferencia de lo acontecido en el caso del túnel Mocotíes, con el que el proponente pretendió acreditar su experiencia en construcción respecto de toda su longitud que, según la oferta corresponde a 1.270 metros lineales, en el evento del túnel de conducción lo que se buscó fue demostrar la experiencia de Condux S.A. de C.V. en la ejecución, no de todo, sino de un tramo de esa estructura, equivalente a 7.100 metros lineales que correspondía a la sección 1 y para cuya realización esta sociedad fue subcontratada por el consorcio Zimapán.

Al respecto, la Sala observa que, en principio, al descorrer el traslado de las observaciones presentadas en contra de su propuesta, la promesa de sociedad

futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. aportó una certificación expedida por esa Comisión en la que sostenía que entre marzo de 1994 y febrero de 1995 el consorcio Zimapán, integrado entre otros por Condux S.A. de C.V. había ejecutado la construcción de 7.100 metros lineales del túnel de conducción que en total tenía una longitud de 20.800 metros y que en ese período se habían realizado las obras de excavación concernientes al indicado tramo.

Además, presentó la certificación expedida por el consorcio Zimapán, que presentaba concordancia en que en marzo de 1994 se iniciaron los trabajos de excavación de 7.100 metros lineales del túnel de conducción y que las obras de ese tramo terminaron en noviembre de ese mismo año, siendo recibidas por la Comisión Federal de Electricidad de México en febrero del año siguiente. Sumó a lo dicho que todo lo anterior fue ejecutado por la sociedad Condux S.A. de C.V. a través del subcontrato celebrado el 2 de marzo de 1994 para ese propósito, en el que esta asumió toda la responsabilidad por las obras ejecutadas.

No obstante, aunque lo ocurrido hasta ese momento parecía nítido en cuanto a la información suministrada para acreditar el cumplimiento del requisito de experiencia en la construcción del túnel de conducción por parte del asistente técnico Condux S.A de C.V., fue lo sucedido con posterioridad a la suspensión de la audiencia de adjudicación llevada a cabo el 26 de abril de 2004 lo que develó la existencia de anomalías que a la postre impedían considerar la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., según pasa a explicarse:

Se recuerda que uno de los proponentes, sociedad concesionaria Centro Vial, en escrito del 5 de mayo de 2004, presentó documentos adicionales para desvirtuar la experiencia de Condux S.A de C.V. en la construcción del túnel de conducción, entre ellos, las actas de entrega y recepción del proyecto hidroeléctrico de Zimapán con sus anexos, suscritas por la Comisión Federal de Electricidad.

Lo anterior produjo ciertas dudas basadas en que varios de los documentos daban cuenta de que su construcción había iniciado en 1990, antes de lo que expresaban las certificaciones allegadas por el proponente, y no existía coincidencia en las fechas de terminación de la obra.

Esto llevó a que, mediante oficio del 10 de mayo de 2004, el INCO solicitara a este proponente las explicaciones del caso y aportara los contratos suscritos entre la Comisión Federal de Electricidad de México y el consorcio Zimapán, así como los subcontratos suscritos entre este y Condux S.A. de C.V., acompañados de las actas de obra, en los que constara la ejecución de los ítemes ejecutados, los informes de avance de obra, su finalización y entrega, en los que se indicara el objeto contratado y ejecutado, las fechas de su ejecución y los avances y finalización de las obras.

En respuesta, el proponente remitió varios documentos entre los que se destacan:

- El Contrato de obra pública No. 901025, celebrado el 10 de abril de 1990, entre la Comisión Federal de México y el consorcio Zimapán, por el cual la Comisión encomendó a este la construcción de las obras de desvío, contención, generación y excedencias e infraestructura del proyecto hidroeléctrico Zimapán, junto con sus tres contratos adicionales suscritos entre el 6 de junio de 1994 y el 1 de diciembre de 1994⁸¹.
- Encomienda de trabajo suscrita el 2 de marzo de 1994, entre el consorcio Zimapán y la sociedad Condux S.A. de C.V. con el fin de que esta ejecutara las actividades descritas en el anexo de cantidades aproximadas, varias de ellas relacionadas con el túnel de conducción. Se adjuntó el anexo de cantidades de obras sobre las cuales recaía el objeto de esta encomienda⁸².
- Actas de entrega y recepción de volúmenes e importes de obra ejecutada en desarrollo del contrato 901025, las cuales se encuentran suscritas por el representante de la Comisión Federal de Electricidad de México, el supervisor y el consorcio Zimapán, en las cuales se observa que entre marzo y agosto de 1994 se ejecutaron 7.101 metros lineales del ítem: *Exc. T. de C. cualquier Mat. p/ baja prod. Sec. 1.* y que, según explicó el consorcio Zimapán en certificación anexa, correspondían al ítem de excavación del túnel de conducción – sección 1⁸³.

Con base en la revisión de estos documentos, el INCO en la audiencia de adjudicación concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

⁸¹ Folios 5.170 a 5.252 y de la AZ 11.

⁸² Folios 5.258 a 5.265 y 5.275 a 5.283 de la AZ11.

⁸³ Folios 5.266 a 5.274 de la AZ 11.

De acuerdo con el texto anterior, las obras asignadas a Condux 'mediante encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994 y efectivamente ejecutadas durante los meses que corresponden a las actas transcritas, son las mismas labores mensuales que constan en las obras recibidas parcialmente por la Comisión Federal de Electricidad para el mismo periodo. Estas obras, como ya se analizó corresponden para los meses de marzo a agosto de 1994, a la excavación de la sección 1 del túnel de conducción en una longitud de 7.101'⁸⁴

Con base en esas consideraciones, la entidad demandada estimó que la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. cumplía con la experiencia en el pliego para la construcción de túneles y, por tal razón, su propuesta reunía la condición de "acceptable" y tenía vocación de elegibilidad.

Sin embargo, la Sala encuentra que esa conclusión no consulta la realidad de la información que reposa en los documentos que le sirvieron de fuente al INCO para sus aseveraciones.

Como primer punto, cabe anotar que en el anexo de cantidades aproximadas que hizo parte de la encomienda de trabajo suscrita el 2 de marzo de 1994, entre el consorcio Zimapán y la sociedad Condux S.A. de C.V. -al punto de que la ejecución de esas obras constituyó precisamente su objeto-, no se evidencia que se hubiera contratado actividad alguna consistente en la excavación del túnel de conducción en la sección 1 o en alguna de sus secciones.

Si bien en el anexo de cantidades aproximadas se describen ítem a ítem algunas actividades relacionadas con varias zonas del proyecto hidroeléctrico de Zimapán tales como: "el túnel de conducción", "camino de acceso a casa de máquinas a) san Joaquín", "estructura del puente sobre el río Moctezuma" y el "camino de acceso puerto salitre Boquilla y estructura de control de conducción", ciertamente ninguna de ellas aludió al ítem de excavación del túnel de conducción.

Esta situación no deja de resultar curiosa si se tiene en consideración que en los otros frentes mencionados, como por ejemplo en el caso del "camino de acceso a casa de máquinas a) San Joaquín" sí se incluyó expresamente la ejecución de esa actividad, lo que de suyo lleva a colegir que de haber sido la intención de las partes la de contratar, a través de la celebración de la encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994 la excavación de la sección 1 del túnel de conducción, así debió

⁸⁴ Folios 6.382 de la AZ 13.

haber quedado expresamente incorporado en el anexo de cantidades, cuestión que no aconteció.

Se agrega a lo anotado que las actas de cantidades de obra, en las que se pretendió respaldar la excavación de 7.100 metros lineales del túnel de conducción por parte del asistente técnico, no corresponden a las actas de obra de la encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994, suscrita entre el consorcio Zimapán y Condux S.A. de C.V. sino a las actas de actividades de obra ejecutadas con ocasión del contrato No. 901025, celebrado entre el consorcio Zimapán y la Comisión Federal de Electricidad de México, las cuales, además, no se encuentran suscritas por Condux S.A. de C.V. ni en su contenido se hace alusión alguna a esa sociedad.

Además, en las mencionadas actas de cantidades de obra del contrato No. 901025 se hace referencia a las actividades ejecutadas en el pozo de oscilación, frente que no estaba incluido en la encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994, situación que permite reafirmar que estas actas de cantidades no correspondían a la citada orden de trabajo.

La Sala no desconoce que, aun cuando este último negocio jurídico -contrato No. 901025- sirvió de marco a la celebración de la encomienda de trabajo en que fue parte Condux S.A. de C.V., ello no relevaba a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. de aportar las actas de obra correspondientes al mencionado subcontrato, no solo porque así lo solicitó expresamente el INCO en el oficio del 10 de mayo de 2004, sino porque solo de esa manera resultaba posible hallar la coincidencia que debía existir entre las obras contratadas y las efectivamente ejecutadas directamente por Condux S.A. de C.V. en virtud de la encomienda de trabajo, coincidencia que a este estado del litigio no ha sido hallada.

Así pues, de la revisión de los documentos en cuestión puede concluirse que:

- a) En desarrollo del contrato No. 901025 celebrado con la Comisión Federal de Electricidad de México, el Consorcio Zimapán, entre marzo y agosto de 1994 realizó actividades de excavación correspondientes a 7.100 metros lineales de la sección 1 túnel de excavación.

- b) El 2 de marzo de 1994 el consorcio Zimapán y Condux S.A. de C.V. celebraron una encomienda de trabajo para ejecutar algunas actividades relacionadas con la construcción del túnel de conducción, sin que en ellas se incluyera algún ítem correspondiente a su excavación.

Lo que desde ninguna perspectiva podía concluirse con base en su contenido era que *“las obras asignadas a Condux ‘mediante encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994 (...) corresponden para los meses de marzo a agosto de 1994, a la excavación de la sección 1 del túnel de conducción en una longitud de 7.101”*.

La anterior conclusión no varía por las afirmaciones del peritazgo realizado en la etapa probatoria de la primera instancia por la firma Cáceres Bolaños y Cía. Ltda. Ingenieros Consultores, pues aun cuando allí se sostiene que la experiencia de Condux S.A. de C.V. debía considerarse *“aceptable”*, ciertamente en la metodología empleada por esa firma para la revisión de los documentos que servían de soporte a su acreditación, no se detuvo en el cotejo entre las actividades contratadas con base en el anexo de la encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994 y aquellas que constaban en las actas de obra correspondientes al contrato No. 901025⁸⁵.

Sencillamente con base en estas últimas y las certificaciones del consorcio Zimapán y las expedidas por la CFE, la experticia dio por sentado que Condux S.A. de C.V. había construido 7.1 km del túnel de conducción.

Tal aserto reviste vital importancia de cara a la circunstancia de que, aun cuando Condux S.A. de C.V. fue parte integrante del consorcio Zimapán, no puede dejarse de lado que la experiencia en la construcción de túnel de conducción que esa sociedad procuraba demostrar en calidad de asistente técnico, no la presentó en su condición de miembro de esa agrupación consorcial. Lo hizo de manera individual actuando como la persona jurídica que habría ejecutado de manera directa el 100% del tramo correspondiente a 7.100 metros lineales de esa obra.

Así se evidencia del anexo 3 de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.⁸⁶ en el que, al diligenciar el respectivo formato, se indicó:

⁸⁵ Folios 98 a 100 del cuaderno 32.

⁸⁶ Folios 142 a 143 del cuaderno 28.

miembro que acredita	entidad asesorada	contrato	objeto	localización del proyecto	forma de participación ⁸⁷	porcentaje de participación	año de inicio del contrato	año de inicio de la construcción	descripción del proyecto y kilometraje
sistente técnico CONDUX S.A. DE C. V.	CONSORCIO ZIMPAN	/N	construcción del Túnel hidráulico de conducción del proyecto hidráulico Zimapán	MUNICIPIO DE CADEREYETA, QUERETARO, MEXICO	J	00%	1994	1994	construcción del túnel de conducción con una longitud de 7,1 km, se realizaron obras de excavación en roca, anclajes, revestimiento en concreto reforzado etc.

contrato acreditado	Contrato	S/N
	Objeto	Construcción del túnel hidráulico de conducción del proyecto hidráulico Zimapán
	Circunstancias de tiempo	9 meses
	Modo de ejecución	Individual
	Lugar de ejecución	MUNICIPIO DE CADEREYETA, QUERETARO – MEXICO

Resulta pertinente agregar que esta situación fue advertida al INCO en desarrollo de la audiencia de adjudicación por dos de los proponentes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

en relación con el tema del túnel de conducción que conforme a la primera certificación dice que se ejecutaron siete (7) kilómetros a mí me parece que (...) esa acta de entendimiento no acredita esa circunstancia (...) no hay en las cantidades de obra que allí se especifican ninguna actividad de excavación; no hay ejecución de labores relacionadas con arcos, pernos o mallas; las labores de excavación que presenta (...) en la encomienda de trabajo [es] en relación con temas distintos al túnel de conducción. (...). Solo se deduce que le fueron encomendadas a Condux las labores relacionadas con la estructura del túnel⁸⁸

La otra observación que sobre el particular quedó consignada fue la siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

...quiero indicarles que en relación con la oferta de Autopista Bogotá Girardot no hemos encontrado en la propuesta, como parte de la propuesta, ni en la encomienda, ni en los anexos a la encomienda, ninguna razón que nos permita concluir que Condux fue contratado para hacer la excavación del túnel en el tiempo exigido en el pliego⁸⁹.

⁸⁷ En la parte inferior del anexo se solicitaba que se indicara si su forma de participación era como persona jurídica, consorcio o unión temporal. PJ es persona jurídica.

⁸⁸ Observación presentada por el proponente promesa de Sociedad futura Concesionaria Centro Vial S.A.

⁸⁹ Observación de la representante de la promesa de sociedad futura Autopistas Nacionales S.A.

A pesar de la contundencia de la falta de conexidad evidenciada entre las obras contratadas para ser ejecutadas por Condux S.A. de C.V. con ocasión del túnel de conducción y aquellas que supuestamente ejecutó en virtud de la encomienda de trabajo, el INCO guardó absoluto silencio en torno a las observaciones formuladas y decidió adjudicar la licitación pública a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala estima que con los documentos aportados por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. para acreditar la experiencia de su asistente técnico Condux S.A. C.V. no resulta viable concluir que esa sociedad hubiera construido, entre marzo y noviembre de 1994, 7.100 metros lineales del túnel de conducción del proyecto Zimapán, por no haberse reunido los requisitos previstos en el subnumeral 6) del numeral 4.1.1.1.2. del pliego de condiciones para su demostración. Por ello su oferta no podía considerarse aceptable y, por contera, no estaba llamada a ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad de la licitación pública INCO 001 de 2003.

Así pues, no son de recibo para la Sala los argumentos de la apelación formulada por la ANI y a la ANDJE, al indicar que los documentos que soportaban la propuesta de la sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. no presentaban dudas o inconsistencias, pues no solo se demostró lo contrario, sino que, además, se advirtió que tales dudas al momento de la adjudicación en manera alguna habían sido superadas.

3.5. La nulidad del acto de adjudicación por falsa motivación como consecuencia de la transgresión de los principios de igualdad y de selección objetiva en el procedimiento de selección INCO 001-2003

La vulneración del principio de igualdad expuesta como base principal para declarar la nulidad de la Resolución de adjudicación No. 633 del 28 de junio de 2003, en criterio del tribunal de primera instancia, se materializó cuando el INCO desplegó una serie de gestiones tendientes a desvirtuar la experiencia acreditada por el asistente Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes, sin mostrar el mismo rigor en la verificación de la experiencia presentada por el asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., respecto de la cual no adelantó mayores labores de averiguación.

En línea con lo dicho, para el *a quo* lo ajustado habría sido que la entidad precontratante privilegiara los documentos y la información allegada por el consorcio Vial del Sumapaz e hiciera caso omiso de todos lo demás que los controvirtiera. Con base en ello, entre otras reflexiones, decidió que, al haberse transgredido el derecho a la igualdad, el acto de adjudicación debía anularse para en su lugar disponer que el consorcio Vial de Sumapaz debió ser el beneficiario de la escogencia por haber presentado la oferta más favorable.

La Sala se aparta de las consideraciones en las que el Tribunal de primera instancia fundamentó la vulneración del principio de igualdad, por las siguientes razones:

La jurisprudencia de esta Corporación ha reflexionado sobre el principio de igualdad en el escenario de los procedimientos de selección de contratistas del Estado y al respecto ha estimado que su materialización se concreta en que todas las propuestas, tanto para su admisión, evaluación y ponderación como para su rechazo, son apreciadas y valoradas con estricto apego a las reglas contenidas en el pliego de condiciones que rigen la convocatoria, en cuanto resulten válidas y eficaces por consultar las normas y principios que orientan la actividad contractual del Estado⁹⁰.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 27 de marzo de 2014, exp. 24.845. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. *“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 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”.

En relación con la observancia del principio de igualdad durante el procedimiento de selección por parte de la entidad precontratante, esta Sección ha precisado que está llamado a materializarse en varias situaciones, tales como: “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*”⁹¹.

La Corte Constitucional⁹² ha sostenido la inviabilidad de alegar la vulneración del principio de igualdad en el plano de la ilegalidad, supuesto que se habría de presentar cuando se pretenden desconocer las reglas del pliego de condiciones, so pretexto de que, para no transgredir la igualdad, debe darse el mismo trato brindado a otro proponente, al margen de que en este último caso tampoco se hubieran respetado las normas precontractuales.

Así pues, aplicando todo lo anterior al *sub lite*, es preciso señalar que, si bien en el marco de la licitación pública génesis de la controversia se evidencia una transgresión a la igualdad, se observa que el *a quo* concibió su vulneración desde un ángulo inverso al bien jurídico amparado por el ordenamiento.

Sobre este punto, se anota que, no obstante hallarse acreditado que existió un tratamiento disímil para las dos propuestas analizadas en cuanto a la verificación de la experiencia en la construcción de túneles de los asistentes técnicos presentados, la Sala considera que ciertamente el trato dispensado a la oferta del consorcio Vial del Sumapaz era el que a la luz del pliego de condiciones debía brindarse.

Emerge con claridad que, ante las inexactitudes halladas en la propuesta, el documento precontractual establecía expresamente en su numeral 4.1.3 que el INCO se reservaba el derecho a verificar la información aportada por los

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, Exp: 24059, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹² Corte Constitucional T - 507122-2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. “*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*”.

proponentes y de rechazar las propuestas en las cuales se incluyera información falsa.

De cara al escenario fáctico que rodeó la licitación INCO-001 de 2003, de conformidad con lo dispuesto en sus numerales 5.2 y 5.3, la entidad podía requerir a los proponentes las aclaraciones que estimara necesarias, solicitar los documentos que considerara convenientes y requerir informes a terceros, cuando fuera necesario para el análisis y evaluación de las propuestas.

Así, con arreglo a las previsiones del pliego de condiciones, no puede perderse de vista que el respeto al principio de igualdad consistía en que, en caso de existir inexactitudes o información confusa en las propuestas, todas aquellas que adolecieran de esas falencias recibirían el mismo tratamiento, que estribaría en ser objeto de los requerimientos e indagaciones necesarios para aclarar o despejar las dudas que recayeran sobre sus ofrecimientos.

En caso de no superarse, las ofertas debían ser rechazadas, siempre que las inexactitudes halladas recayeran sobre información relevante para decidir sobre la adjudicación, como en efecto acontecía en la acreditación de la experiencia en la construcción de túneles, requisito habilitante sin cuya demostración la oferta no podría considerarse aceptable.

No resultaba admisible, a diferencia de lo advertido por el *a quo*, que al no haber desplegado el INCO mayores gestiones de averiguación en torno a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles del asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., la entidad debiera entonces observar la misma pasividad frente a la demostración de la experiencia en la construcción de túneles por parte de Obresca C.A., asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz, a pesar de que en ambos casos se hubieran evidenciado inexactitudes insuperables que indicaban que ninguna de las dos tenían vocación de elegibilidad.

En otras palabras, ambas propuestas debieron recibir el mismo trato y asumir las mismas consecuencias que el pliego de condiciones había previsto para la inobservancia de sus exigencias.

No fue eso lo que ocurrió, pues mientras que en el caso de Obresca C.A. el INCO no reparó en desplegar toda clase de esfuerzos para llegar al pleno convencimiento acerca del efectivo cumplimiento de los requisitos, al extremo, incluso, de contratar a expensas de su patrimonio a una firma especializada para que se desplazara a Venezuela y verificara directamente la medición del túnel Mocotíes, en el caso de Condux S.A. de C.V. le bastó la confrontación de unos documentos para arribar a unas conclusiones que en realidad no se desprendían de su texto.

Corolario de lo advertido, aun cuando se vulneró el principio de igualdad en el procedimiento de selección, no fue porque no se le hubiera reconocido al consorcio Vial del Sumapaz su derecho a ser adjudicatario, con base en la documentación por él aportada para demostrar la experiencia en construcción de túneles de su asistente técnico.

Como se vio, a la luz de las reglas del pliego, las inexactitudes e inconsistencias halladas en la información relativa a ese aspecto llevaron al INCO a requerir más datos y a valorar en conjunto todos los documentos acopiados, con base en los cuales concluyó válidamente que no se cumplían los requisitos del pliego de condiciones exigidos para la demostración de experiencia en construcción de ese tipo de obra, por haberse evidenciado que la construcción del túnel Mocotíes inició mucho antes del linderó temporal fijado en el texto precontractual.

Es por esta razón que la indemnización solicitada por el consorcio Vial del Sumapaz no estaba llamada a prosperar, habida cuenta de que el razonamiento que condujo al *a quo* para estimar que su propuesta debía resultar favorecida con la adjudicación tras haberse transgredido su derecho a la igualdad fue errado y del todo apartado de los lineamientos vinculantes del pliego de condiciones.

La transgresión de este principio estribó en que en el caso de la verificación de la experiencia de Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel de conducción, el Instituto no ahondó en su análisis cuando era lo que el orden jurídico le exigía y la situación fáctica advertida en su propuesta le demandaba.

Surge de manera fehaciente que la entidad estatal, además de no realizar mayores requerimientos o solicitudes de aclaración frente a la evidente inconsistencia que se presentaba entre las actividades contratadas en virtud de la

encomienda de trabajo del 2 de marzo de 1994, suscrita por Condux S.A. de C.V. y las actas de obras que supuestamente reflejaron la ejecución de aquellas, no aplicó el mismo rasero interpretativo utilizado al valorar la experiencia de Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes.

Se recuerda que en este ejercicio de verificación se privilegió, de manera apropiada, la información que reposaba en los documentos contractuales producidos con ocasión del túnel Mocotíes, como actas de obra, cuadros demostrativos de avances, y se analizaron con profundidad las fechas de realización, en cotejo con los ítemes de obra y cantidades ejecutadas, se confrontaron con los textos contractuales y las certificaciones expedidas por las distintas autoridades en relación con su construcción, dinámica que fue legítima y acertada para concluir que Obresca C.A. no demostró su experiencia en la construcción del túnel carretero.

Esa misma metodología de verificación lastimosamente, por demás imperativa en este evento ante las inexactitudes encontradas, brilló por su ausencia en el análisis de los documentos asociados a la experiencia de Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel de conducción.

Basta lo dicho para concluir que, además de haberse demostrado la vulneración del principio de igualdad en la licitación pública No. INCO 001-2003, aun cuando no por las consideraciones expuestas por el *a quo*, también se vulneró el principio de selección objetiva.

Ello es así porque, al no estar demostrado que el asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., Condux S.A. de C.V., contaba con la experiencia en la construcción de un túnel hidráulico prevista en el subnumeral 6) del numeral 4.1.1.1.2. del pliego de condiciones, tal falencia comportaba, como consecuencia, que su propuesta no pudiera ser considerada como “*acceptable*”, por no reunir el requisito de experiencia que la dotaba de esa condición.

Por lo mismo, resulta alejado de la verdad afirmar, como se hizo en el acto de adjudicación condensado en la Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004, que la propuesta de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. era la más favorable, lo que de suyo comporta una transgresión de las

normas en que debió fundarse el acto acusado, específicamente en el entonces vigente artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que regulaba el deber de selección objetiva⁹³ y, simultáneamente, lo vicia de falsa motivación⁹⁴, habida cuenta de que para adjudicar el contrato la entidad estatal tuvo como fundamento supuestos fácticos que no estuvieron acreditados en el procedimiento de selección, cuestión que acarrea la confirmación de su declaración de nulidad.

No comparte la Sala que el vicio de nulidad que se configuró en la expedición del acto correspondió a la desviación de poder⁹⁵, como lo sostuvo la primera instancia, pues no está demostrado contundentemente, y en manera alguna puede ser objeto de inferencias, que la escogencia del contratista hubiera estado impulsada por una finalidad diversa a la amparada por el ordenamiento jurídico.

3.6. La nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040 de 2004

⁹³ Texto original del artículo 29 de la Ley 80 de 1993. La selección de contratistas será objetiva. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación. El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.*

⁹⁴ El Consejo de Estado ha considerado que para que se configure la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: **a)** O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o **b)** Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 26 de julio de 2017. C.P. Milton Chaves García, Exp.: 22326.

⁹⁵ Sobre la causal de nulidad de desviación de poder, esta Corporación ha sostenido que "tiene lugar cuando los motivos que justifican el acto resultan ajenos a la ley. De allí que cuando se alega esta causal de nulidad debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de enero de 2015, exp: 2008 0038201, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

En el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, el Tribunal declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040 de 2004 celebrado entre el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot con fundamento en la causal contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, decisión que habrá de ser confirmada, tras verificarse la nulidad del acto que le sirvió de sustento.

Las restituciones mutuas

Se pone de relieve que el *a quo* no emitió juicio alguno acerca de las restituciones mutuas ni al pago de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria de nulidad que, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, tendría lugar.

En consonancia, en los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia por parte de la ANI y de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado tampoco se elevaron argumentos referidos a esa circunstancia.

Planteado este panorama y por estimar que resulta indispensable emitir una decisión expresa en ese sentido, por ser un aspecto frente al cual el *a quo*, siendo consecuente con su decisión, ha debido emitir un pronunciamiento y omitió hacerlo, la Sala estima conveniente poner de presente la siguiente circunstancia:

Consultada la página oficial del SECOP ⁹⁶ se observa que el contrato de concesión No. GG-040 de 2004 fue liquidado unilateralmente por la ANI mediante Resolución No. 1584 del 21 de octubre de 2016, decisión que, al resolver un recurso de reposición interpuesto en su contra, fue confirmada a través de Resolución No. 1897 del 20 de diciembre de 2016.

En el texto de esa resolución se lee que el contrato de Concesión GG-040 de 2004 terminó el 30 abril de 2016, motivo por el cual la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. el 1 de mayo siguiente procedió a la reversión del corredor vial al INVÍAS. En el cruce final de cuentas, la ANI dispuso que existía un saldo a favor de la entidad concedente de \$178.958'474.190,74 y \$0 en favor del concesionario. Se advierte que el valor tasado a favor del concedente se integra, principalmente, por concepto de laudos y sentencias contentivas de condenas impuestas en el marco de la ejecución de la concesión.

⁹⁶ <https://www.contratos.gov.co>.

En consideración a lo expuesto, se pone de presente lo consignado en la exposición de motivos que sirvió como fundamento para la expedición de la Ley 80 de 1993:

Así mismo (...) el proyecto señala cómo en caso de declaratoria de nulidad del contrato, ello no impide que el ente público proceda a efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas con anterioridad a la declaratoria a menos que de la ejecución del contrato anulado o terminado no se deriven beneficios para la entidad. (...) Sin embargo, tal regla se encuentra atenuada debido a los postulados del derecho público en cuanto propugnan por un Estado justo, al que no le es dable enriquecerse en perjuicio de un particular, sin que ello impida, claro está, que se adelanten las acciones de responsabilidad por la celebración de un contrato bajo el conocimiento de que se encontraba viciado por circunstancia de esa naturaleza⁹⁷.

De otro lado, como ha sido reconocido por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado⁹⁸, hay situaciones en las cuales no resulta posible efectuar restituciones mutuas desde el punto de vista fáctico, como sucede en los contratos de tracto sucesivo, el que, según se aprecia en el caso concreto, fue terminado y liquidado hace más de cinco años y las obras construidas fueron revertidas al Estado tras su finalización, cuestión que indica que las prestaciones convenidas se cumplieron y, por tal virtud, no es posible restituirlas.

De acuerdo con lo expuesto, aun cuando el contrato GG-040 de 2004 adolece de nulidad absoluta, en el *sublite*, no proceden las restituciones mutuas, debido a la imposibilidad material de retrotraer lo ejecutado a tal punto de que el concesionario deshaga las obras realizadas o restituya a los terceros⁹⁹ usuarios del corredor vial el valor de los peajes cobrados como retorno de su inversión o la entidad devuelva al concesionario la infraestructura vial por él construida.

En consideración a lo anotado, en el presente caso no proceden las restituciones mutuas entre las partes de la relación contractual.

⁹⁷ Exposición de motivos, Gaceta del Congreso de 23 de septiembre de 1992, tomada de la obra de Marleny Sandoval Rojas titulada “Nuevo Régimen Ediciones Doctrina y Ley, primera edición, Bogotá, 1994, página 49.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección Tercera, 16 de febrero de 2006, exp 13414 (R-7186), M.P. Ramiro Saavedra Becerra, postura reiterada por esta Subsección en sentencia del 6 de febrero de 2019, exp. 61.720.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalve, sentencia SC13097-2017, sentencia de 28 de agosto de 2017. Acerca de las prestaciones ejecutadas con terceros, se denegó el cargo en casación, así: “*Así mismo, tampoco cabe analizar las pretensiones accesorias a la nulidad en relación con terceros, por imposibilidad lógica, pues derrotada la reversión de las enajenaciones iniciales a favor de Cruz Montesdeoca y Asociados S. en C., es inviable estudiar los actos que en oportunidades posteriores realizó esta última con terceros*”.

3.7. Consideraciones finales – Sobre la objeción por error grave al dictamen rendido por Jorge Hernán Barrera Arias

La Sala mantendrá la decisión de negar la objeción por error grave del dictamen rendido por el ingeniero Jorge Hernán Barrera Arias, a petición de la parte actora.

Si bien en el recurso de apelación, la ANI argumentó que debía declararse la prosperidad de la objeción por error grave de la experticia rendida por ese profesional, lo que buscaba a través de su impugnación era que se desvirtuara el hecho allí plasmado en el que se afirmaba que el consorcio Vial del Sumapaz sí cumplía con la experiencia en construcción de túneles.

Esta circunstancia fue ampliamente considerada por esta Sala al hacer el análisis respectivo de los documentos que hicieron parte de la licitación pública INCO 001-2003, sin que fuera necesario tomar en consideración el mencionado peritazgo, por recaer sobre puntos de derecho cuya valoración era del resorte exclusivo del juez, examen al cabo del cual se arribó a la conclusión sugerida por la entidad estatal en su recurso, en el sentido de señalar que, en efecto, no se acreditó la experiencia en la construcción del túnel Mocotíes por parte de Obresca C.A. que se exigía en el pliego de condiciones.

Conclusión

Con apoyo en todo lo expuesto, la Sala mantendrá la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 633 del 28 de junio de 2004 por medio de la cual el INCO (hoy ANI) adjudicó la licitación pública INCO 001-2003 a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. por haberse configurado el vicio de transgresión de las normas en que debió fundarse y falsa motivación; conservará la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040-040 suscrito entre INCO (hoy ANI) y la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., con fundamento en la causal del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993; declarará que no hay lugar a restituciones mutuas y negará las demás pretensiones de la demanda.

Igualmente, por las razones advertidas mantendrá la decisión de negar la objeción grave del dictamen rendido por el ingeniero Jorge Hernán Barrera Arias a petición de la parte actora.

Finalmente, con el propósito de procurar la transparencia y estabilidad del orden jurídico se mantendrá la decisión de remitir copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que, desde el ámbito de sus competencias, investiguen los hechos acaecidos en el marco de la licitación pública INCO-001-2003 y que eventualmente puedan resultar constitutivos de supuestos sancionados por la legislación penal y disciplinaria.

4. Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el *subexamine* que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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,

RESUELVE

1. MODIFICAR la sentencia proferida el 12 de junio de 2019, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar se dispone:

PRIMERO: No dar trámite a la objeción por error grave presentada por la Concesión Autopista Bogotá Girardot contra el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Jorge Hernán Barrera Arias.

SEGUNDO: NEGAR la objeción por error grave presentada por el Instituto Nacional de Concesiones (Hoy Agencia Nacional de Infraestructura) contra el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la Justicia Jorge Hernán Barrera Arias.

TERCERO: Declarar la nulidad de la resolución No. 633 del 28 de junio del año 2004 por medio de la cual el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) adjudicó la licitación pública INCO - 001/03, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040-2004 suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia

Nacional de Infraestructura) y la concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. por haber operado la causal prevista en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, conforme a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Declarar que no hay lugar a ordenar restituciones mutuas como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040-2004.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

2. Sin condena en costas en la segunda instancia.
3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Sólo procede cuando se acredita mejor derecho / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Sólo procede cuando se acredita mejor derecho / ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES – Acción de carácter subjetivo / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Se debe verificar primero el mejor derecho del demandante para ser adjudicatario / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Acto administrativo precontractual / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – El control judicial de los actos previos al contrato estatal está sujeto y comparte las mismas reglas procesales aplicables a la generalidad de los demás actos administrativos

Sin la acreditación del mejor derecho de la parte actora, no procedía la declaratoria de nulidad de los actos de adjudicación y, menos aún, del contrato, en tanto la acción que dio inicio al proceso era de carácter subjetivo, por lo que (i) la presunción de legalidad de los primeros, y (ii) la de validez del contrato, no podían ser objeto de una decisión que las desvirtuara ante la falta de comprobación de un mejor derecho del actor que la soportara. En mi criterio, entiende la Sala, de manera equivocada, que cuando el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, así, después, que su propuesta era la mejor. Bajo este ejercicio, resulta que es admisible escindir la acción, pudiéndose declarar la nulidad de los actos de adjudicación del contrato, pero negando el restablecimiento, como ha ocurrido en este caso. Siempre de manera respetuosa, emito el anterior juicio de valor en tanto el ejercicio que se debe verificar es exactamente el contrario, esto es, comprobar primero el derecho del actor a ser adjudicatario, y solo basado en él, proceder con la verificación de su lesión a la luz de las normas superiores de derecho, pero anotando, además, que esa violación solo será relevante en tanto se proyecte como afrenta a ese derecho subjetivo, pues de no ser así, se estaría mutando el carácter subjetivo de la acción para proyectarse en un mero juicio de legalidad, como el que en este proceso se ha presentado. (...) En esta línea, es importante recordar que el mandato original contenido en el artículo 87 del CCA (Decreto-Ley 01 de 1984), establecía que el control judicial de los actos previos al contrato estatal estaba sujeto y compartía las mismas reglas procesales aplicables a la generalidad de los demás actos administrativos. Así, su enjuiciamiento debía realizarse a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87

SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Solo procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Cuando se pretende confrontar la legalidad del acto administrativo de adjudicación con el ordenamiento jurídico que se dice está transgrediendo / ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Acto administrativo particular / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, sin desprenderse del interés que, en sede de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, acompañara al interesado

En el año 1993, fue expedida la Ley 80, en cuyo artículo 77, párrafo primero, se estableció, entre otros aspectos, la acción procedente en relación con el acto de adjudicación, indicando que su impugnación judicial corresponde al “ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”. Este aspecto resulta fundamental, en tanto y cuanto su consagración y vigencia en el ordenamiento jurídico, tendió el puente entre las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aquellas que determinaban el cauce procesal para el ejercicio de las acciones respectivas, todo lo anterior, de cara a las finalidades sustanciales de preservación de los contratos estatales –incluida su base fundamental que descansa en el acto de adjudicación– como lo prevé el citado Estatuto. De modo que, cuando la norma definió que la adjudicación sólo podía ser atacada por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que hizo fue, de una parte, afirmar su naturaleza como acto administrativo de carácter particular; y, de otra, dados los efectos legales atribuidos al acto de adjudicación como irrevocable y generador de un estatus jurídico entre la entidad y el adjudicatario para la celebración del contrato, sólo quienes se entendieran lesionados en un derecho subjetivo frente al acto de la adjudicación, pudieran activar este mecanismo de control. Posteriormente, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 87 del CCA, en cuyo inciso segundo, se identificaron los dispositivos de control judicial que procedían, en general, frente a los actos previos al contrato. Así, los actos que antecedían a la celebración del contrato estatal quedaron sujetos al ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación y publicación. Al lado de lo anterior, señaló que, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, sin desprenderse del interés que, en sede de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, acompañara al interesado. En este sentido, cuando se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el único objetivo de confrontar la legalidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico que se dice transgredido, despuntaba idóneo el ejercicio de la acción de nulidad simple (como anteriormente se conocía); y, cuando una persona “se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica”, y pida “que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho”, la acción de nulidad y restablecimiento se constituía en el mecanismo admisible, de cara a la existencia de un interés subjetivo del actor. Sobre estos dos mecanismos que permitían atacar la legalidad del acto previo, la jurisprudencia de esta Corporación tuvo oportunidad de precisar, de cara al interés perseguido por el actor y en función de los efectos que traería consigo una eventual nulidad del acto de adjudicación, que éste “conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa”.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 32

SALVAMENTO DE VOTO / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - 30 días para demandar los actos previos a la celebración del contrato / ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL – Término especial para la caducidad de la acción / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Permanece junto con la presunción de legalidad del contrato / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – El actor que carece de interés subjetivo, ya representado para el momento de la sentencia en un mejor derecho, no puede propiciar la declaración de nulidad

de los actos previos a la adjudicación del contrato y con él la nulidad absoluta del contrato / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Presupuestos / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Presupuestos

Ahora, en relación con la oportunidad para ejercer tales acciones, la Ley 446 de 1998, estableció un término especial y reducido de 30 días para demandar los actos previos a la celebración del contrato, en cualquiera de las dos vías señaladas; de manera que ya no se podía demandar la nulidad y restablecimiento del derecho en los 4 meses que anteriormente se permitía al amparo del artículo 136 del CCA, ni era posible ejercitar la acción de simple nulidad en cualquier tiempo, dada la especial protección que de esta manera se confería para proveer de estabilidad los procesos de selección en la contratación pública. Según da cuenta la jurisprudencia del Consejo del Estado, la fijación de este novedoso y corto término fue la respuesta brindada por el ordenamiento jurídico a los innumerables ataques que sin horizonte de tiempo (acción de nulidad) y sin un interés subjetivo real (nulidad y restablecimiento) afectaban la contratación estatal y restaban seguridad a los procedimientos contractuales de escogencia. Entre otros temas, bien vale la pena remarcar que esta norma generó una modulación entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de controversias contractuales, en los casos en que el contrato era suscrito estando en curso el término de 30 días de caducidad para atacar la legalidad de los actos previos; de manera que, ante la pronta suscripción del contrato y con el fin de garantizar el control judicial de tales actos, el término de 30 días vinculado a la nulidad y restablecimiento del derecho fue preservado, ya no vinculado al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, sino por la vía de la acción de controversias contractuales en función de la oportunidad para petitionar el restablecimiento patrimonial del derecho, por lo que sin duda, iguales reglas de apreciación sobre la procedencia de la citada acción se predicen en esta hipótesis normativa. La pregunta que se hace con base en el anterior panorama es, si el actor que carece de un interés subjetivo, ya representado para el momento de la sentencia en un mejor derecho, puede propiciar que se declare la nulidad de los actos previos de adjudicación y con él, el de la nulidad del contrato. La respuesta, a juicio del suscrito consejero es negativa, pues el derecho que lo acompaña es inexistente y por ende la presunción de legalidad del acto esta llamada a permanecer incólume, como lo será en consecuencia, el mismo contrato. En efecto, el artículo 87 del CCA, intitulado “DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES”, se ocupó de confirmar que las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, son las llamadas a conducir las pretensiones relacionadas con la ilegalidad de los actos que preceden al contrato ; en particular, esta norma enfatizó que la utilización de uno u otro mecanismo, “según el caso”, estaba alejada del capricho del demandante, pues se encontraba sujeta, en alcance y contenido, al interés promovido por el actor el cual se revela en sus pretensiones. Con razonado criterio precisó el legislador los elementos necesarios para individualizar cada uno de estos caminos procesales y, al hacerlo, distinguió el interés que animaba la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, y el atribuido a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho según el artículo 85 del mismo estatuto. No se trata entonces de la simple composición de un nomen juris para cada acción, ni que su diseño en el orden legal responda a una diferencia semántica donde al primer mecanismo de acción –nulidad–, se le añada un complemento para llegar al segundo –nulidad y restablecimiento del derecho–; en definitiva, la distinción entre estos dispositivos, además de otras notas características, bien puede ubicarse en el interés que cada acción persigue y que es expresado en las pretensiones; en particular, cuando éstas se dirigen al escrutinio de los actos previos al contrato. Para hacer evidente este aserto, basta observar el contenido normativo de cada una de tales acciones en el CCA, en

función de distinguir en ellas el objetivo y el subjetivo de anulación de los actos administrativos, los cuales se trasladan, mutatis mutandis, a la acción de controversias contractuales cuando su promoción se hace por esta vía. Del análisis de estas normas, despunta con claridad, que la acción de nulidad está disponible cuando el interés del actor persiga únicamente la preservación de la legalidad en abstracto que se aduce vulnerada por la actuación de la administración; al paso que la acción de nulidad y restablecimiento “propende por la garantía de los derechos subjetivos de los particulares mediante la restitución de la situación jurídica de la persona afectada, ya sea a través de una reintegración en forma específica, de una reparación en especie o de un resarcimiento en dinero”; estas características, analizadas bajo la doctrina de los “móviles y finalidades”, a la que antes nos referimos, permitieron centrar la distinción entre ambos medios de impugnación en función de “la naturaleza de la pretensión que se formule, o lo que es igual, por la clase de solicitud o de petición que se haga ante el órgano jurisdiccional”. En este sentido, nótese que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho inicia su descripción normativa a partir del factor subjetivo de la acción, pues señala: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica ...”; hipótesis legal a partir de la cual, y de forma correlativa, se generaba para el sujeto la atribución de peticionar, frente a la ocurrencia de tal suceso, “que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho”, estableciendo así un solo mecanismo de doble, pero inescindible composición, concebido para contrarrestar el estado de afectación subjetiva –primer derrotero en el tiempo– y el restablecimiento del derecho –como efecto restitutorio frente a la lesión–. En otras palabras, el primer parámetro de análisis en sede de nulidad y restablecimiento impone la verificación de la hipótesis que desata el medio de control, esto es, la cualificación del sujeto en términos de la lesión a un derecho subjetivo, aspecto que es resuelto, a través del instituto de la legitimación.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Diferencia con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL – Presupuestos para determinar la acción procedente para controvertirlo

Ahora bien, el artículo 87 del CCA no hace una redefinición de estos medios de impugnación; por el contrario, introdujo una regla de remisión a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento para el ejercicio del control relativo a los actos previos al contrato, manteniendo su alcance y contenido; pero a su vez, si en curso del término de 30 días dispuesto para ello era suscrito el contrato estatal respectivo, las pretensiones de nulidad o nulidad y restablecimiento sólo podían hacerse valer a través de la acción de controversias contractuales, pero con igual sustento normativo, esto es, un solo mecanismo de doble e inescindible composición. La lectura armónica de los artículos 84, 85, y 87 del CCA, permite razonar que el interés que daba lugar al ejercicio de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento frente al acto de adjudicación, era el mismo interés que servía de soporte para atacar su ilegalidad, ahora como fundamento de nulidad del contrato celebrado; dicho de otro modo, dado que la ilicitud de los actos previos ataca la causa del negocio jurídico y por lo mismo, éste puede verse afectado en sede de validez conduciendo a su nulidad absoluta, el único medio de control disponible era la acción contractual. Resulta así, que los mecanismos para controvertir la legalidad de los actos previos (art. 84, 85, y 87 del CCA), tenían cada cual una especial funcionalidad atada al interés y legitimación del actor, el

cual, se resalta, permanecía intacto, pues lo que se modificó fue el cauce procesal para postular la pretensión, más no su interés en ella.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 84 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 85

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Legitimación especial del tercero que acredite un interés directo para solicitar la nulidad absoluta del contrato / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Debe resultar victoriosa cuando la realización del interés jurídico no compromete el derecho subjetivo de un tercero / PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO - Los acuerdos interpartes, por regla general, no afectan ni benefician a terceros, entendidos éstos como extraños a la relación negocial

Ahora bien, para la activación de la acción contractual, la norma impuso una especial legitimación al establecer que –además del Ministerio Público y oficiosamente el Juez– sólo el “tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta” conforme dispone el inciso tercero del artículo 87 citado. De suerte que, ni la nulidad simple de los actos previos que inicialmente estaba disponible para todo tercero, y menos aún la nulidad y restablecimiento, que ya incorporaba el ingrediente del interés subjetivo, escapó al cumplimiento del requisito de legitimación cualificada que, en el campo de la acción contractual, impuso la ley. Además, debe precisarse que el interés directo es supuesto que legitima el ejercicio de la acción, pero el derecho es el presupuesto de la sentencia. Dicho de otra manera, el interés que legitima la acción reside en quien ha participado en el proceso licitatorio reclamando un mejor derecho, pero el supuesto de la sentencia es la acreditación de ese derecho, pues sin un derecho que restablecer la presunción de legalidad del acto y la de validez del contrato, están llamadas a permanecer. Esta premisa se soporta tanto en la presunción de legalidad del acto, que debe resultar victoriosa cuando la realización del interés jurídico no compromete el derecho subjetivo de un tercero; como también, en el principio de relatividad de los contratos, por cuya virtud los acuerdos interpartes, por regla general, no afectan ni benefician a terceros, entendidos éstos como extraños a la relación negocial –res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest– premisa que excluye su intervención en el surgimiento, discusión o efectos de los contratos; y primordialmente al principio de conservación de los contratos –favor contractus–, a través del cual se promueve el cumplimiento y protección de los acuerdos de voluntades, como fuente estable de derechos y obligaciones que, por su importancia en el tráfico jurídico, ha venido adquiriendo preponderancia dentro del sistema jurídico del derecho de los contratos, de forma que la misma legislación define factores o mecanismos para su conservación y para su defensa frente a terceros. Tal es el caso de la protección jurídica que se confiere al contrato estatal (y por ende a las necesidades generales que por esta vía se suplen) en tanto y cuanto para que el contrato sea cuestionado por terceros en sede de nulidad absoluta, se exige de éstos la acreditación de un interés directo en el mismo; de forma que, en el marco de la acción de controversias contractuales, en todos los casos, debe verificarse la cualificación de los sujetos en clave de su legitimación, impidiendo así el ataque indiscriminado que implicaría que cualquiera, y en cualquier tiempo, pudiera petitionar esa ruptura negocial.

SALVAMENTO DE VOTO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En el sub iudice, no hay duda de que la acción que originalmente estaba disponible frente al interés manifestado por el actor, que correspondía a la nulidad y restablecimiento, se proyectó a la contractual ante la suscripción del contrato, y, por ende, el interés de aquella acción se transformó en la pretensión que debe acompañar y sostener la de nulidad absoluta del contrato en el marco de la acción contractual. De manera que, la afectación de su situación particular en dicha licitación definió el interés del actor en ser restituido patrimonialmente, atacando, por ello, la legalidad de ese acto previo, asunto que no podía ser reducido a la confrontación en abstracto del acto administrativo frente al ordenamiento jurídico, al comprobarse que ningún derecho le asistía.

SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Improcedencia por no acreditar mejor derecho / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Improcedencia por no ser generador de lesión o daño resarcible

Al tenor de lo expuesto, acreditado en el proceso que el interés del actor no existe, por cuanto su propuesta no era la más favorable para la administración, toda vez que no cumplió con los requisitos del pliego de condiciones exigidos para la demostración de la experiencia en construcción del tipo de obra a adjudicar, no será posible adentrarse en un estudio de simple nulidad del acto de adjudicación. Pues, se reitera, las pretensiones de la demanda obedecen a un binomio indisoluble originado en la lesión a un derecho subjetivo que se pretende restablecer, por lo que, a falta de tal derecho y por ende de afectación, no hay lugar a que se declare la nulidad de un acto que no fue generador de lesión o daño resarcible. De acuerdo con lo anterior, no procedía la declaración de nulidad del acto de adjudicación ni, en consecuencia, la del contrato, ante la carencia de un derecho del actor susceptible de ser restablecido-reparado y, por ende, del interés subjetivo capaz de soportar la nulidad absoluta del contrato. En criterio del suscrito, los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado solo tenían la virtualidad de afectar la presunción de legalidad del acto en tanto su violación se hubiere proyectado en la órbita del derecho subjetivo afectado, por lo que, a falta de éste, ninguna declaración de nulidad se pudo haber declarado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01631-03(64908)

Actor: INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN S.A. Y OTROS

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

SALVAMENTO DE VOTO PRESENTADO POR EL MAGISTRADO JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Me he apartado de la decisión mayoritaria de la Sala, por una razón concreta y específica:

Sin la acreditación del mejor derecho de la parte actora, no procedía la declaratoria de nulidad de los actos de adjudicación y, menos aún, del contrato, en tanto la acción que dio inicio al proceso era de carácter subjetivo, por lo que (i) la presunción de legalidad de los primeros, y (ii) la de validez del contrato, no podían ser objeto de una decisión que las desvirtuara ante la falta de comprobación de un mejor derecho del actor que la soportara.

En mi criterio, entiende la Sala, de manera equivocada, que cuando el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, así, después, que su propuesta era la mejor. Bajo este ejercicio, resulta que es admisible escindir la acción, pudiéndose declarar la nulidad de los actos de adjudicación del contrato, pero negando el restablecimiento, como ha ocurrido en este caso.

Siempre de manera respetuosa, emito el anterior juicio de valor en tanto el ejercicio que se debe verificar es exactamente el contrario, esto es, comprobar primero el derecho del actor a ser adjudicatario, y solo basado en él, proceder con la verificación de su lesión a la luz de las normas superiores de derecho, pero anotando, además, que esa violación solo será relevante en tanto se proyecte como afrenta a ese derecho subjetivo, pues de no ser así, se estaría mutando el carácter subjetivo de la acción para proyectarse en un mero juicio de legalidad, como el que en este proceso se ha presentado.

La situación antes indicada se patenta en el presente caso, en tanto la sentencia arriba a la conclusión de que el acto de adjudicación fue ilegal, puesto que se concluye que adolece del vicio de falsa motivación como consecuencia de la transgresión de los principios de igualdad y de selección objetiva, habida cuenta que para la adjudicación la entidad tuvo como sustento supuestos fácticos que no estuvieron demostrados en el procedimiento de selección, pero, a renglón seguido, encuentra que la propuesta de la parte actora no estaba destinada a ser adjudicataria y, a pesar de ello, insiste en declarar nulos tanto el acto de adjudicación como el contrato, pero a la vez niega el restablecimiento del derecho deprecado.

Al hacer este recorrido, se desvirtúa la presunción de legalidad del acto de adjudicación sin el referente del derecho subjetivo afectado, el cual en este caso no puede consistir en el mero control de la legalidad, pues se recuerda, estamos frente a una acción de control subjetivo, en el que el derecho que se reclama debe estar presente tanto al momento en que se verifique el estudio de la legalidad del acto, como en el de la procedencia de su restablecimiento o de reparación del daño.

Para apuntalar la tesis que se sostiene -ubicada en la génesis del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho-, acudo a dos vías de análisis. Por un lado, el de la estructura del medio de control de controversias contractuales, que sin duda reclama ese interés jurídico representado en un derecho que resulta lesionado y, por el otro, a las consideraciones que desde hace varias décadas se han construido en punto a la teoría de los móviles y finalidades, de cara a los mecanismos de control objetivo y subjetivo de legalidad que, en conclusión, han cuestionado el uso de tales mecanismos sin percatarse en el interés que guía la acción de quien la presenta. En aras de la precisión de este salvamento, solo hare mención al explicar la primera indicada.

En esta línea, es importante recordar que el mandato original contenido en el artículo 87 del CCA (Decreto-Ley 01 de 1984), establecía que el control judicial de los actos previos al contrato estatal estaba sujeto y compartía las mismas reglas procesales aplicables a la generalidad de los demás actos administrativos. Así, su enjuiciamiento debía realizarse a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

En el año 1993, fue expedida la Ley 80, en cuyo artículo 77, párrafo primero, se estableció, entre otros aspectos, la acción procedente en relación con el acto de adjudicación, indicando que su impugnación judicial corresponde al *“ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”*.

Este aspecto resulta fundamental, en tanto y cuanto su consagración y vigencia en el ordenamiento jurídico, tendió el puente entre las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aquellas que determinaban el cauce procesal para el ejercicio de las acciones respectivas, todo lo anterior, **de cara a las finalidades sustanciales de preservación de los contratos estatales –incluida su base fundamental que descansa en el acto de adjudicación– como lo prevé el citado Estatuto.**

De modo que, cuando la norma definió que la adjudicación sólo podía ser atacada por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que hizo fue, de una parte, afirmar su naturaleza como acto administrativo de carácter particular; y, de otra, dados los efectos legales atribuidos al acto de adjudicación como irrevocable y generador de un estatus jurídico entre la entidad y el adjudicatario para la celebración del contrato, sólo quienes se entendieran lesionados en un derecho subjetivo frente al acto de la adjudicación, pudieran activar este mecanismo de control.

Posteriormente, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 87 del CCA, en cuyo inciso segundo, se identificaron los dispositivos de control judicial que procedían, en general, frente a los actos previos al contrato. Así, los actos que antecedían a la celebración del contrato estatal quedaron sujetos al ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación y publicación. Al lado de lo anterior, señaló que, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, **sin desprenderse del interés que, en sede de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, acompañara al interesado.**

En este sentido, cuando se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el único objetivo de confrontar la legalidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico que se dice transgredido, despuntaba idóneo el ejercicio de la acción de nulidad simple (como anteriormente se conocía); y, cuando una persona *“se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica”*, y pida *“que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho”*, la acción de nulidad y restablecimiento se constituía en el mecanismo admisible, de cara a la existencia de un interés subjetivo del actor.

Sobre estos dos mecanismos que permitían atacar la legalidad del acto previo, la jurisprudencia de esta Corporación tuvo oportunidad de precisar, de cara al interés perseguido por el actor y en función de los efectos que traería consigo una eventual nulidad del acto de adjudicación, que éste *“conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa”*.

Ahora, en relación con la oportunidad para ejercer tales acciones, la Ley 446 de 1998, estableció un término especial y reducido de 30 días para demandar los actos previos a la celebración del contrato, en cualquiera de las dos vías señaladas; de manera que ya no se podía demandar la nulidad y restablecimiento del derecho en los 4 meses que anteriormente se permitía al amparo del artículo 136 del CCA, ni era posible ejercitar la acción de simple nulidad en cualquier tiempo, dada la especial protección que de esta manera se confería para proveer de estabilidad los procesos de selección en la contratación pública.

Según da cuenta la jurisprudencia del Consejo del Estado, la fijación de este novedoso y corto término fue la respuesta brindada por el ordenamiento jurídico a los innumerables ataques que sin horizonte de tiempo (acción de nulidad) y sin un interés subjetivo real (nulidad y restablecimiento) afectaban la contratación estatal y restaban seguridad a los procedimientos contractuales de escogencia.

Entre otros temas, bien vale la pena remarcar que esta norma generó una modulación entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de controversias contractuales, en los casos en que el contrato era suscrito estando en curso el término de 30 días de caducidad para atacar la legalidad de los actos previos; de manera que, ante la pronta suscripción del contrato y con el fin de garantizar el control judicial de tales actos, el término de 30 días vinculado a la nulidad y restablecimiento del derecho fue preservado, ya no vinculado al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, sino por la vía de la acción de controversias contractuales en función de la oportunidad para petitionar el restablecimiento patrimonial del derecho, **por lo que sin duda, iguales reglas de apreciación sobre la procedencia de la citada acción se predicán en esta hipótesis normativa**

La pregunta que se hace con base en el anterior panorama es, si el actor que carece de un interés subjetivo, ya representado para el momento de la sentencia en un mejor derecho, puede propiciar que se declare la nulidad de los actos previos de adjudicación y con él, el de la nulidad del contrato. La respuesta, a juicio del suscrito consejero es negativa, pues el derecho que lo acompaña es inexistente y por ende la presunción de legalidad del acto esta llamada a permanecer incólume, como lo será en consecuencia, el mismo contrato.

En efecto, el artículo 87 del CCA, intitulado “*DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES*”, se ocupó de confirmar que las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, son las llamadas a conducir las pretensiones relacionadas con la ilegalidad de los actos que preceden al contrato¹⁰⁰; en particular, esta norma enfatizó que la utilización de uno u otro mecanismo, “*según el caso*”, estaba alejada del capricho del demandante, pues se encontraba sujeta, en alcance y contenido, al interés promovido por el actor el cual se revela en sus pretensiones.

Con razonado criterio precisó el legislador los elementos necesarios para individualizar cada uno de estos caminos procesales y, al hacerlo, distinguió el interés que animaba la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, y el atribuido a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho según el artículo 85 del mismo estatuto.

No se trata entonces de la simple composición de un *nomen juris* para cada acción, ni que su diseño en el orden legal responda a una diferencia semántica donde al primer mecanismo de acción –nulidad–, se le añada un complemento para llegar al segundo –nulidad y restablecimiento del derecho–; en definitiva, la distinción entre estos dispositivos, además de otras notas características, bien puede ubicarse en el interés que cada acción persigue y que es expresado en las

¹⁰⁰ Señala el inciso segundo de la mencionada disposición “*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*

pretensiones; en particular, cuando éstas se dirigen al escrutinio de los actos previos al contrato.

Para hacer evidente este aserto, basta observar el contenido normativo de cada una de tales acciones en el CCA, en función de distinguir en ellas el objetivo y el subjetivo de anulación de los actos administrativos, los cuales se trasladan, *mutatis mutandis*, a la acción de controversias contractuales cuando su promoción se hace por esta vía.

Del análisis de estas normas, despunta con claridad, que la acción de nulidad está disponible cuando el interés del actor persiga únicamente la preservación de la legalidad en abstracto que se aduce vulnerada por la actuación de la administración; al paso que la acción de nulidad y restablecimiento *“propende por la garantía de los derechos subjetivos de los particulares mediante la restitución de la situación jurídica de la persona afectada, ya sea a través de una reintegración en forma específica, de una reparación en especie o de un resarcimiento en dinero”*¹⁰¹; estas características, analizadas bajo la doctrina de los “móviles y finalidades”, a la que antes nos referimos, permitieron centrar la distinción entre ambos medios de impugnación en función de *“la naturaleza de la pretensión que se formule, o lo que es igual, por la clase de solicitud o de petición que se haga ante el órgano jurisdiccional”*¹⁰².

En este sentido, nótese que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho inicia su descripción normativa a partir del factor subjetivo de la acción, pues señala: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica ...”*; hipótesis legal a partir de la cual, y de forma correlativa, se generaba para el sujeto la atribución de petionar, frente a la ocurrencia de tal suceso, *“que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho”*, estableciendo así **un solo mecanismo de doble, pero inescindible composición**, concebido para contrarrestar el estado de afectación subjetiva – primer derrotero en el tiempo– y el restablecimiento del derecho –como efecto restitutorio frente a la lesión–.

En otras palabras, el primer parámetro de análisis en sede de nulidad y restablecimiento impone la verificación de la hipótesis que desata el medio de control, esto es, la cualificación del sujeto en términos de la lesión a un derecho subjetivo, aspecto que es resuelto, a través del instituto de la legitimación.

Ahora bien, el artículo 87 del CCA no hace una redefinición de estos medios de impugnación; por el contrario, introdujo una regla de remisión a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento para el ejercicio del control relativo a los actos previos al contrato, manteniendo su alcance y contenido; pero a su vez, si en curso del término de 30 días dispuesto para ello era suscrito el contrato estatal respectivo, las pretensiones de nulidad o nulidad y restablecimiento sólo podían hacerse valer a través de la acción de controversias contractuales, pero con igual

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 426 del 29 de mayo de 2002.

¹⁰² Ibidem

sustento normativo, esto es, un solo mecanismo de doble e inescindible composición.

La lectura armónica de los artículos 84, 85, y 87 del CCA, permite razonar que el interés que daba lugar al ejercicio de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento frente al acto de adjudicación, era el mismo interés que servía de soporte para atacar su ilegalidad, ahora como fundamento de nulidad del contrato celebrado; dicho de otro modo, dado que la ilicitud de los actos previos ataca la causa del negocio jurídico y por lo mismo, éste puede verse afectado en sede de validez conduciendo a su nulidad absoluta, el único medio de control disponible era la acción contractual.

Resulta así, que los mecanismos para controvertir la legalidad de los actos previos (art. 84, 85, y 87 del CCA), tenían cada cual una especial funcionalidad atada al interés y legitimación del actor, el cual, se resalta, permanecía intacto, pues lo que se modificó fue el cauce procesal para postular la pretensión, más no su interés en ella.

Ahora bien, para la activación de la acción contractual, la norma impuso una especial legitimación al establecer que –además del Ministerio Público y oficiosamente el Juez– sólo el “tercero que acredite **un interés directo** podrá pedir que se declare su nulidad absoluta” conforme dispone el inciso tercero del artículo 87 citado¹⁰³. De suerte que, ni la nulidad simple de los actos previos que inicialmente estaba disponible para todo tercero, y menos aún la nulidad y restablecimiento, que ya incorporaba el ingrediente del interés subjetivo, escapó al cumplimiento del requisito de legitimación cualificada que, en el campo de la acción contractual, impuso la ley. Además, debe precisarse que el interés directo es supuesto que legitima el ejercicio de la acción, pero el derecho es el presupuesto de la sentencia. Dicho de otra manera, el interés que legitima la acción reside en quien ha participado en el proceso licitatorio reclamando un mejor derecho, pero el supuesto de la sentencia es la acreditación de ese derecho, pues sin un derecho que restablecer la presunción de legalidad del acto y la de validez del contrato, están llamadas a permanecer.

Esta premisa se soporta tanto en la presunción de legalidad del acto, que debe resultar victoriosa cuando la realización del interés jurídico no compromete el derecho subjetivo de un tercero; como también, en el principio de relatividad de los contratos, por cuya virtud los acuerdos inter-partes, por regla general, no afectan ni benefician a terceros¹⁰⁴, entendidos éstos como extraños a la relación

¹⁰³ “El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

¹⁰⁴ Más allá de que por la relevancia que comportan los contratos, sus efectos tengan trascendencia económica y social frente a un conglomerado; por lo que al hablar de tercero se hace referencia a que, derivado del contrato, no se puede “hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero; esto es, que son impotentes para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria” (JOSSERAND, Louis. Derecho civil, t.II, vol. I. Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires: Bosch, 1950. p. 183).

negocial –*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*– premisa que excluye su intervención en el surgimiento, discusión o efectos de los contratos; y primordialmente al principio de conservación de los contratos –*favor contractus*–, a través del cual se promueve el cumplimiento y protección de los acuerdos de voluntades, como fuente estable de derechos y obligaciones que, por su importancia en el tráfico jurídico, ha venido adquiriendo preponderancia dentro del sistema jurídico del derecho de los contratos, de forma que la misma legislación define factores o mecanismos para su conservación y para su defensa frente a terceros.

Tal es el caso de la protección jurídica que se confiere al contrato estatal (y por ende a las necesidades generales que por esta vía se suplen) en tanto y cuanto para que el contrato sea cuestionado por terceros en sede de nulidad absoluta, se exige de éstos la acreditación de un *interés directo* en el mismo; de forma que, en el marco de la acción de controversias contractuales, en todos los casos, debe verificarse la cualificación de los sujetos en clave de su legitimación, impidiendo así el ataque indiscriminado que implicaría que cualquiera, y en cualquier tiempo, pudiera petitionar esa ruptura negocial.

En el *sub judice*, no hay duda de que la acción que originalmente estaba disponible frente al interés manifestado por el actor, que correspondía a la nulidad y restablecimiento, se proyectó a la contractual ante la suscripción del contrato, y, por ende, el interés de aquella acción se transformó en la pretensión que debe acompañar y sostener la de nulidad absoluta del contrato en el marco de la acción contractual. De manera que, la afectación de su situación particular en dicha licitación definió el interés del actor en ser restituido patrimonialmente, atacando, por ello, la legalidad de ese acto previo, asunto que no podía ser reducido a la confrontación en abstracto del acto administrativo frente al ordenamiento jurídico, al comprobarse que ningún derecho le asistía.

Sobre este aspecto, bien vale la pena remontarse a la sentencia C-221 de 1999 proferida por la Corte Constitucional, donde se efectuaron las siguientes precisiones (se transcribe conforme obra):

“En cuanto concierne al aspecto que es materia de controversia en este estrado, el precepto faculta a la persona que ostente un interés directo, aunque no sea parte contractual, para demandar la nulidad absoluta del contrato.

“Ello significa que, en el régimen actual, el legislador no habilita a interponer la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales, a quienes no tengan un interés directo que los conduzca a impetrar la nulidad del contrato; ni a quienes simplemente persigan tutelar la legalidad abstracta de la actuación de la administración (...)” (se destaca).

Al tenor de lo expuesto, acreditado en el proceso que el interés del actor no existe, por cuanto su propuesta no era la más favorable para la administración, toda vez

que no cumplió con los requisitos del pliego de condiciones exigidos para la demostración de la experiencia en construcción del tipo de obra a adjudicar, no será posible adentrarse en un estudio de simple nulidad del acto de adjudicación. Pues, se reitera, las pretensiones de la demanda obedecen a un binomio indisoluble originado en la lesión a un derecho subjetivo que se pretende restablecer, por lo que, a falta de tal derecho y por ende de afectación, no hay lugar a que se declare la nulidad de un acto que no fue generador de lesión o daño resarcible.

De acuerdo con lo anterior, no procedía la declaración de nulidad del acto de adjudicación ni, en consecuencia, la del contrato, ante la carencia de un derecho del actor susceptible de ser restablecido-reparado y, por ende, del interés subjetivo capaz de soportar la nulidad absoluta del contrato. En criterio del suscrito, los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado solo tenían la virtualidad de afectar la presunción de legalidad del acto en tanto su violación se hubiere proyectado en la órbita del derecho subjetivo afectado, por lo que, a falta de éste, ninguna declaración de nulidad se pudo haber declarado.

Fecha et supra,

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

V.F.

Salvamento de voto