

ACTO DE ADJUDICACION - Acción de nulidad y restablecimiento. Término de caducidad. Cómputo / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Acto de adjudicación. Término de caducidad. Cómputo

El término para intentar la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se rige “conforme a la reglas del código contencioso administrativo” y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 - subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 - lo señaló en 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Por lo tanto, el cómputo del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, comienza en la fecha en que el mismo es conocido por el interesado.

SELECCION DEL CONTRATISTA - Principios / PLIEGO DE CONDICIONES - Interpretación / SELECCION DEL CONTRATISTA - Pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Selección del contratista

La selección del contratista, está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, por virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones. Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la selección del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 19 de julio de 2001, Exp. 12037

PRIVACION DEL DERECHO DE SER ADJUDICATARIO - Prueba / ACCION DE NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - Presupuestos de prosperidad / ACTO DE ADJUDICACION - Nulidad. Prueba / MEJOR PROPUESTA - Indemnización. Prueba / SELECCION DEL CONTRATISTA - Principios / ACTO DE ADJUDICACION - Ilegalidad. Pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Ilegalidad. Ineficacia de pleno derecho / INEFICACIA DE PLENO DERECHO - Ilegalidad. Pliego de condiciones

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios derivada de la privación del derecho a ser adjudicatario, está condicionada a que el demandante demuestre: i) que el acto de adjudicación es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y ii) que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta. Se tiene entonces que, como el procedimiento de selección del contratista está sometido, entre otros, a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, las entidades deben someter sus actuaciones a lo dispuesto en la ley y en el correspondiente pliego de condiciones, como quiera que el Estado y los participantes están subordinados en idéntica forma a tales normas. Ahora bien, puede suceder que la ilegalidad del acto de adjudicación se derive de la ilegalidad de alguno de los requisitos previstos en el pliego, a cuyo efecto el juez de la adjudicación bien puede compararlos con el marco constitucional y legal que rige el ejercicio de dicha función administrativa y abstenerse de aplicarlos a la hora de verificar la evaluación de las propuestas, cuando los considere abiertamente ilegales. En efecto, la Sala, con apoyo en la ley, ha considerado que los requisitos

abiertamente ilícitos del pliego de condiciones, son ineficaces y no deben tenerse en cuenta por el juez administrativo. Nota de Relatoría: Ver Sentencia proferida el 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071; sentencias del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, 11 de abril de 2002, expediente 12.294 y 19 de julio de Expediente 12.037; sobre INAPLICACION DEL PLIEGO DE CONDICIONES POR ILEGALIDAD: sentencia 11192 proferida el 23 de abril de 1998; sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12.344, CP: Dr. Daniel Suárez Hernández; sentencia 15.235, del 24 de junio de 2004; Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp. 13.792. Actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía Ltda. Demandado: INVICALI.

SELECCION DEL CONTRATISTA - Domicilio / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Selección del contratista. Domicilio

La Sala encuentra claramente probado que el municipio de Pereira, a pesar de ubicar al proponente Carlos Alberto Rojas en primer lugar en el orden de elegibilidad, lo descalificó con fundamento en que incumplió el requisito alusivo a tener domicilio comercial en la ciudad de Pereira, por un mínimo de dos años. Advierte además que el pliego, como se explicó, contiene efectivamente ese requisito, que además calificó como de insubsanable. La Corte Constitucional en la sentencia T- 147 de 1996, invocada por el apelante y referida por el Ministerio Público, expresamente calificó de inconstitucional el mismo requisito, al examinar una licitación pública realizada para contratar la ejecución de obras en el Municipio de Pereira, en la que se otorgaban 2 puntos adicionales a quienes acreditaran su residencia en ese Municipio, mínimo durante los seis meses anteriores, consideró que a los proponentes debía tratarseles de manera imparcial, con observancia del principio de igualdad, razón por la cual una entidad del nivel municipal, no podía, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, vulnerar ese principio.

PRIVACION INJUSTA DEL DERECHO A SER ADJUDICATARIO - Perjuicio material / PERJUICIO MATERIAL - Privación injusta del derecho a ser adjudicatario / PRIVACION INJUSTA DEL DERECHO A SER ADJUDICATARIO - Utilidad proyectada en la propuesta / UTILIDAD PROYECTADA EN LA PROPUESTA - Privación injusta del derecho a ser adjudicatario / AIU - Noción / AIU - Privación injusta del derecho a ser adjudicatario / PRIVACION INJUSTA DEL DERECHO A SER ADJUDICATARIO - Indexación. Oportunidad / INDEXACION - Privación injusta del derecho a ser adjudicatario / INTERES LEGAL - Privación injusta del derecho a ser adjudicatario

La Sala, con fundamento en lo expuesto en precedentes providencias, considera que el perjuicio material que padece el sujeto privado injustamente del derecho a ser adjudicatario, está definido a partir de la utilidad proyectada en su propuesta. En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje “destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato (I) y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U). Se advierte igualmente que se tomará en cuenta para fijar el período de la indexación la fecha en que se habría terminado de ejecutar el contrato por el demandante, en consideración a que, conforme lo ha señalado la Sala, es generalmente en esta oportunidad, en la que se concreta el perjuicio por la privación de dicho rubro. Precisa igualmente la Sala que la actualización o

indexación del valor propuesto por utilidad procede en consideración a los efectos nocivos que el transcurso del tiempo produce respecto del poder adquisitivo de la moneda colombiana. La cuantificación también comprende el valor correspondiente a los frutos civiles que dicho dinero habría producido para su dueño, durante el mismo período, que se calculará mediante la aplicación de la tasa legal del 6% anual. Nota de Relatoría: Ver sobre UTILIDAD PROYECTADA: sentencia proferida el 27 de noviembre de 2002, expediente 13792, Actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía. Ltda; sobre AIU: sentencia 14.577 del 29 de mayo de 2003; sobre INTERESES LEGALES: sentencia 15307 del 28 de septiembre del 2006.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-31-000-1995-03254-02(15963)

Actor: CARLOS ALBERTO ROJAS PINEDA

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRATOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de octubre de 1998, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada por Carlos Alberto Rojas Pineda el 28 de mayo de 1996, en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que se declare la nulidad del artículo tercero de la resolución N° 088 del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y seis (1996). ‘Por medio de la cual se adjudica la solicitud de oferta para el mantenimiento de las vías: Universidad Tecnológica -Mundo Nuevo- la Bella, Tribunales - la Garminea, Turín - Cantera de Combia’, que a la letra dice:

‘Artículo 3°. Adjudicar la propuesta cuyo objeto es el mantenimiento de la Vía Turín - Cantera de Combia, al proponente Gonzaga Valencia por un valor de (Cuarenta y Cinco Millones Ochocientos Mil Seiscientos Sesenta y Siete Pesos Mcte) \$ 45.800.667.00, y un plazo de ejecución de 75 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de iniciación de la Obra’

2.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad parcial de la resolución N° 088 del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y seis (1996) y para efectos de la vulneración de los derechos de mi poderdante con la expedición de la resolución cuya nulidad se solicita, se condene al Municipio de Pereira a pagar al ingeniero Carlos Alberto Rojas Pineda el monto de los perjuicios sufridos al no habersele adjudicado la obra ‘Mantenimiento de la Vía Turín - Cantera de Combia’. Por concepto de Lucro cesante y Daño Emergente constituido por las sumas que hubiera percibido como ganancia de habersele favorecido con la adjudicación y posterior celebración del contrato por ser el mejor proponente. Daño que se ha calculado en la suma de DOCE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$12.000.000.00).

3.- Que se actualice el valor del lucro cesante a la fecha de la sentencia, con base en la pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha en que surgió el perjuicio: 31 de enero de mil novecientos noventa y seis (1996) y la fecha de la sentencia, tomando en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República, los cuales constituyen un hecho notorio.

4.- Que sobre el monto histórico se reconozca el interés técnico del doce por ciento anual (12%).

5.- *Que se declare que conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo el Municipio de Pereira pagará intereses en los términos allí estipulados, sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia.*

6.- *Condenar en costas a la demandada.*” (Fols. 68 y 69 c. ppal).

1.1 Hechos

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetizó así:

1. El día 26 de diciembre de 1995, la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Pereira, fijó un aviso solicitando la presentación de ofertas para la contratación directa de las siguientes obras: *i)* mantenimiento de la vía Tribunas - la Graminera. *ii)* mantenimiento de la vía Universidad Tecnológica - Mundo Nuevo - la Bella y *iii)* mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia.

2. Al referirse a los participantes, el aviso determinó que sólo podrían serlo las personas naturales o jurídicas ingenieros, quienes debían acreditar residencia comercial por un mínimo de dos (2) años en el Municipio de Pereira. Adicionalmente, se estableció que ese requisito no era susceptible de ser saneado.

3. Como criterio de selección se estipuló que el Municipio de Pereira, seleccionaría la propuesta más favorable, de acuerdo con la fórmula de adjudicación adoptada por esa entidad.

4. El 16 de enero de 1996, dentro del término previsto para el efecto, el Ingeniero Carlos Alberto Rojas Pineda, presentó una propuesta para la ejecución de la obra *mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia*, por valor de \$ 45.916.160. En ella determinó un costo directo por valor de \$35.872.000 y un A.I.U. (Administración, Imprevistos y Utilidades) del 28%, es decir \$10.044.160. A su propuesta anexó el certificado de registro de proponentes expedido por la Cámara de Comercio de Pereira.

5. El 17 de enero de ese mismo año, el comité evaluador emitió el informe técnico, económico jurídico de las ofertas presentadas. Respecto de la obra

Mantenimiento de la Vía Turín - Cantera de Combia, determinó que el orden de elegibilidad sería:

<i>"1. Carlos Alberto Rojas P.</i>	<i>\$45.916.160</i>
<i>2. Gonzaga Valencia</i>	<i>\$45.800.667</i>
<i>(...)"</i>	

Adicionalmente, dispuso:

"La Propuesta de Carlos Alberto Rojas presenta una certificación ante la Cámara de Comercio de Pereira de junio 2 de 1995, certificación que no cumple con lo solicitado en el aviso de cartelera y que siendo un documento no saneable, la propuesta según este comité se descalifica"

6. El señor Carlos Alberto Rojas Pineda le solicitó al Secretario de Obras Públicas Municipales, que reconsiderara su descalificación e inaplicara la parte de las condiciones de la oferta en la que se estableció el carácter de insubsanable del requisito de la residencia. El Municipio de Pereira dio respuesta desfavorable a esta solicitud.

7. Mediante resolución N° 008 de 31 de enero de 1996 el Alcalde de Pereira adjudicó el contrato al ingeniero Gonzaga Valencia Herrera.

8. El 26 de febrero siguiente, el señor Valencia Herrera, celebró con el Municipio de Pereira el contrato de obra SOPM N° 179 - 95, cuyo objeto fue el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia.

9. El ingeniero Rojas Pineda, tenía derecho a ser el adjudicatario, en razón a que anexó a su propuesta el Registro de la Cámara de Comercio de Pereira, en el que consta su domicilio principal, documento que resulta idóneo, a diferencia de las certificaciones que los demás proponentes se limitaron a presentar a efectos de probar el requisito de la residencia.

10. El demandante, se ha visto afectado con la circunstancia de que no se le adjudicó el contrato, pues su capacidad de contratación se redujo notablemente. (Fols. 65 a 68 c. ppal.).

1.2 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora, adujo que con la resolución impugnada, la entidad demandada vulneró el preámbulo de la Constitución Nacional, los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la misma, los artículos 3, 26, 29 y 50 de la ley 80 de 1993 y el decreto 855 de 1994.

En cuanto a las disposiciones de la Constitución Nacional, dijo que el Municipio de Pereira, no actuó en consonancia con los principios dogmáticos de la Constitución de 1991 y desconoció flagrantemente el derecho a la igualdad, pues lo discriminó por el lugar de su residencia. Citó la sentencia T- 147 de 1996, proferida por la Corte Constitucional y concluyó que, en el caso concreto, la entidad demandada no obró con la imparcialidad debida.

Respecto de los artículos que estimó violados de la ley 80 de 1993, sostuvo que la entidad demandada le violó el derecho a ser adjudicatario, a pesar de haber sido evaluado desde el punto de vista técnico y económico como el mejor proponente. Afirmó que el Municipio estableció condiciones de contratación que no son objetivas, como la de acreditar residencia superior a dos años en un municipio determinado.

2. Actuación procesal en primera instancia.

2.1. El Tribunal Administrativo del Risaralda, dispuso la corrección de la demanda, con fundamento en que no cumplió con las exigencias de ley en lo que se refería a la determinación de la cuantía, *“pues en este título, al menos, debe aparecer una operación aritmética que permita en forma razonada deducir de donde aparece la cifra”*. (Fols. 78 - 79 c. ppal)

2.2. Por auto de 28 de junio de 1996, el Tribunal rechazó la demanda, porque el demandante no efectuó las correcciones señaladas dentro del plazo dispuesto. (Fols 81 y 82 c. ppal).

2.3. La parte actora interpuso recurso de apelación contra el auto anterior, mediante escrito en el que adujo que, si bien no explicó detalladamente la operación aritmética de la cual resultó el monto de la cuantía por él estimada, ello

no significa que el valor global no se hubiera determinado en forma razonada (Fols. 83 - 86 c. ppal).

2.4. Mediante providencia del 13 de febrero de 1997, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió el recurso de apelación mediante auto en el que revocó el apelado y, en su lugar, admitió la demanda presentada por Carlos Alberto Rojas Pineda. Consideró *“que el requisito de la estimación razonada de la cuantía fue observado dentro del contexto de las pretensiones..”* y agregó que *“Aunque es cierto que la estimación debe hacerse en forma razonada, no se puede desconocer que la labor del juez como dispensador del derecho es de modo principal interpretativa, especialmente en espacios de connotación formalista que por lo mismo suelen poner en entredicho los derechos substanciales, cualquiera sea la posición del sujeto en el proceso.(...)”*

Esta providencia, fue notificada al Municipio de Pereira, el 13 de mayo siguiente. (Fols. 93 - 95 y 101 c. ppal)

2.5. En oportunidad, el Municipio de Pereira contestó la demanda mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones y manifestó someterse a lo que resulte probado en el proceso. Sostuvo que, si bien el demandante cumplió con la mayoría de los requisitos exigidos, no acreditó el relativo a haber residido en el Municipio de Pereira por término superior a dos años, omisión que, de acuerdo con el aviso de invitación a ofrecer, no era saneable. Dijo:

“Así las cosas, podemos decir que el Comité de evaluación, lo único que hizo fue darle estricto cumplimiento a las condiciones del aviso, así mismo es importante resaltar que entre el tiempo transcurrido entre la fijación del aviso y el cierre para la presentación de las propuestas, no hubo objeción alguna a las condiciones del aviso por parte de los 51 proponentes (...)” (Fols. 107 - 111 c. ppal)

2.6. Las partes presentaron en tiempo sus alegatos finales y el Ministerio Público rindió su concepto (Fols. 117 - 127 c. ppal).

2.7. Mediante providencia del 7 de noviembre de 1997, el Tribunal Administrativo del Risaralda decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, toda vez que no se ordenó la notificación personal de

dicho auto al señor Gonzaga Valencia Herrera, adjudicatario del contrato. (Fols. 129 y 130 c. ppal).

2.8. El 9 de febrero de 1998, el auto admisorio fue notificado al adjudicatario, quien contestó la demanda. Manifestó someterse a los hechos que resulten probados en el proceso. Sostuvo:

“Si se analizan todos y cada uno de los requisitos que la Administración Municipal determina en los avisos de solicitud de oferta como son las cantidades de obra a ejecutar, las condiciones y/o formas de pago, los criterios de selección y en general todas las condiciones que se exigen en el aviso de solicitud de oferta, no es muy difícil llegar a concluir que todos estos requisitos constituyen normas de interés general, en ningún momento de interés particular lo que las bienes (SIC) a constituir y a revestirlas del carácter de obligatorio cumplimiento para todas las partes que sometan o pretendan obtener la adjudicación de un contrato de esta naturaleza.

Por fortuna para mi representado y en virtud al principio de Transparencia, que debe tener todo contrato que se realice con la administración pública, fue un comité técnico, económico y jurídico, quien determinó que el ingeniero CARLOS ALBERTO ROJAS, presentaba en su propuesta, una falla en el Certificado de la Cámara de Comercio respecto del domicilio comercial, por cuanto en él figuraba inscrito en día 1 de junio de 1995, es decir el requisito no saneable de tener como mínimo 2 años de domicilio comercial en Pereira, lo que excluía automáticamente, de poder ser beneficiario del contrato de mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia, y en su defecto en el orden de elegibles de acuerdo al estudio de este comité, se le debería adjudicar el mismo al ingeniero GONZAGA VALENCIA HERRERA, quien de acuerdo al comité antes referido ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, se benefició con el lleno de todos los requisitos respecto de la adjudicación del contrato.(...)”. (Fols. 136 - 139 c. ppal).

2.9. La Entidad demandada presentó en tiempo sus alegatos de conclusión, y solicitó negar todas las pretensiones expuestas por el actor. Ni el demandante, ni el Ministerio Público, hicieron uso de la oportunidad.

El Municipio de Pereira manifestó:

“(...) Frente a la responsabilidad que se le pretende imputar al Municipio de Pereira, basada en la demanda presentada en contra de ésta entidad, por el señor Carlos Alberto Rojas Pineda (...) les reitero señores Magistrados en ésta etapa del proceso, que el pliego de condiciones, es la ley del contrato (...).

Si el contratista demandante hubiera querido solicitar la aclaración de dicho aviso en el sentido de de que no se limitara la participación de los proponentes, lo hubiera logrado (...). Así las cosas, el demandante antes de la presentación de las propuestas debió solicitar aclaración del aviso de oferta, situación que no fue tomada en cuenta por el proponente sino que se limitó a aceptarlo y a presentar su propuesta, para luego demostrar en la presente demanda su inconformidad frente al aviso de solicitud de oferta. (...).” (Fols. 144 y 145 c. ppal).

3. La sentencia recurrida.

Mediante sentencia de 23 de octubre de 1998, el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de decretar la nulidad de la resolución N° 088 de 1996, por medio de la cual se adjudicó el contrato.

Analizó las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y consideró que no existió violación alguna al artículo 13 de la Constitución Política, porque el requisito de acreditar residencia en el Municipio por un término superior a dos años, no fue una exigencia sólo para determinado proponente, sino que se hizo para toda persona natural o jurídica, que pretendiera participar en la licitación. Dijo:

“Cierto es que el ingeniero impugnante cumplía con la exigencia de tener su residencia comercial en Pereira, pero no con el tiempo requerido.

En los términos del inciso 3 del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, si se podría solicitar la nulidad deprecada por un participante en el proceso de selección a quien se haya descalificado, después de haber ocupado el primer puesto, por no reunir el requisito de residencia comercial en determinado sitio, a sabiendas que el registro de proponentes es nacional, o sea que puede participar cualquier ciudadano del territorio nacional que cumpla con los requisitos que exige la administración. No obstante lo anterior, hay que aclarar que en el presente asunto nos encontramos frente a un proceso de restablecimiento del derecho y no de nulidad contractual, en el cual procedería, igualmente, la nulidad oficiosa cuando esté plenamente demostrada en el plenario.”

Finalmente, sostuvo que en este caso la adjudicación del contrato no obedeció a ningún tipo de interés o motivación subjetiva, en observancia del artículo 24 ordinal 5 de la ley 80 de 1993, que consagra el principio de transparencia. (Fols. 154 a 164 c. ppal).

4. Recurso de Apelación.

4.1. En oportunidad, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con el objeto de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda (Fols. 165 c. ppal).

4.2. El demandante, sustentó en tiempo la alzada. Sostuvo que dada la naturaleza del objeto a contratar, *“no existía ninguna razón de carácter técnico que justificara la necesidad de que los proponentes acreditaran residencia en la sede del ente contratante”*.

Dijo que en los términos de referencia no se especificó en forma clara y concreta cual era el medio idóneo para acreditar dicha residencia, razón por la cual aportó el certificado de inscripción en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio de Pereira, con lo que probó que la sede principal de sus negocios era ese Municipio.

Finalmente, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema y sostuvo que, al habersele descalificado, se le vulneró el derecho a la igualdad. (Fols. 173-179 c. ppal)

5. Actuación en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue admitido mediante providencia de 8 de marzo de 1999 y por auto del 9 de abril siguiente, se dispuso el traslado para alegatos finales. Dentro de este término las partes guardaron silencio. (Fols. 183 y 185 c.1)

5.2. En oportunidad, la Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso rindió su concepto. Afirmó que el fallo impugnado debe ser revocado porque de las pruebas legal y oportunamente allegadas a al proceso, se desprende que el acto acusado está viciado de nulidad, pues contraviene las normas constitucionales y legales relativas al derecho de igualdad y a la selección objetiva de los contratistas de la administración. Afirmó:

“(...) en efecto, el análisis del proceso de selección del contratista adelantado por el municipio de Pereira para realizar las obras en cuestión muestra como el elemento residencia en el municipio por lo menos durante los dos años anteriores, fue definitivo al momento de decidir sobre la adjudicación de los contratos, siendo este el único motivo aducido para descartar la propuesta del demandante y adjudicar el contrato a quien ocupó el segundo lugar en el orden de elegibilidad, ya que no se hace alusión a ninguna otra circunstancia que hiciera inconveniente la contratación con quien se evaluara en el primer lugar en la calificación.”

Citó una providencia de tutela proferida por la Corte Constitucional¹, que consideró aplicable a este caso por tener supuestos fácticos similares. En el fallo citado, ese Tribunal precisó que en estricto rigor, el factor de la residencia no tiene ninguna relación con la obra pública, y que el objetivo de esa medida era afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales una ventaja independiente del mérito de sus propuestas, con lo que transgredió, sin justificación alguna, el derecho a la igualdad y la libre competencia.

Por otra parte, sostuvo que en este caso la selección del contratista no se ajustó a derecho, que se quebrantó el artículo 29 de la ley 80 de 1993, que alude al deber de selección objetiva y define cuál es el ofrecimiento más favorable,

¹ El Ministerio Público se refirió en particular, a la sentencia T- 147 de 1996.

enfaticando en que para efectos de la escogencia del contratista, no deben tenerse en cuenta motivaciones de índole subjetivo.

Adicionalmente, consideró que *“el proponente calificado en primer lugar sí presentó la oferta más favorable, pero fue rechazada por no acreditar a satisfacción de la entidad, la residencia en la ciudad de Pereira, lo cual es demostrativo de que el Municipio prefirió contratar con la calificada en el segundo lugar, porque a pesar de no ser tan buena como la primera, sí correspondía a un residente en la ciudad; y esta exigencia no hace referencia a los términos técnicos y económicos de la propuesta, ni al cumplimiento anterior del oferente”* ni, a ningún criterio de carácter objetivo. (Fols. 289 - 200 c. ppal)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejo de Estado es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia², de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del C. C. A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

La apelante pretende que se acceda a su pretensión de nulidad del acto de adjudicación, con fundamento en que el mismo es contrario a la constitución y a la ley que rige la selección objetiva del contratista, porque se sustentó en el incumplimiento de un requisito del pliego que es abiertamente inconstitucional. Adujo el actor que su propuesta obtuvo el mayor puntaje, no obstante lo cual no fue seleccionada porque no demostró su domicilio por mas de dos años en el

² La pretensión mayor se formuló con fundamento en el total del AIU que el demandante definió en su propuesta, debidamente actualizado desde que la formuló, hasta la fecha de la sentencia. A este valor pidió agregarle un interés técnico del 12% anual. Considerado únicamente el valor reclamado por el actor, por concepto de capital indexado, este asciende, a la fecha de la sentencia de primera instancia, a \$19'470.278,41 y a la de esta sentencia a \$36'224.323.07. Y si se tiene en cuenta que, para la fecha de presentación de la demanda, 28 de mayo de 1996, la cuantía la exigida para que el proceso fuese de mayor cuantía era de \$13.460.000, resta concluir que estuvo bien surtida la alzada. Si bien es cierto que el capítulo pertinente de la demanda no es suficientemente claro para explicar la cuantía de las pretensiones y que este aspecto fue definido por esta Sala en auto también lo es que en el numeral 11 de los hechos, el actor alegó otro perjuicio con sustento en que: *“El no haber sido adjudicatario del contrato que ha dado origen a esta acción redujo la capacidad de contratación de mi poderdante en 322.96 salarios mínimos mensuales vigentes al año de 1996.”* Y si se considera que el valor del salario mínimo en 1996 era \$ 142.125, cabe deducir que el mismo fue estimado en un valor igualmente superior al exigido para la doble instancia (\$ 45.900.690).

Municipio de Pereira.

Procede por tanto la Sala a resolver la cuestión planteada, previo el análisis del marco jurídico que rige la selección del contratista en el caso concreto, de los hechos probados en el proceso y particularmente, de la facultad del juez para declarar la nulidad del acto de adjudicación, mediante la inaplicación de un requisito del pliego que sea abiertamente ilegal.

1. Cuestión previa. La caducidad de la acción

El término para intentar la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se rige “*conforme a la reglas del código contencioso administrativo*” y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 - subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 - lo señaló en 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

Por lo tanto, el cómputo del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, comienza en la fecha en que el mismo es conocido por el interesado. En el caso concreto el acto se comunicó el 6 de febrero de 1996 y la demanda se presentó el 28 de mayo del mismo año, razón por la cual se impone concluir que la acción se ejerció oportunamente.

2. La selección del contratista

Está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, por virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones³. Así lo ha precisado la jurisprudencia en abundantes providencias, como en la sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037:

³ El proceso de selección de contratista objeto de análisis en este proceso se rige por la ley 80 de 1993 y sus normas complementarias.

“Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.”⁴

Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la selección del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él.

3. Lo probado en el caso concreto

Mediante la valoración de los documentos aportados en copia auténtica, en el curso de la primera instancia, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

3. 1. El 26 de diciembre de 1995, el Municipio de Pereira realizó convocatoria en la que solicitó la presentación de ofertas para la construcción de obras, entre ellas, el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia. Consta en el aviso de invitación lo siguiente:

“PARTICIPANTES: Sólo podrán participar aquellas personas naturales o jurídicas. Ingenieros.

Los proponentes deberán acreditar residencia comercial por un mínimo de dos (2) años en la ciudad de Pereira, este documento no es saneable.

(....)

CRITERIOS DE SELECCIÓN. El Municipio de Pereira, seleccionará la propuesta que sea evaluada como la más favorable, de acuerdo con la

⁴ Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS CONSTRUCTORES ACIC.

fórmula de adjudicación adoptada por el Municipio. Todas las ofertas deberán cumplir con las especificaciones Técnicas para la ejecución de la obra y sus precios estén acordes con los del mercado actual. Las propuestas presentadas se evaluarán el mismo día de cierre de ofertas y el proponente de la oferta considerada ganadora deberá suscribir al día siguiente la respectiva póliza de seriedad de la propuesta equivalente al 10% de la misma” (Documento auténtico, fols. 3 y 4 c. 1)

3. 2. En oportunidad, el señor Carlos Alberto Rojas Pineda presentó su propuesta para el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia, por valor de \$45'916.160, a la que anexó especificaciones técnicas, diseño de poceta y cabezote, detalle de filtro francés, lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta. En la comunicación remisoria de la propuesta ofreció *“ejecutar todo el trabajo necesario y suministrar todos los elementos requeridos para la obra propuesta a los precios unitarios que figuran en el citado formulario.”* Declaró además no estar incurso *“en causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad de las señalada en la ley”* ni en alguno de los *“eventos de prohibiciones especiales para contratar”*.

También anexó certificado expedido por la Cámara de Comercio de Pereira el 2 de junio de 1995, en el que consta que el señor Rojas Pineda Carlos Alberto, domiciliado en la ciudad de Pereira, se encuentra *“Inscrito en el Registro de Proponentes bajo el N° 00341 del día 01 del mes de junio de 1995”* (fols, 7 a 21 c. ppal).

3. 3. El 17 de enero de 1996, el Comité Técnico, Económico y Jurídico de las ofertas del mantenimiento de vías, emitió un informe de evaluación de las propuestas, en el que consta lo siguiente:

“(...) el orden de Elegibilidad será el siguiente:

- | | |
|--------------------------------|----------------------|
| <i>1. Carlos Alberto Rojas</i> | <i>\$ 45.916.160</i> |
| <i>2. Gonzaga Valencia</i> | <i>\$ 45.800.667</i> |
| <i>(...)</i> | |

En el caso de que el proponente que ocupe el primer lugar de acuerdo a los numerales anteriores no anexe toda la documentación exigida en la solicitud de oferta, este podrá sanearlos (A excepción de: el cuadro de la propuesta y

la certificación de residencia comercial por un mínimo de 2 años), para lo cual dispondrá de dos días hábiles después de ser requerido (...).

La propuesta de Carlos Alberto Rojas presenta una certificación de inscripción ante la Cámara de Comercio de Pereira de fecha junio 2 de 1995, certificación que no cumple con lo solicitado en el aviso de cartelera y que siendo un documento no saneable, la propuesta según este comité, se descalifica.

Por consiguiente, el comité evaluador revisa la propuesta siguiente de acuerdo al orden de elegibilidad.

El cuadro de la propuesta del ingeniero Gonzaga Valencia está bien diligenciado.

(...)

El proponente Gonzaga Valencia no presenta discrepancias.

(..)

La propuesta de Gonzaga Valencia tiene toda la documentación exigida en la solicitud de la oferta.

En resumen este comité conceptúa que la propuesta adjudicable es:

Gonzaga Valencia, por un valor de cuarenta y cinco millones ochocientos mil seiscientos sesenta y siete pesos m/l y con un plazo de ejecución de setenta y cinco días (75) calendario” (fols. 22 a 45. c. ppal)

3. 4. Mediante comunicación de 30 de enero de 1996, el señor Carlos Alberto Rojas, demandante, solicitó al Municipio de Pereira reconsiderar su descalificación, e inaplicar la parte de las condiciones de la oferta donde se estipuló que “*el no cumplimiento del requisito de la residencia es insubsanable*”. En respuesta a ello, la entidad demandada le informó al peticionario que el contrato fue adjudicado al señor Gonzaga Valencia y por eso no era posible considerar su solicitud. (Originales fols. 55, 62 y 63 c. ppal)

3. 5. Por resolución N° 088 de 31 de enero de 1996, artículo tercero, el Municipio de Pereira adjudicó el contrato para el mantenimiento de la vía *Turín Cantera de Combia*, al señor Gonzaga Valencia. Consta en este acto que el

Comité Técnico Económico Jurídico, que forma parte integral de la resolución consideró que el señor Gonzaga Valencia ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad de las propuestas (Resolución en copia auténtica fols. 56 - 61 c. ppal)

3. **6.** El 26 de febrero de 1996 el Municipio de Pereira y el señor Gonzaga Valencia Herrera suscribieron el contrato de obra N° SOPM 179- 95 con el objeto de realizar el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia, por valor de \$45'800.000. (fols.46 a 54 c. ppal)

4. La privación del derecho a ser adjudicatario

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios derivada de la privación del derecho a ser adjudicatario, está condicionada a que el demandante demuestre: *i)* que el acto de adjudicación es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y *ii)* que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta. Así lo ha precisado la Sala en reiteradas ocasiones:

“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.”⁵

Se tiene entonces que, como el procedimiento de selección del contratista está sometido, entre otros, a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, las entidades deben someter sus actuaciones a lo dispuesto en la ley y

⁵ Sentencia proferida el 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071. Actor Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza Gonzalez

en el correspondiente pliego de condiciones, como quiera que el Estado y los participantes están subordinados en idéntica forma a tales normas.⁶

Ahora bien, puede suceder que la ilegalidad del acto de adjudicación se derive de la ilegalidad de alguno de los requisitos previstos en el pliego, a cuyo efecto el juez de la adjudicación bien puede compararlos con el marco constitucional y legal que rige el ejercicio de dicha función administrativa y abstenerse de aplicarlos a la hora de verificar la evaluación de las propuestas, cuando los considere abiertamente ilegales.

En efecto, la Sala, con apoyo en la ley, ha considerado que los requisitos abiertamente ilícitos del pliego de condiciones, son ineficaces y no deben tenerse en cuenta por el juez administrativo. Así, en sentencia 11192 proferida el 23 de abril de 1998, explicó:

“..... la Sala entiende que no es permisible a la entidad contratante establecer en el pliego de condiciones, previsiones en virtud de las cuales la entidad se reserve ‘el derecho de aceptar o no ofertas que no reúnan la totalidad de requisitos o que presenten defectos en forma (sic.), omisiones o errores significativos y aquéllas que no sean convenientes para la entidad’, tal cual lo determinaron los pliegos de condiciones que gobernaron la licitación que ha originado el presente proceso, pues una cláusula con esos alcances riñe abiertamente con elementales principios aplicables al régimen de contratación estatal, por virtud de los cuales, no es permisible a los sujetos involucrados en el proceso de selección y particularmente a la entidad licitante ‘reservarse derechos’ de que carece y que no son de su resorte por corresponder a la competencia normativa del ordenamiento y no dispositiva de los particulares, como que por esa vía, la entidad podría eludir el cumplimiento de la ley pues claro resulta que las ofertas deben reunir la totalidad de los requisitos que se reputan esenciales como condición sine qua non para poder ser estudiadas y consideradas, de la misma manera que aquéllas que evidencien omisiones o errores significativos, tampoco son hábiles para su consideración, por lo cual, dichas reservas, no pasan de ser cláusulas de estilo sin eficacia alguna, pues absurdo resultaría que frente a

⁶ Al efecto pueden consultarse, entre otras las sentencias del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, 11 de abril de 2002, expediente 12.294 y 19 de julio de Expediente 12.037.

mandatos imperativos de orden público como aquél contenido en el art. 33 del anterior estatuto contractual o el preceptuado en el art. 29 de la ley 80 de 1993, ambos consagradorios del principio objetivo que ha de presidir la selección del contratista, pudiera la entidad contratante reservarse una inexistente discrecionalidad y arrogarse el poder sin fundamento legal de ninguna naturaleza de aceptar o no a su antojo las propuestas que contengan deficiencias graves o errores trascendentales y relevantes, pues esta materia es de orden público y el rigor que ha de presidir la consideración de las propuestas así como los parámetros de necesaria observancia están delimitados en la ley, la cual ha disciplinado los criterios objetivos de selección que en manera alguna pueden quedar librados al antojo de la entidad contratante.

Quizás por ello el actual estatuto contractual expresa e inequívocamente determinó que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el art. 24 de la ley 80 de 1993 consagradorio del principio de la transparencia “serán ineficaces de pleno derecho”, particularmente aquéllas que establezcan reglas de selección por fuera de la objetividad, claridad y justicia que debe manifestarse en los pliegos que gobiernan el proceso de selección.

La anterior precisión se hace en atención a la postura procesal asumida por el ente demandado quien a manera de defensa invocó frente a la controversia planteada la aplicación de dicha cláusula, que se reitera, en sentir de la Sala, es ineficaz de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaratoria jurisdiccional a propósito, no obstante que del análisis probatorio realizado en la presente providencia los cargos enderezados a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación no se abren paso por las razones expuestas anteriormente.” (Se subraya)

Igual postura asumió la Sala en sentencia proferida el 3 de mayo de 1999 en la que explicó:

“Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal

principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva.

La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.”⁷ (Subraya ahora la Sala).

Que fue reiterada, entre otras, en sentencia 15.235⁸:

“De conformidad con lo expuesto precedentemente, el juez administrativo es competente para inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual y en él se fundamente el vicio de nulidad de aquéllas.

La mal llamada excepción de ilegalidad⁹ se fundamenta en ‘la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales se derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no la contemple expresamente... resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de

⁷ Expediente 12.344. Actor: GERMAN TORRES SALGADO. CP: Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁸ Proferida el 24 de junio de 2004.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de enero 26 de 2000

*ilegalidad, resulta acorde con la Constitución*¹⁰ Dicha facultad está reservada a la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como fue reconocido por la Corte Constitucional (...)¹¹

La inaplicación, concretamente de las disposiciones del pliego de condiciones, encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral.

*En ese orden de ideas, los pliegos de condiciones que rigieron la licitación 01 de 1994, al prever que la licitación podía ser declarada desierta “cuando no se presenten al menos dos (2) participaciones hábiles” (num. 3.10 lit. e), desconoció que la ley, en el lit. b. del numeral 5 del artículo 24, exige la definición de reglas objetivas que aseguren la escogencia del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. La presentación de una sola oferta no la impide, como acaba de señalarse y por tal motivo, no justifica que pueda frustrarse ese procedimiento administrativo.*¹²

En síntesis, la resolución No. 1204 del 14 de marzo de 1994, por medio de la cual el presidente del IFI declaró desierta la licitación 01 de 1994, por haberse presentado una sola propuesta, está viciada de nulidad, en tanto se expidió con fundamento en una disposición de rango inferior -el pliego de condiciones- que contraría la ley, toda vez que esa circunstancia no impedía la selección objetiva.” (Subraya ahora la Sala)

5. El requisito por el cual fue descalificado el proponente en el caso concreto

La Sala encuentra claramente probado que el municipio de Pereira, a pesar de ubicar al proponente Carlos Alberto Rojas en primer lugar en el orden de

¹⁰ Sentencia C-037 de 2000

¹¹ La ineficacia, de pleno derecho, en los términos que establece la ley 80 de 1993, permite concluir que no siempre habrá necesidad de demandar directamente el pliego de condiciones. Basta que en él se estipulen disposiciones que contravengan lo que la ley señala para que se le fulmine esa sanción.

¹² Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp. 13.792. Actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía Ltda. Demandado: INVICALI.

elegibilidad (fol. 41), lo descalificó con fundamento en que incumplió el requisito alusivo a tener domicilio comercial en la ciudad de Pereira, por un mínimo de dos años. Advierte además que el pliego, como se explicó, contiene efectivamente ese requisito, que además calificó como de insubsanable.

La Corte Constitucional en la sentencia T- 147 de 1996, invocada por el apelante y referida por el Ministerio Público, expresamente calificó de inconstitucional el mismo requisito, al examinar una licitación pública realizada para contratar la ejecución de obras en el Municipio de Pereira, en la que se otorgaban 2 puntos adicionales a quienes acreditaran su residencia en ese Municipio, mínimo durante los seis meses anteriores, consideró que a los proponentes debía tratárseles de manera imparcial, con observancia del principio de igualdad, razón por la cual una entidad del nivel municipal, no podía, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, vulnerar ese principio. Explicó:

“El fomento de la ingeniería local, en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, de todo lo cual se beneficia el municipio y sus habitantes, corresponde a una finalidad plausible y que por sí misma no atenta contra la Constitución ni la ley. El medio empleado para alcanzar la finalidad aludida, consistente en reservar una puntaje en el pliego de condiciones en favor de los proponentes que residan en el municipio, puede ser idóneo para obtener dicho propósito, pues mejora la calificación general de las firmas de ingeniería “nativas” y les otorga una ventaja que puede eventualmente resultar decisiva a la hora de decidir la adjudicación.

Para los efectos del análisis de la proporcionalidad de la medida, tanto su finalidad como el medio empleado, deben ser ponderados con mayor rigor en vista de que la Constitución prohíbe expresamente en el artículo 13 la discriminación por razones de origen nacional o familiar. Es evidente que si la Carta excluye la diferenciación de trato sustentado en el origen nacional, está igualmente descartada, inclusive de una manera más perentoria, la discriminación entre nacionales. Dado que la utilización o señalamiento de un factor discriminatorio explícitamente rechazado por la Constitución, induce a temer que se persiga por la autoridad pública la perpetración de una discriminación, el juicio constitucional en estos casos deberá ser más

exigente, esto es, debe ir más allá de la mera verificación de la racionalidad o razonabilidad de la medida.

Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. La Corte, por lo tanto, no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación.

Los argumentos esgrimidos por Induval, en el presente caso, no desvirtúan la presunción de inconstitucionalidad que cabe predicar del indicado tratamiento diferenciado. El factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública, hasta el punto de que se concibe como situación existente con antelación a la misma licitación. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no residenciado en el municipio resultara adjudicatario de la licitación, lo cual en todo caso podría ocurrir si pese a la ventaja inicial éste último supera en más de dos puntos a las firmas que se acogen a dicho beneficio. De otro lado, no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una firma externa la lleve a cabo. No está probado que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no es indispensable. En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades (C.P., art. 13) y la libre competencia (C.P. art. 333), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique.

No obstante que la disposición del pliego de condiciones se apoye en la autonomía territorial, resulta inaceptable, pues un límite de dicha autonomía es la de que a ésta no se recurra con el objeto de alterar la igualdad básica de los nacionales (C.P., art. 13). Si en el campo de la contratación pública se pusieran en vigencia cláusulas y condiciones del tenor de la analizada, so pretexto de que en algunos departamentos o municipios se discrimina a los de otros lugares - razón que aduce el director de la entidad pública demandada -, pronto se observaría una paulatina fragmentación y feudalización del mercado nacional y de su ámbito económico, lo que sin duda alguna aparejaría pérdidas, detrimento de la calidad, reducción de la escala de los negocios y deterioro de la fluidez y dinamismo de los agentes económicos.

Sin perjuicio de conservar la esfera legítima de autonomía territorial, es esencial preservar como principio general la unidad de mercado que, si con ahínco se ha querido mantener en estados federales, con mayor razón debe respetarse en un Estado como el Colombiano que se proclama unitario (C.P., art. 1), rasgo que también se proyecta en la vida económica del país, como lo pone de presente la atribución de las principales competencias de orden presupuestal, de planificación y dirección de la economía, del manejo de la moneda, el crédito, los cambios y el ahorro privado, en cabeza de autoridades nacionales, amén de las atribuciones del Congreso en lo que se refiere a la expedición de leyes en todos los ramos. La ordenación y gestión de las actividades económicas, dentro de sus competencias, no es ajena a las entidades territoriales, pero la pluralidad de competencias no puede ser disfuncional ni desintegradora del espacio económico nacional sobre el cual inciden las autoridades centrales y debe, en todo caso, conservar la igualdad entre las personas y garantizar el libre ejercicio de sus derechos, deberes y libertades constitucionales. Las variables esenciales de la economía están sujetas al ejercicio de las competencias radicadas en los órganos centrales del Estado y ellas reclaman, en principio, aplicación uniforme en el territorio nacional. Los poderes de ordenación y gestión económica de las entidades territoriales - las que de paso participan en la elaboración de las políticas generales a través de los mecanismos previstos para la elaboración del plan nacional de desarrollo -, no pueden, en consecuencia, desbordar su campo legítimo de acción y desconocer la

prevalencia de las políticas y normas adoptadas por las autoridades económicas.

El estatuto general de contratación pública, adoptado por la ley, sin perjuicio de las particularidades locales, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable.” (Subrayas fuera del texto original)

La Sala, acoge lo expuesto por la Corte Constitucional, en el entendido de que un requisito como el que se analiza, por sí sólo, no resulta acorde con las normas constitucionales y legales que rigen el ejercicio de actividades comerciales, como tampoco las que definen los criterios y requisitos para contratar con el Estado.

Es por todo lo anterior, considera ineficaz de pleno derecho¹³ el requisito *no saneable* dispuesto por la entidad demandada en el caso concreto, consistente en “acreditar residencia comercial por un mínimo de dos (2) años en la ciudad de Pereira” (fol. 3 c. ppal).

Y precisa además que, como el señor Carlos Alberto Rojas Pineda, fue descalificado por incumplir el precitado requisito, a pesar de que, según el informe del *Comité Técnico Económico Jurídico* ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad (fol. 41), se impone concluir que este proponente fue privado injustamente del derecho a ser adjudicatario.

¹³ Conforme lo prevé la ley 80 de 1993, inciso 2, literal f, numeral 5, artículo 24.

Por esta razón se anulará el artículo tercero de la resolución acusada, contentiva de la adjudicación al señor Gonzaga Valencia, del contrato que tuvo por objeto “*el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Compia*”, como quiera que este sujeto no hizo la mejor propuesta.

6. El perjuicio en el caso concreto

La Sala, con fundamento en lo expuesto en precedentes providencias, considera que el perjuicio material que padece el sujeto privado injustamente del derecho a ser adjudicatario, está definido a partir de la utilidad proyectada en su propuesta. Así lo explicó la Sala en sentencia proferida el 27 de noviembre de 2002, expediente 13792¹⁴

“La Sala ha precisado en reiteradas providencias que el perjuicio indemnizable debe ser cierto y concreto, no eventual. A este respecto cabe tener en cuenta que el perjuicio eventual es el incierto ‘meramente fundado en suposiciones o conjeturas’¹⁵. La doctrina ha señalado que el daño eventual ‘no puede considerarse daño para efecto de la responsabilidad extracontractual’; que es por ejemplo ‘el que deriva de la no realización de ventas futuras () la diferencia entre el sueldo que normalmente pudiera ganar un funcionario el que hubiera correspondido de permanecer en la carrera administrativa ascendiendo de cargo’ (...)¹⁶.”

El perjuicio indemnizable debe por tanto ser cierto, o presente y/o futuro. Una especie de perjuicio cierto futuro es el lucro cesante, toda vez que hay certeza respecto de su existencia.Partiendo del concepto de lucro cesante entendido legalmente, en el Código Civil, como ‘la ganancia o provecho que deja de reportarse’ (art. 1.614) y doctrinalmente como el ‘lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener’¹⁷, cabría concluir que la pérdida de la utilidad esperada por el proponente privado ilegal e injustamente de la adjudicación del contrato, constituye lucro cesante. Dentro de las condiciones del lucro cesante cabe tener en cuenta, por tratarse de un daño cierto, que ‘las ganancias dejadas de obtener deben ser reales, lo que debe ser probado con base en datos objetivos, y no basta suponer

¹⁴ Actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cia Ltda.

¹⁵ Alessandri Rodríguez, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno; Santiago de Chile, 1943; pág. 217.

¹⁶ Jorge Peirano Facio, Responsabilidad Extracontractual; editorial Temis, Bogotá, 1981; pág. 368.

¹⁷ Luis Díez – Picazo; Derecho de Daños; Civitas Ediciones; Madrid; 1999; pág. 323.

*resultados posibles pero desprovistos de certidumbre, derivados de especulaciones o suposiciones hipotéticas, dudosas o contingentes.*¹⁸ (.....)

La Sala considera entonces que cuando a un sujeto se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un daño antijurídico, del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato; concluye igualmente que esa pérdida de la utilidad esperada es un lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto.

(....) es, precisamente, MEDIANTE EL ESTUDIO DE LA PROPUESTA DEL DEMANDANTE que se deduce, por lo general, el valor de las utilidades que proyectó."

En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU¹⁹ propuesto para el contrato, que corresponde a *i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje "destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato"²⁰(I) y *iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U).**

Se advierte igualmente que se tomará en cuenta para fijar el período de la indexación la fecha en que se habría terminado de ejecutar el contrato por el demandante, en consideración a que, conforme lo ha señalado la Sala²¹, es generalmente en esta oportunidad, en la que se concreta el perjuicio por la privación de dicho rubro.

Precisa igualmente la Sala que la actualización o indexación del valor propuesto por utilidad procede en consideración a los efectos nocivos que el transcurso del tiempo produce respecto del poder adquisitivo de la moneda colombiana.

¹⁸ Rodrigo Escobar Gil; Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. LEGIS; Bogotá; 1999; pág. 522.

¹⁹ Al respecto se pronunció la Sala en sentencia 14.577 del 29 de mayo de 2003.

²⁰ Sentencia 14577 referida.

²¹ Sentencia 13792 citada y 13355 del 11 de marzo de 2004, entre otras.

La cuantificación también comprende el valor correspondiente a los frutos civiles que dicho dinero habría producido para su dueño, durante el mismo período, que se calculará mediante la aplicación de la tasa legal del 6% anual.²²

8. Liquidación

Indexación

Si bien es cierto que el demandante había propuesto como valor a partir del cual habría de hacerse la cuantificación del perjuicio el valor total AIU, la Sala advierte que la liquidación, como se explicó, se hará a partir del valor que corresponde a la utilidad proyectada, actualizada desde la fecha en que sería percibida por el proponente hasta la fecha de esta sentencia. En el caso concreto obran documentos indicativos de que el plazo de ejecución de las obras exigido por la entidad fue de 75 días calendario, 2.5 meses,²³ como también de que el mismo, de conformidad con la fecha del contrato celebrado con el adjudicatario²⁴, se habría cumplido el 11 de mayo de 1996,

La formula a aplicar será la siguiente:

$$R = Ra \frac{\text{Índice de Precios al consumidor Final}}{\text{Índice de Precios al Consumidor Inicial}}$$

Donde R = es el valor de la utilidad propuesta que corresponde a \$3'348.053,30²⁵

IPC inicial = de mayo de 1996, fecha en que se habría percibido la utilidad esperada.

IPC Final = de abril de 2008, que corresponde al de la fecha de esta sentencia.

$$Ra = 3'348.053,30 \frac{184.04}{67,49} = \$ 9'129.881,89$$

²² En este sentido se ha pronunciado la Sala en anteriores oportunidades como en la sentencia 15307 del 28 de septiembre del 2006.

²³ Fols. 6 y 53 c. ppal.

²⁴ 26 de febrero de 1996

²⁵ Este valor es un tercio del total del AIU que el actor calculó en \$10'044.160 (fol. 15).

Intereses legales

Fórmula: Capital histórico x período de tiempo x tasa de interés

$$I = 3'348.053,30 \times 11,9^{26} \times 0.06$$

$$I = \$2'390.510,05$$

Resumen

Valor por capital:	\$ 9'129.881,89
Valor por interés legal:	<u>\$ 2'390.510,05</u>
Valor total perjuicio material	\$11'520.391,95

Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará la sentencia apelada, para acceder a las súplicas de la demanda en la forma y cuantía señalada.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por Tribunal Administrativo de Risaralda el 23 de octubre de 1998. En su lugar se dispone

Primero. ANÚLASE el artículo tercero de la resolución 083 del 31 de enero de 1990, por medio del cual el Municipio de Pererira adjudicó al señor Gonzaga Valencia, el contrato que tuvo por objeto *“el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia por un valor de \$45'800.667”*.

²⁶ Cifra en años y fracción de año.

Segundo. DECLÁRESE que el señor Carlos Alberto Rojas Pineda fue privado injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato que tuvo por objeto el mantenimiento de la vía Turín - Cantera de Combia porque, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, hizo la mejor propuesta.

Tercero. CONDÉNASE al Municipio de Pereira a restablecer el derecho conculcado al señor Carlos Alberto Rojas Pineda mediante el pago de \$11'520.391,95 por concepto de perjuicios materiales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO. CÚMPLASE lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO. DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA