

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia Consejo de Estado en segunda instancia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de adjudicación del contrato / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. 4 meses**

El Consejo de Estado es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998. En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 ese aspecto 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, comenzó en la fecha en que el mismo fue conocido por el interesado. En el caso concreto el acto se comunicó el 27 de noviembre de 1996 y la demanda se presentó el 20 de marzo de 1997, razón por la cual se impone concluir que la acción se ejerció de manera oportuna.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77. PARAGRAFO / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 23 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 37

**JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Régimen probatorio / REGIMEN LEGAL PROBATORIO - Código de Procedimiento Civil / DOCUMENTOS APORTADOS EN COPIA - Valor probatorio. Valoración probatoria**

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

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

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, consultar Corte Constitucional, sentencia C-023 de febrero 11 de 1998

**DOCUMENTO PUBLICO - Noción. Definición. Concepto / DOCUMENTO PUBLICO - Autenticidad / DOCUMENTO PRIVADO - Autenticidad**

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

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252

**COPIA SIMPLE - Valor probatorio. Valoración probatoria / RENUENCIA DE LA ENTIDAD A APORTAR COPIA AUTENTICA - Se dará valor probatorio a la copia simple. Precedente jurisprudencial / PRINCIPIO DE LA LEALTAD PROCESAL - Violación**

Si bien encuentra la Sala que con la demanda se allegaron documentos en copia simple, los cuales, en principio, carecen de valor probatorio, no es menos cierto que en el asunto que se estudia está demostrado que la parte actora solicitó que la entidad demandada aportara copia auténtica de dichas piezas documentales, sin embargo no se allegaron las copias auténticas debido a la conducta asumida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- en el curso del proceso. En efecto, en concordancia con lo solicitado por la sociedad demandante, en el auto de decreto de pruebas del 25 de febrero de 1998 (folios 63 y 64 cuaderno 1), el Tribunal a quo ordenó al INPEC que remitiera las “copias o fotocopias debidamente autenticadas del expediente relacionado con el Concurso de méritos 004 de 1996” para cuyo efecto señaló un término de veinte (20) días. Este requerimiento no fue cumplido por la entidad demandada, según lo manifestó a la primera instancia el apoderado de la parte actora en el memorial del 13 de mayo de 1998 (folios 65 y 66 cuaderno 1), presuntamente por no encontrarse la documentación en la Subdirección de Construcciones, sino en la Secretaría General (folio 67 cuaderno 1). Cuatro meses más tarde, el INPEC allegó el Oficio del 8 de septiembre de 1998, en el cual manifestó dar cumplimiento al requerimiento judicial aportando un folder A-Z que presuntamente contenía la integridad del expediente administrativo relacionado con el Concurso de Méritos 004 de 1996, empero, al revisarse detalladamente la documentación, lo único que remitió la entidad demandada fue la primera copia de la oferta presentada por la Unión Temporal Interdiseños Ltda.- Max Ojeda. Ante la conducta renuente y omisiva de la entidad demandada, considera la Sala que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial de esta Corporación, que permite dar eficacia

probatoria a las copias simples, en aquellos casos en los cuales las copias auténticas no pudieron obtenerse por razón de la conducta endilgable a la entidad en cuyo poder se encontraba la documentación. Lo anterior para evitar que resulten premiadas maniobras que afectan, entre otros, el principio de lealtad procesal

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 16 de abril de 2007, exp. AG-025

**GESTION CONTRACTUAL - Está al servicio del interés general y afecta los fines esenciales del Estado / CONTRATACION ESTATAL - Principios / PRINCIPIO DE LA SELECCION OBJETIVA - Aplicación / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Aplicación**

No debe perderse de vista que la gestión contractual de la Administración Pública, básicamente regulada por la Ley 80 de 1993, para la época de los hechos, está al servicio del interés general y afecta los fines esenciales del Estado, por lo cual debe cumplirse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la observancia de los postulados que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además de la aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los Principios Generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo. Ahora bien, el principio de transparencia, al que debe sujetarse la contratación estatal, encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del estatuto de contratación, cuyo contenido se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. En este sentido, la forma de presentación, el contenido y evaluación de las propuestas que formulen los oferentes resultan especialmente exigentes para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando así el paso a cualquier consideración discriminatoria que pudieran llevar a cabo las autoridades. En virtud del mencionado principio de transparencia, ha constituido preocupación constante del legislador en materia de contratación estatal, propender porque se cumpla a cabalidad el proceso de selección objetiva de los contratistas del Estado, con el propósito de garantizar el buen ejercicio de la función pública para proteger así el interés general y, por ello, a pesar de que el Estatuto de Contratación vigente no se adentra en detalles -a diferencia de los estatutos que le precedieron- lo cierto es que se ocupó de dicho aspecto en varias de sus normas, dejando clara su intención de establecer reglas y principios que impidan el incumplimiento del deber de selección objetiva; por ello en el artículo 28 se consigna la forma de interpretación de las reglas contractuales.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32

**LICITACION PUBLICA - Aplicación del principio de selección objetiva / CONTRATACION DIRECTA - Aplicación del principio de selección objetiva**

La obligatoriedad del procedimiento de licitación pública, en el cual resulta imperativa la observancia del deber de selección objetiva en la forma descrita, también de obligatoria aplicación en la contratación directa, evita que la Administración Pública pueda adoptar las decisiones de adjudicación con el propósito de favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas en

quienes se concentraría la contratación estatal, quebrando así el principio de igualdad y de imparcialidad.

#### **ETAPA PRECONTRACTUAL - Aplicación del principio de igualdad / PROPUESTAS - Examen comparativo / EXAMEN COMPARATIVO DE LAS PROPUESTAS - Obligaciones de la entidad pública**

En la etapa precontractual son muchas y muy variadas las manifestaciones del principio de igualdad, las cuales se deben ver reflejadas, entre otros, en: i) la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; ii) la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; iii) la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; iv) el deber que asume la entidad pública de evaluar todas las propuestas; v) la obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella; vi) el deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y vi) la imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación. La entidad pública, al efectuar el examen comparativo de las propuestas, tendrá presente el deber legal que le asiste de: i) aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones; ii) dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas; iii) atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios, actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, establecidos por la ley para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración.

#### **NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - Condiciones**

Esta Corporación, en sus precedentes judiciales, ha precisado que se requieren dos condiciones para que salga adelante la pretensión de nulidad del acto de adjudicación: a) que se pruebe la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración; y b) que la parte actora demuestre que su oferta era la mejor y que de no ser por el vicio de ilegalidad habría sido la ganadora de la licitación o del proceso de selección.

#### **CONDICION PARA QUE PROCEDA LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - No se probó que la oferta fue la mejor**

si bien es cierto la entidad demandada desconoció a la demandante el derecho a 15 puntos adicionales, al omitir la aplicación de la regla prevista en el numeral 24.3 de los Términos de Referencia, no es menos cierto que estos puntos adicionales son insuficientes para alterar si quiera el orden de elegibilidad contemplado en el acta de evaluación de la entidad, por lo cual no se está ante una ilegalidad sustancial de la decisión administrativa de adjudicación que permita declarar su nulidad (...) Como puede apreciarse, la adición de los 15 puntos en la calificación de personal apenas alcanza para que la demandante logre igualar en puntaje al proponente que había obtenido el cuarto lugar, por este concepto. Se añade a lo anterior que tal error no vicia de ilegalidad el acto de adjudicación puesto que no desplaza del primer lugar de elegibilidad a la Unión Temporal INTERDISEÑOS LTDA., - MAX OJEDA, ni altera el puesto final obtenido por la parte actora en el

puntaje final consolidado de las propuestas, puesto que al adicionar 15 puntos a la calificación final obtenida por la sociedad demandante, se obtendría un total de 980.76 puntos, que lo mantendría en el tercer lugar de elegibilidad.

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - La orden de celebrar un audiencia pública de adjudicación no está contemplada en la legislación / CONDICION PARA QUE PROCEDA LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - No se configuró**

Sobre la orden de la Contraloría General de la República. Señaló la sociedad demandante que el INPEC desconoció la orden de celebrar la audiencia pública de adjudicación impartida por la Contraloría General de la República mediante la Resolución No. 08423 del 27 de noviembre de 1996. (...) la tesis reiterada que en la actualidad subsiste en esta Corporación enseña que la notificación o publicación de los actos administrativos tiene como finalidad permitir que los mismos generen efectos jurídicos para que dichas decisiones de la Administración Pública, adoptadas en legal forma, sean obligatorias u oponibles frente a sus destinatarios, esto significa que la publicidad del acto constituye presupuesto de su eficacia. El argumento de la parte actora no puede ser de recibo de la Sala, por cuanto que implicaría establecer un mecanismo, no contemplado en la legislación, para suspender el desarrollo de los procedimientos y la adopción de decisiones administrativas, simplemente con la formulación de una petición ante un organismo de control. El hecho de que se hubiere presentado la solicitud de audiencia pública ante la Contraloría General de la República no le imponía a la entidad demandada el deber legal de suspender el desarrollo del procedimiento de selección. Adicionalmente, mal puede exigirse al INPEC que presumiera la expedición del acto administrativo el mismo día de la adjudicación, cuando probó debidamente que fue enterada de la decisión días después.

**CONDICION PARA QUE PROCEDA LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - No se probó la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración**

Sobre la respuesta extemporánea a las observaciones presentadas por la sociedad demandante y su falta de motivación. (...) En cuanto a la oportunidad para responder las observaciones presentadas, encuentra la Sala que de acuerdo con lo previsto para la época de los hechos en la Ley 80 de 1993, era en el acto de adjudicación constituye el momento adecuado para hacerlo, como en efecto lo hizo la entidad demandada (...) De manera similar a lo planteado por la parte actora acerca de la solicitud presentada ante la Contraloría General de la República, no constituye vicio de nulidad del acto administrativo la existencia de la posibilidad de responder antes de la fecha señalada por los Términos de Referencia para la adjudicación, puesto que el término para la adjudicación concluía el 27 de noviembre de 1996, plazo dentro del cual efectivamente se entregó el Oficio No. S.C.O. 040 - 593 de 1996, emanado de la Subdirección de Construcciones (...) el cargo de la falta de motivación no tiene fundamento alguno. A juicio de la Sala, la aludida afirmación constituye en sí misma una motivación que deja sin piso el cuestionamiento formulado por la actora. Su carácter escueto, sucinto y lacónico no significa que se haya dejado de motivar la decisión administrativa. En este punto, se recuerda la precisión que sobre este particular ha efectuado en otras oportunidades la Corporación, al indicar que la acusación de "falta" de motivación del acto demandado excluye cuestionamientos relativos a la "falsa" motivación, pues mal podría reputarse de falsa una motivación inexistente

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre diferencia entre falta y falsa motivación, consultar Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2009, exp. 2005-0340

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-14175-01(19932)**

**Actor: SOCIEDAD GUTIERREZ DIAZ CIA. S EN C.**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO**

**REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-  
APELACION SENTENCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la sociedad Gutiérrez Díaz Cia. S. en C., contra la sentencia del dieciocho (18) de enero de dos mil uno (2001), dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

***“Primero.-** Declarar no probadas las excepciones propuestas por el INPEC, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.*

***Segundo.-** Denegar las súplicas de la demanda.*

***Tercero.-** Devolver el expediente al Director Seccional de Administración Judicial de Bogotá, para su traslado al Tribunal de origen (acuerdo 810 de 2000 del Consejo Superior de la Judicatura).”*

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

Mediante demanda presentada el 20 de marzo de 1997 (folios 2 a 14 cuaderno 1) se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Que se declare nula la resolución 6004 del 27 de noviembre de 1996 expedida por el INPEC por medio de la cual se adjudicó el Concurso de Méritos 004 de 1996.*

*2. Que se condene al INPEC a pagar al demandante los perjuicios equivalentes al daño emergente, constituido de acuerdo con el criterio jurisprudencial para el efecto, por una suma equivalente al monto por el cual se expidió la Póliza de Seriedad de la Oferta exigida en el Concurso de Méritos 004 de 1996.*

*3. Que se actualice el monto del daño emergente, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha de terminación del contrato derivado del mencionado Concurso y la fecha de la sentencia, a través de los medios técnicos de corrección monetaria adoptados por la jurisprudencia con aplicación del artículo 178 del C.C.A. (SENTENCIA DE MARZO 4 DE 1998. EXPEDIENTE No. 5073 DEL C. DE E. SECC. 3ª).*

*4. Que se condene al INPEC a pagar al demandante por concepto de lucro cesante, sobre el monto del daño emergente, teniendo en cuenta la calidad de comerciante de éste, el interés legal comercial desde el momento de la adjudicación del Concurso hasta el momento de la sentencia.*

*5. Disponer que el INPEC deberá pagar al demandante intereses comerciales sobre las cantidades líquidas reconocidas durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria del fallo, y moratorios después de ese término.”*

## **2. Los hechos.**

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

- El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- ordenó la apertura del concurso público de méritos No. 004 de 1996, cuyo objeto era contratar la interventoría técnica, administrativa y contable de las obras de la nueva cárcel del distrito judicial de Girardot (Cundinamarca).
- La sociedad demandante presentó dentro del término estipulado su propuesta, según los derroteros establecidos en los Términos de Referencia. Obtuvo 660 puntos en la evaluación técnica de 930 posibles y 305.76 puntos en la evaluación económica, de los 350 puntos posibles.
- En la documentación presentada por la sociedad demandante se acreditó que el Director de la Interventoría tenía una experiencia mayor de treinta años, por

lo cual consideró que se le debió asignar un puntaje de 215 puntos y no de 70, como lo hizo el comité evaluador.

- El 27 de noviembre de 1996 la Contraloría General de la República expidió la Resolución No. 08423, por medio de la cual ordenó que la adjudicación se llevara a cabo en audiencia pública.
- Mediante Resolución No. 6004 del 27 de noviembre de 1996 la entidad demandada adjudicó el contrato a la U.T. INTERDISEÑOS LTDA.-MAX OJEDA, sin celebrar la audiencia pública y sin atender las observaciones sobre el puntaje de experiencia.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Invocó como vulnerados los artículos 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993, por las siguientes razones:

En primer lugar, por desconocer la experiencia superior a treinta años acreditada por el director del proyecto. En este sentido no debió asignarle apenas 70 puntos, sino 145, según lo establecido en el numeral 24.3 de los Términos de Referencia.

En segundo lugar, la respuesta a las observaciones sobre las evaluaciones que presentó la parte actora, fue objeto de respuesta después de efectuada la adjudicación.

Por último, señaló que se desconoció la resolución de la Contraloría General de la República, a través de la cual ordenó hacerla en audiencia pública.

### **4. Actuación procesal.**

4.1. Mediante auto del 25 de abril de 1997 la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó remitir el proceso por competencia a la Sección Tercera (folios 20 y 21 cuaderno 1).

4.2. En auto del 19 de junio de 1997 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, inadmitió la demanda por encontrar falencias formales en la presentación (folios 25 y 26 cuaderno 1).

4.3. Por medio de auto del 4 de agosto de 1997 el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó la notificación de rigor al INPEC y al Ministerio Público.

4.4. Mediante auto del 25 de febrero de 1998 se dispuso la apertura y práctica de las pruebas pedidas por las partes (folios 63 y 63A cuaderno 1).

#### **5. Contestación de la demanda.**

Dentro del término de fijación en lista, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (folios 45 a 55 cuaderno 1):

Consideró que el procedimiento de selección se ciñó a los postulados de la Ley 80 de 1993 y a las condiciones previstas en los Términos de Referencia. Si el demandante alega que existió subjetividad debe correr con la carga de la prueba. En cuanto a la audiencia pública de adjudicación, indicó que mientras la adjudicación se efectuó el 27 de noviembre de 1996, la resolución de la Contraloría General de la República que ordenaba la celebración de la audiencia fue recibida el 5 de diciembre de 1996. De otro lado, la correcta interpretación de los Términos de Referencia indica que la experiencia superior a 15 años se asimila a un posgrado y no a varios, como lo pretende la parte actora. Finalizó indicando que ni siquiera en el evento en que su oferta hubiere obtenido el primer lugar, estaba obligado el Director General a adjudicarle el contrato, toda vez que el informe del Comité Evaluador no le obliga.

Propuso como excepciones contra el ejercicio de la acción la carencia absoluta de poder para actuar y la falta de estimación razonada de la cuantía y las que aparezcan probadas en el proceso.

#### **6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

En auto del 22 de noviembre de 1999 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folio 74 del primer cuaderno).

6.1. Parte demandante (folios 75 a 81 cuaderno 1). Sostuvo que de aceptarse el argumento de la demandada sobre la interpretación de los Términos de Referencia, se estaría ante unas reglas elaboradas de forma ambigua y confusa que permiten desconocer los derechos de los participantes. Por otro lado, señaló que es evidente que no se atendió la orden de la Contraloría General de la República consistente en celebrar la audiencia pública de adjudicación. Finalmente, consideró que su propuesta era la más favorable y debía serle adjudicada, independientemente del carácter vinculante del informe del comité evaluador al Director General.

6.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (folios 84 a 87 cuaderno 1). Reiteró que la selección se hizo respetando los principios de objetividad y transparencia de la Ley 80 de 1993. Hizo notar que la resolución de la Contraloría General de la República se expidió el mismo día de la adjudicación, debiendo probar el actor que se hubiere entregado a la entidad ese mismo día. De todas maneras, tal situación no altera el puntaje asignado a la oferta de la sociedad actora.

6.3. Ministerio Público. No emitió concepto.

## **7. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera, negó las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 95 a 112 cuaderno principal):

En cuanto a la excepción contra el poder otorgado, indicó que había sido corregido oportunamente por el demandante. Sobre la estimación razonada de la cuantía, consideró que estimarla con fundamento en la póliza de seriedad de la oferta resulta suficiente para precisar el concepto de daño emergente.

Acerca de los cargos de la demanda, comenzó por contrastar los términos de referencia del aludido procedimiento administrativo de selección contractual con la

oferta de la parte actora, para concluir que al Director del Proyecto se le debían reconocer 85 puntos, en lugar de 70. No obstante, esta situación no altera el orden de elegibilidad final.

Respecto del cargo relacionado con la omisión de respuesta a las observaciones presentadas por la sociedad actora, encontró probado que la misma se respondió mediante oficio S.C.O. 040-593 del 25 de noviembre de 1996, entregado a la sociedad Gutiérrez Díaz a las 3:34 P.M., del 27 de noviembre de ese mismo año.

Finalmente, puso de presente que la parte actora no logró probar que la entidad demandada tuviera conocimiento de la decisión de la Contraloría General de la República con antelación a la adjudicación del concurso de méritos, por el contrario, se demostró que la comunicación de la decisión del ente de control solamente se produjo el 5 de diciembre de 1996.

#### **8. El recurso de apelación.**

La parte actora discrepó de la decisión de primera instancia (folios 123 a 133 cuaderno principal) por considerar que la conclusión del Tribunal *a quo* demostró que las condiciones previstas en los Términos de Referencia eran ambiguas, atentando contra la transparencia y objetividad del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual. De otro lado, estimó que la entidad demandada tenía suficiente tiempo para esperar la respuesta de la Contraloría General de la República, pero decidió apresurarse a adjudicar el contrato, omitiendo responder las observaciones de la sociedad demandante en la misma resolución.

#### **9. Actuación en segunda instancia.**

9.1. Mediante auto del 20 de abril de 2001 se dispuso el traslado de tres (3) días para que se sustentara el recurso (folio 122 cuaderno principal).

9.2. Por auto del 11 de mayo de 2001 se admitió el recurso de apelación (folio 136 cuaderno principal).

9.3. En providencia del 1º de junio de 2001 se dispuso el traslado del recurso a las partes y a la representante del Ministerio Público (folio 137 cuaderno principal).

9.4. Mediante auto del 19 de agosto de 2011 se ordenó poner en conocimiento de la Unión Temporal Interdiseños Ltda. - Max Ojeda Gómez la causal de nulidad que existía en el proceso, por no haber sido vinculada al proceso como litis consorte necesario, teniendo en cuenta que había sido beneficiaria del demandado acto administrativo de adjudicación (folios 196 y 197 cuaderno principal). Los miembros de la Unión Temporal guardaron silencio<sup>1</sup>.

## **10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

10.1. Sociedad Gutiérrez Díaz y Cía. S. en C. (folios 138 a 153 cuaderno principal). Hizo un recuento del proceso y reiteró los argumentos de ilegalidad planteados en la sustentación del recurso de apelación.

10.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. No presentó alegatos.

10.3. El Ministerio Público. No emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordaran los siguientes temas: i) la competencia del Consejo de Estado; ii) las pruebas recaudadas iii) el principio de la selección objetiva; y iv) el análisis del caso concreto.

### **1. Competencia del Consejo de Estado.**

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

---

<sup>1</sup> De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, se entenderá saneada la nulidad “cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente”.

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 ese aspecto 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<sup>2</sup>.

Por lo tanto, el cómputo del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, comenzó en la fecha en que el mismo fue conocido por el interesado. En el caso concreto el acto se comunicó el 27 de noviembre de 1996 y la demanda se presentó el 20 de marzo de 1997, razón por la cual se impone concluir que la acción se ejerció de manera oportuna.

## **2. Las pruebas aportadas al proceso.**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>3</sup> señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la

---

<sup>2</sup> Ésta disposición fue modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que señala:  
“De las controversias contractuales. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:  
"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.  
Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según 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.  
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.  
En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

<sup>3</sup> Artículo 168, C.C.A.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

filosofía<sup>4</sup> que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.<sup>5</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando hubieren sido autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le hubiere puesto de presente y **iii)** cuando hubieren sido compulsados del original o de la copia auténtica.

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

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

---

<sup>4</sup> Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

<sup>5</sup> Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

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

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

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

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

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

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

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

## **2.1. Documentos aportados en original o en copia auténtica.**

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

2.1.1. Póliza de seriedad de la oferta No. 0005323, expedida el 31 de octubre de 1996 por Caja Agraria Seguros, por un valor de \$ 30'000.000 (folios 28 a 32 cuaderno 1).

2.1.2. Oferta presentada por la Sociedad Gutiérrez Díaz y Cia. S. en C., en el concurso público de méritos No. 004 de 1996 (folios 54 a 214 cuaderno 2).

2.1.3. Oficio No. 122249 del 3 de diciembre de 1996, suscrito por el Secretario General de la Contraloría General de la República, por medio del cual se comunicó el 6 de diciembre de 1996, al Director General de INPEC, la Resolución No. 08423 del 27 de noviembre de 21996 proferida por el Contralor General de la República (folios 56 y 57 cuaderno 1 y folio 239 cuaderno 2).

2.1.4. Oficio del 22 de noviembre de 1996, por medio del cual la sociedad demandante presentó observaciones a las ofertas presentadas (folios 230 a 232 cuaderno 2).

2.1.5. Oficios radicados el 26 de noviembre de 1996, por medio de los cuales la sociedad demandante solicitó que la adjudicación del concurso de méritos se llevara a cabo en audiencia pública (folios 233 a 237 cuaderno 2).

2.1.6. Oficio S.C.O. 040-593 del 25 de noviembre de 1996, por medio del cual la Subdirectora de construcciones del INPEC respondió a las observaciones planteadas por la sociedad demandante, respecto de los puntajes asignados a las propuestas (folio 238 cuaderno 2).

2.1.7. Resolución No. 6004 de noviembre 27 de 1996, por medio de la cual el INPEC adjudicó el concurso público de méritos a la Unión Temporal Interdiseños Ltda.- Max Ojeda Gómez (folios 241 y 242 cuaderno 2).

2.1.8. Primera copia de la oferta presentada por la Unión Temporal Interdiseños Ltda.- Max Ojeda (A-Z en 678 folios).

## **2.2. Documentos aportados en copia simple y que no pudieron obtenerse en copia auténtica, por obra de la parte demandada.**

Si bien encuentra la Sala que con la demanda se allegaron documentos en copia simple, los cuales, en principio, carecen de valor probatorio, no es menos cierto que en el asunto que se estudia está demostrado que la parte actora solicitó que la entidad demandada aportara copia auténtica de dichas piezas documentales, sin embargo no se allegaron las copias auténticas debido a la conducta asumida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- en el curso del proceso. En efecto, en concordancia con lo solicitado por la sociedad demandante, en el auto de decreto de pruebas del 25 de febrero de 1998 (folios 63 y 64 cuaderno 1), el Tribunal *a quo* ordenó al INPEC que remitiera las “*copias o fotocopias debidamente autenticadas del expediente relacionado con el Concurso de méritos 004 de 1996*” para cuyo efecto señaló un término de veinte (20) días. Este requerimiento no fue cumplido por la entidad demandada, según lo manifestó a la primera instancia el apoderado de la parte actora en el memorial del 13 de mayo de 1998 (folios 65 y 66 cuaderno 1), presuntamente por no encontrarse la documentación en la Subdirección de Construcciones, sino en la Secretaría General (folio 67 cuaderno 1).

Cuatro meses más tarde, el INPEC allegó el Oficio del 8 de septiembre de 1998, en el cual manifestó dar cumplimiento al requerimiento judicial aportando un folder A-Z que presuntamente contenía la integridad del expediente administrativo relacionado con el Concurso de Méritos 004 de 1996, empero, al revisarse detalladamente la documentación, lo único que remitió la entidad demandada fue la primera copia de la oferta presentada por la Unión Temporal Interdiseños Ltda.- Max Ojeda.

Ante la conducta renuente y omisiva de la entidad demandada, considera la Sala que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial de esta Corporación, que permite dar eficacia probatoria a las copias simples, en aquellos casos en los cuales las copias auténticas no pudieron obtenerse por razón de la conducta endilgable a la entidad en cuyo poder se encontraba la documentación. Lo anterior para evitar que resulten premiadas maniobras que afectan, entre otros, el principio de lealtad procesal:

*“(...) la Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se*

*encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.*

*Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el a quo en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil).*

*La equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), determina que se garantice el derecho a la obtención de la prueba que tiene la parte que, como en el sub lite, realizó todo lo que legalmente estuvo a su alcance para la producción en debida forma de aquel elemento de convicción con el que pretende hacer valer sus argumentos, toda vez que no resultan admisibles las conductas procesales en las que la contraparte gozando de una posición privilegiada se abstiene de aportar la prueba, pues ello perturba la investigación de la verdad real en el proceso y, por ende, el correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en contraposición al deber que le atañe a todos los colombianos de colaborar con ésta (numeral 7 del artículo 95 C.P.).*

*Por lo tanto, como quiera que eran las entidades públicas demandadas las que estaban en condiciones de aportar a la causa las copias auténticas de los documentos -balance financiero de 1989- y no las trajeron, no se puede, bajo el criterio de la sana crítica, valorar a su favor esta actitud o conducta pasiva dentro del proceso y, al contrario, esa falta de remisión sin justificación jurídica atendible de los documentos solicitados por el a quo, debe ser estimada en forma desfavorable a la parte incumplida, con el rigor de dar mérito probatorio a las documentos aportados con la demanda a efectos de ser apreciados y valorados”.<sup>6</sup>*

De conformidad con lo anterior, la Sala valorará las siguientes copias simples aportadas por la parte actora:

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007, Exp. AG-025, Ruth Stella Correa Palacio.

2.2.1. La Resolución No. 08423 del 27 de noviembre de 1996, por medio de la cual el Contralor General de la República ordenó que el acto de adjudicación del Concurso Público de Méritos No. 004 de 1996 se llevara a cabo en audiencia pública (folio 58 cuaderno 1 y 240 cuaderno 2).

2.2.2. Los Términos de Referencia del concurso público de méritos No. 004 de 1996 que adelantó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC (folios 2 a 54 cuaderno 2).

2.2.3. El Acta No. 04 sin fecha, que corresponde a la evaluación jurídica de las propuestas presentadas en el concurso público de méritos No. 004 de 1996 (folios 215 a 223 cuaderno 2).

2.2.4. El Acta del 8 de noviembre de 1996, que contiene la evaluación técnica y económica de las propuestas presentadas en el concurso público de méritos No. 004 de 1996 (folios 224 a 229 cuaderno 2).

### **3. El principio de selección objetiva del contratista.**

No debe perderse de vista que la gestión contractual de la Administración Pública, básicamente regulada por la Ley 80 de 1993, para la época de los hechos, está al servicio del interés general y afecta los fines esenciales del Estado, por lo cual debe cumplirse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la observancia de los postulados que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además de la aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los Principios Generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

Ahora bien, el principio de transparencia, al que debe sujetarse la contratación estatal, encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del estatuto de

contratación<sup>7</sup>, cuyo contenido se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993<sup>8</sup>, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar<sup>9</sup>. En este sentido, la forma de presentación, el contenido y evaluación de las propuestas que formulen los oferentes resultan especialmente

---

<sup>7</sup> “Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

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

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

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

<sup>8</sup> Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

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

<sup>9</sup> Ley 1474 de 2011, artículo 88. *FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR*. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

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

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

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

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

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

exigentes para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando así el paso a cualquier consideración discriminatoria que pudieran llevar a cabo las autoridades.

En virtud del mencionado principio de transparencia, ha constituido preocupación constante del legislador en materia de contratación estatal, propender porque se cumpla a cabalidad el proceso de selección objetiva de los contratistas del Estado, con el propósito de garantizar el buen ejercicio de la función pública para proteger así el interés general y, por ello, a pesar de que el Estatuto de Contratación vigente no se adentra en detalles -a diferencia de los estatutos que le precedieron- lo cierto es que se ocupó de dicho aspecto en varias de sus normas, dejando clara su intención de establecer reglas y principios que impidan el incumplimiento del deber de selección objetiva; por ello en el artículo 28 se consigna la forma de interpretación de las reglas contractuales. Expresa la citada disposición:

*“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.*

De lo expuesto se desprende que la obligatoriedad del procedimiento de licitación pública, en el cual resulta imperativa la observancia del deber de selección objetiva en la forma descrita, también de obligatoria aplicación en la contratación directa, evita que la Administración Pública pueda adoptar las decisiones de adjudicación con el propósito de favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas en quienes se concentraría la contratación estatal, quebrando así el principio de igualdad y de imparcialidad.

En la etapa precontractual son muchas y muy variadas las manifestaciones del principio de igualdad, las cuales se deben ver reflejadas, entre otros, en: **i)** la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; **ii)** la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; **iii)** la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; **iv)** el deber que asume la entidad

pública de evaluar todas las propuestas; **v)** la obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella; **vi)** el deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y vi) la imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación.

La entidad pública, al efectuar el examen comparativo de las propuestas, tendrá presente el deber legal que le asiste de: **i)** aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones; **ii)** dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas; **iii)** atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios, actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, establecidos por la ley para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración.

#### **4. El caso concreto.**

Esta Corporación, en sus precedentes judiciales, ha precisado que se requieren dos condiciones para que salga adelante la pretensión de nulidad del acto de adjudicación: **a)** que se pruebe la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración; y **b)** que la parte actora demuestre que su oferta era la mejor y que de no ser por el vicio de ilegalidad habría sido la ganadora de la licitación o del proceso de selección. En este sentido señaló:

*“(...) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (...)”<sup>10</sup>*

En congruencia con los específicos cargos de nulidad formulados en el caso que ahora se examina contra la Resolución 6004 del 27 de noviembre de 1996 expedida por el INPEC, por medio de la cual se adjudicó el Concurso de Méritos

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 3 de 1999, Exp 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

004 de 1996, se analizarán a continuación los tres aspectos que, según el apelante, habrían vulnerado el principio de selección objetiva del contratista.

4.1. Sobre la experiencia del Director de Interventoría. Según la sociedad demandante, se habrían desconocido los Términos de Referencia del Concurso Público de Méritos al reconocer únicamente setenta (70) puntos por los treinta años de experiencia que acreditó la persona propuesta como Director de Interventoría. En concepto de la parte actora por este ítem se debieron reconocer ciento cuarenta y cinco (145) puntos.

Pues bien, en los Términos de Referencia aportados al expediente el numeral 24.3 estipuló las siguientes calidades profesionales para el Director del proyecto de interventoría (folio 21 cuaderno 2):

*“DIRECTOR DEL PROYECTO POR LA INTERVENTORÍA*

*Deberá ser Arquitecto o Ingeniero Civil, con estudios especializados preferiblemente en Gerencia de Proyectos. Igualmente deberá acreditar una experiencia laboral mínima de 8 años. En caso de no acreditar postgrado o especialización, la experiencia laboral acreditada superior a 15 años se asimilará como tal.”*

En cuanto a la asignación del puntaje, el numeral 26.2.1 de los Términos de Referencia estableció las siguientes condiciones:

**26.2.1. DIRECTOR DE INTERVENTORIA (215 PUNTOS)**

- *A- Por estudios realizados (Título y tarjeta de matrícula profesional vigente).....**20 puntos.***
- *B- Por cursos de postgrado, y/o ejercicio de la cátedra, y/o investigación en el área de la interventoría o la gerencia de obras así.....**145 puntos máximo.***

*1- Por cada curso, y/o ejercicio de la cátedra y/o investigaciones en el área, con duración inferior a seis (6) meses: **5 puntos.....20 puntos máximo.***

*2- Por cada curso, y/o ejercicio de la cátedra y/o investigaciones en el área, con duración de seis (6) meses: **10 puntos.....50 puntos máximo.***

*3- Por cada curso, y/o ejercicio de la cátedra y/o investigaciones en el área con duración superior a doce (12) meses: **15 puntos.....75 puntos máximo.***

Tramitar anexo 4 resumen estudios

- C- Por experiencia profesional en el área de la arquitectura o la ingeniería civil.....**20 puntos.**

1- De 8 a 10 años, 5 puntos por cada año de experiencia.....**15 puntos máximo.**

2- Mayor de 10 años.....**20 puntos máximo.**

- D- Por interventorías o gerencias de obra en las cuales el profesional haya participado como director de interventoría o gerencia, máximo.....**30 puntos.**

1- Por acreditar su participación en 3 proyectos:.....**10 puntos.**

2- Por acreditar su participación en 6 proyectos.....**20 puntos.**

3- Por acreditar su participación en más de 6 proyectos.....**30 puntos.**

Tramitar anexo 5 resumen experiencia.

Revisada por la Sala la propuesta que formuló la sociedad demandante (folios 54 a 214 cuaderno 2), aparece demostrado que se presentó al arquitecto Álvaro Gutiérrez Bolívar, de quien se demostraron las siguientes calidades (folios 61 a 91 cuaderno 2): **i)** título y Tarjeta Profesional; **ii)** experiencia profesional mayor de 10 años; y **iii)** participación en más de 6 proyectos como director de interventoría o gerencia de obra. Dicha información concuerda con los formatos diligenciados por el oferente para tal efecto (folios 61 y 62 cuaderno 2).

En este orden de ideas, siguiendo el puntaje previsto en el numeral 26.2.1 de los Términos de Referencia, el profesional propuesto por la entidad demandante tendría un total de setenta (70) puntos discriminados de la siguiente manera: 20 puntos por el título y la tarjeta profesional; 20 puntos por acreditar experiencia profesional mayor de 10 años y 30 puntos por haber acreditado su participación en más de seis proyectos como director o gerente de obra.

Si bien este puntaje coincide con aquel que asignó la entidad durante el procedimiento de selección, el debate jurídico se centra en el desconocimiento del numeral 24.3 de los Términos de Referencia, que a juicio de la parte actora le concedía el derecho a acceder a 145 puntos adicionales; fundamentó dicha afirmación en el hecho de que el arquitecto Álvaro Gutiérrez Medina tenía acreditada una experiencia profesional de más de treinta años, por lo cual al

atenderse a la homologación de estudios de postgrado por experiencia adicional a 15 años era indudable que el arquitecto Gutiérrez Medina tenía derecho a que su experiencia se asimilara a varios cursos de postgrado.

Al analizar la Sala el tenor literal de las condiciones de homologación previstas en el numeral 24.3 de los Términos de Referencia, no queda duda que la homologación se limitaba a un curso de postgrado por experiencia adicional a 15 años. En efecto, se indica expresamente que “(...) *en caso de no acreditar postgrado o especialización, la experiencia laboral acreditada superior a 15 años se asimilará como tal.*” Dicha redacción no permite inferir de manera alguna que debiera reconocerse un postgrado por cada año adicional de experiencia después de los 15 años; por el contrario, una interpretación armónica y sistemática de los numerales 24.3 y 26.2.1 conduce a la misma conclusión del Tribunal de primera instancia, en el sentido de que el profesional que no tuviera estudios de postgrado, pero demostrara una experiencia adicional a 15 años tendría derecho a recibir el puntaje destinado a un curso de postgrado o especialización. Si se siguiera la interpretación propuesta por la sociedad demandante, perdería sentido la asignación de puntajes por títulos de posgrado y se le concedería una preponderancia injustificada a la experiencia sobre los profesionales que sin tener los 15 años de experiencia acreditaran estudios de postgrado, docencia o investigación.

No obstante, para la Sala resulta evidente que la regla de homologación fue incompleta en la medida que no estipuló la duración a la que equivalía el curso de postgrado homologado. En este sentido, acertó el Tribunal *a quo* al hacer la interpretación más beneficiosa de la regla, homologando el postgrado al de mayor duración y asignado, en consecuencia, 15 puntos adicionales a los 70 que le fueron reconocidos a la sociedad demandante.

Todo lo anterior permite concluir que, si bien es cierto la entidad demandada desconoció a la demandante el derecho a 15 puntos adicionales, al omitir la aplicación de la regla prevista en el numeral 24.3 de los Términos de Referencia, no es menos cierto que estos puntos adicionales son insuficientes para alterar si quiera el orden de elegibilidad contemplado en el acta de evaluación de la entidad, por lo cual no se está ante una ilegalidad sustancial de la decisión administrativa de adjudicación que permita declarar su nulidad (folio 225 cuaderno 2):

*“CALIFICACIÓN DEL PERSONAL PROFESIONAL (430 PUNTOS)”*

<b>PROPONENTE</b>	<b>DIRECTOR INTERVENTORIA 215 MAX.</b>	<b>RESIDENTE DE OBRA 215 MAX.</b>	<b>TOTAL PERSONAL PROFESIONAL</b>
1-GUTIERREZ DIAZ Y CIA. S. EN C.	70	90	160
2- U.T. QUIJANO DE IRISARRI-ASINTER	160	215	375
3- INESA LTDA.	85	50	135
4- CONSULTORES UNIDOS S.A.	70	110	180
5- U.T. INTERDISEÑOS LTDA. - MAX OJEDA	205	180	385
6- FELIPE ARDILA Y CIA.	100	75	175

Como puede apreciarse, la adición de los 15 puntos en la calificación de personal apenas alcanza para que la demandante logre igualar en puntaje al proponente que había obtenido el cuarto lugar, por este concepto. Se añade a lo anterior que tal error no vicia de ilegalidad el acto de adjudicación puesto que no desplaza del primer lugar de elegibilidad a la Unión Temporal INTERDISEÑOS LTDA., - MAX OJEDA, ni altera el puesto final obtenido por la parte actora en el puntaje final consolidado de las propuestas, puesto que al adicionar 15 puntos a la calificación final obtenida por la sociedad demandante, se obtendría un total de 980.76 puntos, que lo mantendría en el tercer lugar de elegibilidad. (folio 229 cuaderno 2):

***“PUNTAJES FINALES CONSOLIDADOS DE LAS PROPUESTAS”***

<b>PROPONENTE</b>	<b>TOTAL ASPECTOS TÉCNICOS</b>	<b>TOTAL ASPECTOS ECONÓMICOS</b>	<b>TOTALES FINALES</b>
1-GUTIERREZ DIAZ Y CIA. S. EN C.	660	305.76	965.76
2- U.T. QUIJANO DE IRISARRI-ASINTER	875	116.51	991.51
3- INESA LTDA.	535	172.17	706.17

4- CONSULTORES UNIDOS S.A.	680	332.25	1012.25
5- U.T. INTERDISEÑOS LTDA. - MAX OJEDA	885	200	1085
6- FELIPE ARDILA Y CIA.	675	206.46	881.46

*4.2. Sobre la orden de la Contraloría General de la República.* Señaló la sociedad demandante que el INPEC desconoció la orden de celebrar la audiencia pública de adjudicación impartida por la Contraloría General de la República mediante la Resolución No. 08423 del 27 de noviembre de 1996.

Está demostrado en el proceso que mediante el oficio No. 122249 del 3 de diciembre de 1996, el Secretario General de la Contraloría General de la República le comunicó al Director General de INPEC, la existencia de la Resolución No. 08423 del 27 de noviembre de 21996 proferida por el Contralor General de la República (folio 239 cuaderno 2), con lo cual hay lugar a concluir que la eficacia jurídica del acto administrativo en cuestión comenzó a partir del recibo de dicha comunicación y sucede que en el asunto que centra la atención de la Sala, la entidad demandada demostró que el recibo oficial del escrito por el cual se comunicó la decisión de la Contraloría General de la República ocurrió el 5 de diciembre de 1996 (folios 56 y 57 cuaderno 1), es decir, ocho días después de expedido el acto de adjudicación del concurso público de méritos.

De acuerdo con lo anterior, la tesis reiterada que en la actualidad subsiste en esta Corporación enseña que la notificación o publicación de los actos administrativos tiene como finalidad permitir que los mismos generen efectos jurídicos para que dichas decisiones de la Administración Pública, adoptadas en legal forma, sean obligatorias u oponibles frente a sus destinatarios, esto significa que la publicidad del acto constituye presupuesto de su eficacia.

El argumento de la parte actora no puede ser de recibo de la Sala, por cuanto que implicaría establecer un mecanismo, no contemplado en la legislación, para suspender el desarrollo de los procedimientos y la adopción de decisiones

administrativas, simplemente con la formulación de una petición ante un organismo de control. El hecho de que se hubiere presentado la solicitud de audiencia pública ante la Contraloría General de la República no le imponía a la entidad demandada el deber legal de suspender el desarrollo del procedimiento de selección. Adicionalmente, mal puede exigirse al INPEC que presumiera la expedición del acto administrativo el mismo día de la adjudicación, cuando probó debidamente que fue enterada de la decisión días después.

4.3. Sobre la respuesta extemporánea a las observaciones presentadas por la sociedad demandante y su falta de motivación. En el recurso de alzada el apoderado de la parte actora fundamentó el cargo en los siguientes términos (folio 128 cuaderno principal):

*“Mi representado dentro del término de la ley presentó observaciones al informe de evaluación con el objeto que se modificara la calificación por el error cometido, sin embargo la entidad: (1) contestó el mismo día de la adjudicación, desconociendo el derecho de contradicción que le asiste a mi poderdante y según consta en la fecha de la comunicación, recibida después de hecha la adjudicación y (2) como le corresponderá valorar al ad-quem, sin motivación alguna, desconociendo el numeral 7º del citado artículo el cual obliga a motivar los actos que allí se mencionan.”*

En cuanto a la oportunidad para responder las observaciones presentadas, encuentra la Sala que de acuerdo con lo previsto para la época de los hechos en la Ley 80 de 1993, era en el acto de adjudicación constituye el momento adecuado para hacerlo, como en efecto lo hizo la entidad demandada, según se constata en la parte motiva de la Resolución 6004 del 27 de noviembre de 1996 en lo cual se ocupó de las observaciones presentadas por la Subdirección de Construcciones a través del Oficio S.C.O. 040-593 de 1996 (folio 241 cuaderno 2):

*“Que durante el período establecido en el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80, se recibieron observaciones a las evaluaciones por parte de algunos oferentes, y de conformidad con el artículo 2 del decreto 287, las respuestas dadas a las mismas se relacionan a continuación, respuestas que harán parte del presente acto de adjudicación.*

*Que se recibieron y respondieron las siguientes observaciones a la evaluación del Concurso de Méritos 004 de 1996:*

*- Al oficio remitido a la Subdirección de Construcciones por GUTIERREZ DÍAZ Y COMPAÑÍA S. en C. de fecha noviembre 22 de*

*1996, se dio respuesta mediante oficio No. s.c.o. 040 - 593 de 1996, emanado de la Subdirección de Construcciones.”*

De manera similar a lo planteado por la parte actora acerca de la solicitud presentada ante la Contraloría General de la República, no constituye vicio de nulidad del acto administrativo la existencia de la posibilidad de responder antes de la fecha señalada por los Términos de Referencia para la adjudicación, puesto que el término para la adjudicación concluía el 27 de noviembre de 1996, plazo dentro del cual efectivamente se entregó el Oficio No. S.C.O. 040 - 593 de 1996, emanado de la Subdirección de Construcciones, según consta en el documento aportado como prueba (folio 238 cuaderno 2).

En relación con la alegada ausencia de motivación que se reprocha al documento por medio del cual se respondió a las observaciones del demandante, encuentra la Sala que en el mencionado oficio (folio 238 cuaderno 2), recibido por la parte actora el mismo día de la adjudicación, se consignó lo siguiente:

*“En respuesta a su oficio del 22 de noviembre del año en curso, la evaluación a su propuesta fue revisada y los puntajes asignados con (sic) correctos de conformidad con los criterios de evaluación definidos en el pliego de condiciones (sic).”*

La manifestación expresa que se acaba de transcribir, permite aseverar que el cargo de la **falta de motivación** no tiene fundamento alguno. A juicio de la Sala, la aludida afirmación constituye en sí misma una motivación que deja sin piso el cuestionamiento formulado por la actora. Su carácter escueto, sucinto y lacónico no significa que se haya dejado de motivar la decisión administrativa. En este punto, se recuerda la precisión que sobre este particular ha efectuado en otras oportunidades la Corporación, al indicar que la acusación de “**falta**” de motivación del acto demandado excluye cuestionamientos relativos a la “**falsa**” motivación, pues mal podría reputarse de falsa una motivación inexistente<sup>11</sup>.

En consecuencia, comoquiera que no se demostró la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración Pública, por los cargos endilgados, se debe confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 5 de octubre de 2009, exp. 2005-0340, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

**5. condena en costas.**

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

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

**F A L L A**

**PRIMERO.- CONFÍRMASE** la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, Sección Tercera, el dieciocho (18) de enero de dos mil uno (2001).

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**