

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN “B”

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015)

Proceso número: 050012331000199700663-01 (32113)
Actor: Zapata Henríquez de Turbo Ltda. y otros
Demandado: Departamento de Antioquia
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 19 de mayo de 2005, proferida por la Sala de Descongestión de la Sala Tercera de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, mediante la cual se denegaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 19 de marzo de 1997, las sociedades Zapata Henríquez de Turbo Ltda., Superventas Ltda. y el señor Carlos Eduardo Londoño Sierra presentaron demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del departamento de Antioquia-Fábrica de Licores de Antioquia¹, con el

¹ La Secretaría de Hacienda del departamento de Antioquia certificó que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia es una Unidad Administrativa adscrita a la Secretaría de Hacienda y por

objeto de que se declare la nulidad del numeral 1º de la resolución n.º 0-337 de 2 de diciembre de 1996, por medio de la cual se adjudicó el contrato de distribución de productos de la Fábrica de Licores de Antioquia, objeto de la licitación 012/96, a la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe S.A. y Aníbal Arango y Cía. S. en C. para la “zona 1 Urabá + Occidente” y se condene al pago de los perjuicios causados.

La parte actora afirma que el 10 de octubre de 1996, mediante resolución n.º 1253, el departamento de Antioquia-Fábrica de Licores abrió la licitación pública n.º 012-96, proceso en el cual presentaron oferta, para la zona 1 Urabá-Occidente, el consorcio OCCI-URABÁ LICORES² y la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe S.A. y Aníbal Arango y Cía. S. en C.. Aduce que obtuvo el mayor puntaje en la evaluación; empero, la entidad, al resolver las observaciones, resolvió descalificarla, fundada en la inhabilidad del representante del consorcio, “por ser hermano de la Subsecretaria de Recurso Humano del departamento de Antioquia”, prohibición prevista en el literal b) del núm. 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, la demandada procedió a adjudicar el contrato a la unión temporal mencionada.

Los demandantes sostienen que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia realizó una interpretación errónea de la norma, pues, en su sentir, si bien existía el parentesco, el mismo no influyó en el proceso de selección. Controvierte, además, que la entidad adjudicó a quien no cumplía con las exigencias del pliego de condiciones, en cuanto su objeto social no le permitía ejecutar el objeto de la contratación; tampoco precisó en la oferta la solidaridad de que trata el numeral 2º del artículo 7º del estatuto señalado (fls. 3-6 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

su conducto al despacho del Gobernador, de conformidad con lo dispuesto en el decreto n.º 449 de 1973 y la Ordenanza n.º 57 de 1972 (fls. 669-670 cuaderno 1 A).

² Conformado por las sociedades Zapata Henríquez de Turbo Ltda., Distribuciones Superventas Ltda. y el señor Carlos Eduardo Londoño Sierra.

Con base en lo expuesto, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera.- Que se declare la nulidad del núm. 1º de la Resolución No. 0-337 del 2 de diciembre de 1996, proferida por el señor Gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, en ejercicio de la delegación expresa del señor Gobernador del Departamento, en cuanto adjudicó el contrato de distribución de productos de la Fábrica de Licores de Antioquia, objeto de la licitación 012/96, a la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe S.A. y Aníbal Arango y Cía. S. en C. para la “zona 1 Urabá + Occidente.

Segunda.- Que, como consecuencia de la declaración precedente, se restablezca el derecho a mis poderdantes, para lo cual se les adjudicará el contrato para la distribución de productos de la Fábrica de Licores de Antioquia, para la zona 1 (Urabá + Occidente).

Tercera.- Que, consecuencialmente, se condene al Departamento de Antioquia-Secretaría de Hacienda a pagar a los demandantes los perjuicios a ellos causados con la expedición del acto anulado, para lo cual se tendrá en cuenta la utilidad que de tal contrato hubieran podido percibir entre el momento en que, según el pliego de condiciones, debía firmarse y el momento de la sentencia que ordene el restablecimiento del derecho. Tal utilidad se estima en un 8% del valor de la propuesta, para el primer año”.

La parte demandante estimó la cuantía en la suma de \$316 200 000, por concepto de utilidad dejada de percibir (fls. 18-19 cuaderno 1).

1.2 Cargos de ilegalidad propuestos contra los actos acusados

La parte actora alega que el acto administrativo de adjudicación está viciado de nulidad por violación directa de la ley y errónea interpretación.

El primer cargo fundado en que la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A. y Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. *“no reunía las exigencias del artículo 6º de la Ley 80 de 1993, sobre capacidad para celebrar contratos con el Estado”.* Al respecto, sostiene:

“(..) uno de los miembros que hacen parte de la Unión Temporal adjudicataria, específicamente la sociedad Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. no tenía capacidad legal para celebrar un contrato de distribución de productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, puesto que su objeto social no se lo permitía, lo cual se verifica en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Medellín aportado con la propuesta y anexa a la

demanda (..), dedicada a la compra y venta de combustibles y derivados del petróleo y a la actividad ganadera”.

Los demandantes aducen, además, que el acto de adjudicación desconoció el numeral 8 del artículo 24 del Estatuto Contractual, relativo a la selección objetiva. También, el numeral 2º del artículo 7º de la misma normativa, en lo que tiene que ver con la responsabilidad de las uniones temporales. Señala que la Unión Temporal adjudicataria no comprometió a responder solidariamente por el cumplimiento de la propuesta y el contrato, pues “*se condiciona al porcentaje de participación*” de sus integrantes, causal que, en su sentir, daba lugar al rechazo de la oferta.

En cuanto al segundo cargo, esto es a la violación por errónea interpretación del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, los actores aducen que la Subsecretaría de recurso humano del departamento “*no tenía la posibilidad de incidir en el proceso de adjudicación del contrato*”, razón por la cual no procedía la inhabilidad. Señalan que “*(..) la calificación del servicio de los funcionarios de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia la ejerce la Dirección de Desarrollo Humano de la propia fábrica, dentro de sus políticas de administración de personal (..), no está orgánicamente vinculada a la Secretaría del recurso humano del departamento*”. Por último, alegan:

“Si bien es cierto que efectivamente existía el parentesco alegado, resultaba absurdo aplicar la prohibición, dado que la funcionaria Fanny Henríquez Gallo, por las diversas razones enunciadas, no tenía posibilidad real ni virtual de influir en el proceso de adjudicación del contrato en la licitación 12/96.

(..)

De ahí se desprende que por no existir riesgo alguno que precaver en proceso licitatorio, no podía aplicarse la prohibición del literal b) numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Con la resolución 0-337/96 se restringieron desproporcionadamente los derechos a la igualdad, la personalidad jurídica, la buena fe y la libertad económica” (fls. 6-18 cuaderno 1).

En la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto acusado. El *a quo* denegó la petición y esta Corporación confirmó la decisión, ordenó notificar al gobernador del departamento de Antioquia y a la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe S.A. y Aníbal Arango S. & Cía. S. en C., adjudicataria de la

zona 1, para la cual el consorcio actor presentó oferta (fls. 621-629, 648-652 cuaderno 2).

1.3 La defensa del demandado y del tercero interesado en las resultas del proceso –adjudicatario-

1.3.1 El departamento de Antioquia se opuso a las pretensiones. Afirmó que actuó conforme derecho y según las previsiones de los pliegos de condiciones. Puso de presente la inhabilidad del representante legal de la sociedad Zapata Enríquez, en razón del parentesco con la Subsecretaria del Recurso Humano del departamento de Antioquia, señora Fanny Henríquez Gallo, dando lugar al rechazo de la propuesta presentada por el consorcio OCCI URABÁ LICORES. Dio cuenta, además, de que, si bien el objeto social de uno de los integrantes de la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe S.A. y Aníbal Arango y Cía., no correspondía al señalado en el pliego, “(..) *es menester tener en cuenta que precisamente una de las características de la unión temporal lo constituye la unión de varios proponentes en busca de un fin común, es decir, en nada afecta el que uno de sus socios no cumpla con el requisito de capacidad para contratar, ya que los otros dos superaban y en mucho los requisitos exigidos en el pliego*” (fls. 650-658 cuaderno 1).

1.3.2 La Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G.S.A. y Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. también se opuso a las súplicas y a los cargos elevados en contra del acto administrativo enjuiciado. Defendió la actuación legal del departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes para adjudicar el contrato, comoquiera que su propuesta cumplía con los requerimientos del pliego de condiciones y la solidaridad que echa de menos la parte actora deviene de la ley. Dio cuenta de su capacidad para contratar, pues dentro de su objeto social sí estaba la celebración de contratos de distribución y venta de licores. Sostuvo, por otra parte, que la parte actora incurrió en la inhabilidad de que trata la resolución n.º 0-337 de 1996, comoquiera que “(..) *la Subsecretaría del Recurso Humano del departamento de Antioquia y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia es a su vez una dependencia de la Secretaría de Hacienda del mismo departamento, cuyos titulares dependen jerárquicamente del señor gobernador, asisten con derecho a voz y voto al Consejo de Gobierno Departamental, que es quien aprueba los contratos sometidos a su consideración, es obvio que dichos funcionarios deben*

declararse inhabilitados o quienes con ellos tienen vínculos de parentesco”, como ocurrió, según su versión, con el representante de una de las sociedades actoras y su hermana, la Subsecretaria del Recurso Humano del ente territorial (fls. 641-647 cuaderno 1).

1.4 Alegatos de conclusión

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Insistió en la ilegalidad del acto administrativo demandado por errónea interpretación de la ley, comoquiera que la inhabilidad declarada por el demandado no se configuró, en la medida en que *“la Secretaría del Recurso Humano del departamento no tiene ninguna atribución en la selección y enganche del personal que se vincula a la FL. esta función es del resorte de la Dirección del Desarrollo Humano de la propia Fábrica de Licores”*. Por tanto, *“por el parentesco no era necesario precaver ningún perjuicio ni era dable presumir algún riesgo para los intereses departamentales”*, pues *“si bien es cierto que existía el parentesco alegado, resulta absurdo, por completo, aplicar la prohibición, dado que la funcionaria Fanny Henríquez Gallo no tenía posibilidad real ni virtual de influir en el proceso de adjudicación del contrato en la Licitación 12/96”*. Alegó haber cumplido con los requisitos del proceso de selección, distinto a lo que aconteció con la propuesta presentada por la unión temporal adjudicataria, pues uno de sus integrantes, esto es la sociedad Aníbal Arango S. y Cía. S. en C., no tenía capacidad para celebrar el contrato de distribución de productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, porque su objeto social era otro (fls. 840-849 cuaderno 1).

1.5 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 19 de mayo de 2005, la Sala de Descongestión de la Sala Tercera de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó denegó las pretensiones. Encontró acreditada la inhabilidad del Consorcio UCCI URABÁ LICORES, consagrada en el literal b) numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, comoquiera que su representante, señor Guillermo Henríquez Gallo, tenía parentesco en segundo grado de

consanguinidad con la señora Fanny Henríquez Gallo, Subsecretaria de Recurso Humano del departamento de Antioquia. Al respecto, señaló:

“Todas las partes, como ya se dijo antes, aceptan y reconocen el parentesco de consanguinidad y el cargo directivo desempeñado en el departamento de Antioquia por la funcionaria Fanny Henríquez Gallo. Ese parentesco se presenta con el representante legal del consorcio UCCI URABÁ LICORES, señor Guillermo Henríquez Gallo, en 2º grado de consanguinidad por ser hermanos.

Acreditado también que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del departamento de Antioquia, al igual que lo viene a hacer (sic) la Subsecretaría de Recurso Humano del departamento, se muestra de esta manera que ambas dependencias lo son del departamento de Antioquia.

El desempeño al nivel que lo estatuye la Ley 80 de 1993 en su artículo 8º numeral 2º literal b, por parte de la señora Fanny Henríquez Gallo queda también claro y reconocido por las partes porque se sabe que los secretarios de despacho del departamento son reemplazados cuando es necesario por los subsecretarios y como tales deben actuar cuando les corresponde tomar decisión”.

El a quo precisó, además, que el consorcio al que se ha hecho mención no podía participar en la licitación y *“si lo hizo en gran parte de ella fue porque el departamento no se percató a tiempo de tal hecho y anomalía, porque ni siquiera estaba habilitado para presentar propuesta”*, razón por la cual *“ningún perjuicio puede reclamar”*.

Por lo anterior, el Tribunal encontró ajustada a derecho la decisión de la administración accionada al descalificar la propuesta del consorcio y declaró infundado el cargo invocado por la parte actora, en contra del acto de adjudicación (fls. 851-874 cuaderno principal).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación³

Inconforme, la parte actora impugna la decisión. Reitera los argumentos expuestos en el transcurso de la actuación e insiste en los cargos de ilegalidad formulados en contra de la resolución n.º 0-337 de 2 de diciembre de 1996. Da cuenta del cumplimiento de los requisitos del pliego de condiciones y en el hecho

³ El recurso de apelación fue interpuesto el 7 de julio de 2005.

de que la oferta fue calificada con el mayor puntaje. Se opone al rechazo de la propuesta, comoquiera que la entidad pública interpretó erróneamente la prohibición consagrada en el literal b) del numeral. 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, pues el vínculo de parentesco entre el representante del proponente y la Subsecretaria de Recurso Humano del departamento de Antioquia no ponía en riesgo el proceso, tampoco podía influir en la selección. Insiste en que el proponente favorecido con la adjudicación no cumplía con los requerimientos del pliego, en lo que tiene que ver con el objeto social y la solidaridad de la unión temporal.

“(..) al igual que en el caso que nos ocupa la resolución 0-337/96, la aplicación de la prohibición de contratar con la entidad departamental no obtuvo objeto, pues por el parentesco específico no era necesario precaver ningún perjuicio ni era dable presumir algún riesgo para los intereses departamentales, resultando de ello que la exclusión del proceso contractual fue, también por este cargo de violación, absolutamente ilegal y, además, violatoria de derechos constitucionales fundamentales.

De aquí se desprende que, por no existir riesgo alguno qué precaver en proceso licitatorio, no podía aplicarse la prohibición del literal b) numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Con la resolución 0-337/96 se restringieron desproporcionadamente los derechos a la igualdad, la personalidad jurídica, la buena fe y la libertad económica.

(..)

Ha dicho el a quo que la calidad de Subsecretaria ponía en posibilidad de Secretaria a la señora Henríquez Gallo. Esta apreciación sí que es un desatino. Al momento de la adjudicación, la señora Henríquez Gallo era subsecretaria y no secretaria. No podía de manera alguna el juzgador poner en escena esa posibilidad. Precisamente por ser subsecretaria y no poder tener ninguna injerencia, fue lo que permitió al consorcio demandante poder participar en la licitación”.

Los recurrentes ponen de presente, además, que el *a quo* no resolvió todos los cargos formulados en contra del acto administrativo demandado, pues no analizó el incumplimiento de requisitos por parte de la Unión Temporal adjudicataria. Por lo anterior, solicita revocar la sentencia para, en su lugar, acceder a las súplicas (fls. 876, 883-894 cuaderno principal).

2.2 Alegaciones finales

De esta oportunidad hace uso el representante del Ministerio Público. Solicita denegar las pretensiones, comoquiera que la administración pública actuó conforme los parámetros constitucionales y legales y, en razón de una causal de inhabilidad debidamente acreditada, rechazó la propuesta presentada por el consorcio integrado por las sociedades demandantes. Al tiempo, pone de presente que quien resultó adjudicatario cumplió con los requisitos del pliego de condiciones (fls. 900-918 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988⁴, para que ésta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 19 de mayo de 2005, proferida por la Sala de Descongestión de la Sala Tercera de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, mediante la cual se denegaron las pretensiones, con miras a analizar los cargos de ilegalidad propuestos contra el acto administrativo de adjudicación y establecer si la propuesta de quien resultó beneficiado con la decisión cumplía con las exigencias del pliego de condiciones.

⁴ El 19 de marzo de 1997, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$13 460 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por la parte actora en la suma de \$316 200 000, por concepto de utilidad dejada de percibir.

Debe, en consecuencia la Sala analizar los hechos probados y, de esta forma, resolver si hay lugar a conceder las pretensiones.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. El 10 de octubre de 1996, mediante la resolución n.º 1253⁵, previa aprobación del Consejo de Gobierno, el departamento de Antioquia dio apertura a la Licitación Pública n.º 012, a través de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, con el fin de contratar la distribución de los productos de la mentada fábrica, en diferentes zonas del departamento (fls. 34-35 cuaderno 1). Para el efecto, publicó los pliegos de condiciones del proceso de selección por territorios definidos. Las zonas fueron divididas como sigue:

“1.- Urabá + occidente

Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Murindó, Necoclí, Turbo, Arboletes, San Juan, San Pedro de Urabá, Vivía del Fuerte, Anzá, Buriticá, Caicedo, Giraldo, Santafé de Antioquia, Abriaquí, Frontino, Cañasgordas, Dabeiba, Peque, Uramita, Ebejico, Liborina, Sabanalarga, San Jerónimo, Sopetrán, Armenia, Heliconia.

2.- Norte + Nordeste

Briceño, Campamento, Valdivia, Yarumal, Cáceres, Tarazá, Caucasia, Nechí, Don Matías, Belmira, San Pedro de los Milagros, Entreríos, Santa Rosa, Ituango, San Andrés de Cuerquia, San José, Toledo, Angostura, Amalfi, Caracolí, Cisneros, Maceo, San Roque, Santo Domingo, Vegachí, Yalí, Yolombó,

⁵ Suscrita por el Gobernador y el Secretario de Hacienda del departamento de Antioquia y el gerente de la Fábrica de Licores.

Remedios, Segovia, Puerto Berrío, Yondó, El Bagre, Zaragoza, Carolina, Gómez Plata, Guadalupe, Anorí.

3.- Oriente (lejano + cercano)

Alejandría, Concepción, San Vicente, Guatapé, el Peñol, San Rafael, Cocorná, Granada, San Carlos, San Francisco, San Luis, Puerto Nare, Puerto Triunfo, San Miguel, Argelia, Nariño, Sonsón, Abejorral, La Ceja, la Unión, Marinilla, El Santuario, el Carmen, Guarne, el Retiro, Rionegro.

4.- Suoeste + Caldas + Sabaneta + La Estrella

Amagá, Angelópolis, Titiribí, Fredonia, Venecia, Betulia, Bolívar, Concordia, Salgar, Andes, Betania, Hispania, Jardín, Caramanta, Támesis, Valparaíso, Montebello, Santa Bárbara, Jericó, Pueblo Rico, Tarso, Urao, Caldas, Sabaneta, la Estrella.

5.- Itaguí + Envigado + Medellín Zona n.º 3 (San Diego-El Poblado)

Nota: La zona 3: comprendida en sentido norte sur desde los barrios Loreto, Gerona, Bomboná 1, Colón y la Alpujarra incluso, hasta los límites con el municipio de Envigado que es la quebrada Zúñiga y en sentido occidente oriente del río Medellín hasta las Palmas donde termina el municipio de Envigado.

6.- Bello + Barbosa + Copacabana + Girardota + Medellín Zona n.º 2 (Castilla)

Nota: La zona 2: comprendida en sentido norte sur desde los barrios las Brisas, Toscana, Florencia, Santander, Doce de Octubre hasta la calle Colombia donde los límites están dados por los barrios: Carlos E . Restrepo, Cuarta Brigada, Los Colores, Ferrini, Calasanz P.A., Santa Rosa de Lima, Metropolitano, Juan XXIII y la Gabriela incluso y en sentido oriente occidente del río Medellín hasta el corregimiento de San Cristóbal y Palmitas incluso.

7.- Medellín Zona n.º 4 (América-Belén)

Nota: Comprendida en sentido norte sur desde la calle Colombia donde los límites están dados por los barrios: Suramericana, Unidad Deportiva Atanasio Girardot, Estadio, Calasanz, los Alcázares, la Pradera y el Socorro incluso hasta los límites con Itaguí que son la Quebrada, la Jabalcona y los barrios Guayabal, la Colina, la Hondanada y en sentido oriente occidente del río Medellín hasta el corregimiento de Altavista (incluye al corregimiento de San Antonio de Prado).

8.- Medellín Zona n.º 1 (Nororiental-Centro)

Nota: Comprendida en sentido norte sur desde Zamorra (Quebrada la Seca) hasta los límites de las calles 44, 47 y 40 donde los límites están dados por los barrios: Cataluña, la Milagrosa, Buenos Aires, Bomboná 2, la Candelaria, Guayaquil y el Corazón de Jesús incluso y en sentido occidente oriente del río Medellín hasta el corregimiento de Santa Elena incluso”.

En el numeral 1.03 “Condiciones para licitar”, las entidades dispusieron, entre otras cosas, que los proponentes –personas naturales y jurídicas; consorcios y uniones temporales-, debían ser plenamente capaces para celebrar contratos

con entidades estatales y no podían estar incursos en las inhabilidades o incompatibilidades de que trata el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 (literales a y c), con la siguiente nota:

“Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. Numeral 7º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993”.

En los literales e) del numeral 1.04 y b) del numeral 1.12, los pliegos establecieron la posibilidad de que los proponentes presentaran oferta para dos zonas diferentes, sin exceder de dos, caso en el cual estarían obligados a presentar en forma clara e independiente la propuesta para cada zona.

En el literal c) del numeral 1.5 los pliegos relacionaron los documentos que se debían presentar con la propuesta, entre ellos el certificado de existencia y representación legal, el cual debía reunir los siguientes requisitos:

“Certificado de existencia y representación legal de la sociedad proponente, teniendo en cuenta que la duración de una sociedad para efectos de la contratación, debe ser al menos igual al plazo de ejecución del contrato y un año más. Dicho certificado no debe tener más de treinta días de expedido. Si es persona natural, deberá anexar certificado de Cámara de Comercio que acredite la inscripción del proponente en el Registro Único Mercantil, el cual deberá aportarse con no más de 30 días de expedido.

En caso de consorcio o uniones temporales cada uno de sus integrantes deberá acreditar dicha condición”.

Los factores y porcentajes de calificación fueron (núm. 1.13):

Experiencia	20%
Capacidad financiera	20%
Oferta comercial	60%

Las entidades exigieron experiencia en comercialización de licores y/o productos de consumo popular así (literal A1):

DE (EN AÑOS)	HASTA (EN AÑOS)	PUNTAJE
1	3	50
3	5	70

5	7	80
7	9	90
9	EN ADELANTE	100

A continuación se hicieron las siguientes anotaciones:

“Nota 1: En consorcios o uniones temporales o sociedades nuevas se tendrá en cuenta el mayor número de años de experiencia que acredite el representante legal en altos cargos directivos de manejo y confianza, en el área comercial y en la comercialización de productos populares y en ningún momento se sumarán aritméticamente los años individualmente de los socios y/o representante legal.

Nota 2: Debe entenderse como productos de consumo popular, aquellos productos de consumo masivo popular que entran dentro de la clasificación de bienes no duraderos y que tienen como característica especial en términos de distribución de cobertura de establecimientos tales como supermercados de barrios, supermercados/cooperativas e hipermercados, graneros, bares y charcuterías.

La Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia definirá en un momento determinado la calidad de productos populares.

Además se evaluará los volúmenes de comercialización (compras o ventas) realizadas por el proponente a los respectivos productores y/o distribuidores de productos de consumo popular durante los últimos 12 meses contados a partir de julio de 1995 así:

COMPRAS O VENTAS AÑO \$ DESDE	COMPRAS O VENTAS AÑO \$ HASTA	PUNTAJE
000.000.000	500.000.000	25
501.000.000	700.000.000	30
701.000.000	1.000.000.000	35
1.001.000.000	1.400.000.000	40
1.401.000.000	1.900.000.000	45
1.901.000.000	EN ADELANTE	50

Los pliegos establecieron que se sumarían las compras o ventas de productos de consumo popular, realizadas a todos los proveedores clientes en el último año a partir del mes de julio de 1995 y en caso de consorcios o uniones temporales, se sumarían los volúmenes realizados por cada uno de sus integrantes.

En lo que tiene que ver con la oferta comercial –literal A.3-, los pliegos exigieron que para ser distribuidor de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en un territorio del departamento, el oferente debería comprometerse a destinar una fuerza de ventas exclusivamente a los productos de la fábrica en esa zona.

El numeral 4.03 de los pliegos, por su parte, reguló lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades así:

“En cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades, el contratista debe ceñirse a las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o reglamenten” (fls. 36-143 cuaderno 1).

2. En la actuación reposa la propuesta del consorcio OCCI-Urabá Licores, conformado por Zapata y Hernández de Turbo Ltda., Distribuciones Superventas Ltda. y Carlos Eduardo Londoño Sierra (fls. 141-349 cuaderno 1). Así mismo, la presentada por la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A. y Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. (fls. 353-543 cuaderno 1 y 322-536 cuaderno 2).

De esta última se destaca, para efectos de resolver la litis, el certificado de existencia y representación de la sociedad Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A., en el que se observa su objeto social:

“El objeto de la compañía consistirá en a) la realización de toda clase de operaciones relacionadas con la distribución de materiales, productos, artículos, instrumentos y demás elementos utilizados o destinados para el aseo comercial, industrial o doméstico; b) la distribución de licores puros o mezclados, vinos, cócteles, bebida alcohólicas o no alcohólicas utilizadas en la preparación o mezcla de licores y c) la realización de toda clase de operaciones relacionadas con la producción, compra, venta, distribución, importación y exportación de toda clase de mercancías, nacionales y extranjeras y de manera especial de aseo y licores” (fls. 366-370 cuaderno 1).

Y, en el certificado de existencia y representación de la sociedad Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. figura como objeto social:

“La sociedad tendrá por objeto la compra y venta de combustibles, lubricantes y otros derivados del petróleo, la actividad ganadera, la actividad de inversionista mediante la compra de acciones o cuotas de capital de otras sociedades, actividades éstas tendientes a la precautelación de un patrimonio familiar” (fls. 371-374 cuaderno 1).

3. Las entidades licitantes dieron respuesta a las observaciones planteadas por los proponentes a la evaluación de las propuestas. Entre ellas se destaca la relacionada con la inhabilidad del consorcio Occi-Urabá, objeto de controversia:

“3.2. La Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A. y Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. observa que la propuesta presentada por el Consorcio Occi-Urabá, aduciendo que el representante legal de dicho consorcio, señor Guillermo Henríquez Gallo, es hermano de la señora Fanny Henríquez Gallo, quien actualmente se desempeña como Subsecretaria del Recurso Humano del departamento de Antioquia.

Respuesta.

Verificada la información anterior, se acepta la observación y por lo tanto se elimina la propuesta por estar el representante legal del Consorcio incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993” (fls. 537-543 cuaderno 2 y 559-574 cuaderno 1 A).

En la actuación no reposa el informe de evaluación. Solo se conocen las respuestas a las observaciones al mismo, en las que no se observa calificación alguna.

4. El 27 de noviembre de 1996, mediante resolución n.º 5830, el Gobernador del departamento de Antioquia, fundado en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, delegó en el gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia la facultad de adjudicar los contratos para la distribución de los productos de la fábrica, por zonas o territorios definidos (fls. 544-545 cuaderno 2).

5. El 2 de diciembre siguiente, el gerente, subgerente de mercadeo y ventas y la directora jurídica de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia adelantaron la audiencia de adjudicación, con la asistencia de los representantes de todos los proponentes. La última de los funcionarios nombrados dio respuesta al documento contentivo de las observaciones de la evaluación, entre ellas la relacionada con el rechazo de la oferta presentada por el consorcio Occi-Urabá, por estar incurso en causal de inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

El gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia procedió a adjudicar el contrato por zonas así:

Zona 1 a favor de la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S. en C. y Aníbal Arango S & Cía. S. en C., con 95.61 puntos.

Zona 2 a la firma Cesar Vásquez con 100 puntos.

Zona 3 a favor de la Unión Temporal Eduardo Vélez Toro, Jorge Enrique Velásquez Johnson, Prolicores del Magdalena, con 100 puntos.

Zona 4 a la firma Distanco S.A. con 96,31 puntos.

Zona 5 a la firma Movisa Ltda. con 96.66 puntos.

Zona 6 a la firma Distanco S.A.

Zona 7 a la Unión Temporal Eduardo Vélez Toro, Jorge Enrique Velásquez Johnson, Prolicores del Magdalena, con 100 puntos.

Zona 8 a favor de la Unión Temporal Reimpex Ltda. y Álvaro René Herrera Arango con 95.61 puntos (fls. 546-550 cuaderno 2).

El mismo día y en desarrollo de la audiencia, el gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia dio a conocer la resolución n.º 0-337, por medio de la cual se adjudicaron los contratos para la distribución de los productos de la fábrica, en diferentes zonas del departamento, previamente definidas en la Licitación Pública n.º 012/96, en la forma como quedó atrás expuesta.

El acto administrativo evidencia la publicación de la resolución de apertura, avisos y pliego de condiciones; celebración de audiencia de aclaraciones; respuesta a las observaciones formuladas por quienes compraron los pliegos, mediante la expedición de cinco adendas; audiencia de cierre y presentación de ofertas; evaluación jurídica, técnica y financiera; traslado del informe; observaciones y respuestas a la evaluación (fls. 3-11 cuaderno 1 A)⁶.

6. Se conoce que el 3 de diciembre de 1996, el departamento de Antioquia, la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S. en C. y Aníbal Arango S & Cía. S. en C. suscribieron el contrato de distribución de productos de la mentada fábrica “*en la zona n.º 1 más occidente*”, por valor de \$16 330 422 000 y por un plazo de cuatro años (fls. 930-989 cuaderno ppal.).

⁶ Cabe anotar que en el proceso solo obra la resolución de apertura; los pliegos de condiciones; las propuestas presentadas por el consorcio demandante y la unión temporal adjudicataria; las respuestas a las observaciones sobre la evaluación de las ofertas; la resolución de delegación y la de adjudicación. Si bien en la actuación obra una petición elevada por el apoderado de la parte actora solicitando la evaluación y la respuesta de la entidad poniendo a su disposición los documentos requeridos, la misma no fue allegada al expediente (fls. 569-575 cuaderno 1).

7. La Dirección Jurídica del departamento de Antioquia dio cuenta de que la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S. en C. y Aníbal Arango S & Cía. S. en C. cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo (fl. 673 cuaderno 1 A).

8. En el plenario obra el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora, relacionado con los perjuicios causados por la no adjudicación del contrato (fls. 781-817 cuaderno 1 A).

Los demandantes solicitaron aclaración de la experticia, en relación con la liquidación (fls. 821-822 cuaderno 1 A). Los peritos aclararon que la base de las utilidades era del 5% sobre las ventas brutas (fls. 824-825 cuaderno 1 A).

9. En la actuación también reposan las declaraciones extrajudicio rendidas por los señores Luis Fernando Bermúdez y Jorge Alberto Fernández, relacionadas con las utilidades dejadas de percibir por el consorcio Occi-Urabá Licores, en razón de que no fueron beneficiados con la licitación 012/96 (fls. 581-584 cuaderno 2).

2.2. Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el *sub lite*

Por razones de seguridad jurídica, eficiencia y economía procesal, el legislador dispone la extinción de los medios de control judicial que no se ejercen en el término previsto; estableciendo así la carga de acudir a la justicia con prontitud, esto es, dentro del plazo señalado, so pena de perder la posibilidad de hacerlo.

Las normas de caducidad se fundan en el interés de que los litigios no persistan en el tiempo, en desmedro de la convivencia pacífica y que las entidades públicas puedan definir las gestiones y las políticas estatales en la materia, sin aguardar indefinidamente la solución de controversias que podrían impedir su adopción y ejecución.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga⁷ a los asociados del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

Debe entenderse que la caducidad opera cuando el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Ello está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

Cabe anotar que tratándose de actos administrativos de naturaleza contractual, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, establecida para controvertir la resolución de adjudicación, señala:

“Artículo 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del

⁷ “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

En el caso *sub examine*, el demandante promovió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de adjudicación. Para la época de presentación de la demanda -19 de marzo de 1997- el artículo 87 del C.C.A., no había sido modificado por la Ley 446 de 1998; el texto era el siguiente:

“Art. 87: Modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 17. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.

Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales.

El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

Asimismo, el artículo 136, que regulaba lo referente a la caducidad de las acciones, señalaba:

“Art. 136: Modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

En el presente caso, las pruebas que reposan en el plenario dan cuenta de que el 2 de diciembre de 1996, el gerente, subgerente de mercadeo y ventas y la directora jurídica de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia adelantaron la audiencia de adjudicación, con la asistencia de los representantes de todos los proponentes. En desarrollo de la audiencia, el gerente de la fábrica dio a conocer la resolución n.º 0-337, por medio de la cual se adjudicaron los contratos para la distribución de los productos de la fábrica, en diferentes zonas del departamento, previamente definidas en la Licitación Pública n.º 012/96 (fls. 3-11 cuaderno 1 A).

Lo anterior permite concluir que la demanda instaurada el 19 de marzo de 1997, lo fue en tiempo, pues el término de cuatro meses previsto en el Decreto 2304 de 1989 –vigente para el caso *sub lite*–, vencía el 2 de abril de ese año.

2.3. Cargos de ilegalidad propuestos en contra del acto administrativo de adjudicación. Inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales

La parte actora alega que el acto administrativo de adjudicación está viciado de nulidad por violación directa de la ley y errónea interpretación. El primero fundado en que la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A. y Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. no reunía las exigencias del artículo 6º de la Ley 80 de 1993, sobre capacidad para celebrar contratos con el Estado, puesto que su objeto social no se lo permitía, en la medida en que se dedicada a la compra y venta de combustibles y derivados del petróleo y a la actividad ganadera.

Los demandantes aducen, además, que el acto de adjudicación desconoció el numeral 8 del artículo 24 del Estatuto Contractual, relativo a la selección objetiva. También, el numeral 2º del artículo 7º de la misma normativa, en lo que tiene que ver con la responsabilidad de las uniones temporales. Señala que la Unión Temporal adjudicataria no se comprometió a responder solidariamente por el cumplimiento de la propuesta y el contrato.

En cuanto al segundo cargo, esto es a la violación por errónea interpretación del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, los actores aducen que la

Subsecretaría de recurso humano del departamento “no tenía la posibilidad de incidir en el proceso de adjudicación del contrato”, razón por la cual no procedía la inhabilidad. Señalan que “(..) la calificación del servicio de los funcionarios de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia la ejerce la Dirección de Desarrollo Humano de la propia fábrica, dentro de sus políticas de administración de personal (..), no está orgánicamente vinculada a la Secretaría del recurso humano del departamento”.

Para resolver los cargos, la Sala considera del caso realizar las siguientes precisiones:

El acto administrativo entendido como manifestación de la voluntad de la administración con miras a producir efectos jurídicos, goza de presunción de legalidad y conformidad con el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos, lo que se traduce en entender que fue expedido en el ejercicio de competencias previamente conferidas, sujeto a las normas constitucionales y legales que rigen la materia, fundado en el cumplimiento de las funciones previstas en la ley y conforme con la realización de los fines institucionales de que se trata.

De esta forma, el inciso segundo del artículo 4º de la Constitución Política establece que “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Así mismo, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo⁸ prevé que “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

Partiendo de lo expuesto, puede afirmarse que, salvo que se demuestre lo contrario, las actuaciones de la administración responden a las reglas y respetan las normas que enmarcan su ejercicio, presunción necesaria para su exigibilidad e inmediata aplicación y que impone a quien pretende controvertirla la carga de desvirtuar la validez que las acompaña, como sucede en el *sub lite*, pues

⁸ Hoy retomado por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

corresponde a la parte actora que lo plantea demostrar el cargo de falsa motivación.

Dispone el artículo 84 del C.C.A. que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración “(..) cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

Del análisis de las pruebas que reposan en la actuación, la Sala considera que – como pasa a explicarse- la parte actora no demostró la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación.

Normalmente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de la causal de nulidad por violación de las normas en que debían fundarse los actos acusados. Y una de las formas de violación es, precisamente, la de interpretación errónea de la norma en que debía fundamentarse el acto demandado. El análisis de esta causal de nulidad por interpretación errónea, inicia por precisar la interpretación, el sentido o el alcance de la norma en que debía fundarse el acto demandado. Fijada la interpretación de la norma en que debía fundarse el acto demandado, se analiza si este se aviene o no a dicha interpretación, sentido o alcance. El análisis de la causal de nulidad por interpretación errónea consiste en decidir si se avala o no la interpretación plasmada en el acto⁹.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado¹⁰:

“(..) cuando la demanda surge de una determinada interpretación, se hace necesario distinguir entre enunciados normativos (disposiciones) y normas (contenidos normativos)”¹¹, pues de un mismo enunciado normativo se pueden

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 26 de marzo de 2015, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp. 19107.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-649 de 2010.

¹¹ Sentencia C-1046 de 2001: “...es necesario distinguir, tal y como esta Corte lo ha hecho, entre las nociones de “disposición” y de “contenido normativo”. Así, en general las expresiones normas legales, enunciadas normativas, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que es posible

desprender varios contenidos normativos autónomos que según cómo se les interprete en conjunto, pueden resultar inconstitucionales o no. Por esto, si la demanda tiene como punto de partida una determinada interpretación – la que hace el demandante - de los contenidos normativos que se derivan de las disposiciones normativas, debe resultar claro para el juez constitucional, y así fundamentarlo el demandante, que esta interpretación es la única posible, o por lo menos es razonable, mientras que las otras son poco plausibles o inconstitucionales. Lo anterior debe estar representado en el escrito de la demanda, como presupuesto necesario de la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad de las leyes que hace la Corte Constitucional.

En este orden de ideas se puede concluir que, en principio, el objeto de un cargo de inconstitucionalidad es lograr que el juez constitucional expulse del orden jurídico un precepto legal; luego, no puede perseguir el propósito general consistente en que se establezca una interpretación conforme con la Constitución, pues este principio obliga a los operadores jurídicos en sede de aplicación. Esto implica que la Corte sólo podrá dictar una sentencia interpretativa de manera excepcional, si el precepto tiene como interpretación más razonable, una que resulta constitucional.”

La violación directa de la ley por interpretación errónea ocurre cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero se los entiende equivocadamente y así, erróneamente comprendidos, se los aplica. Es decir, ocurre cuando se le asigna a la norma o normas un sentido o alcance que no le corresponde.

Ahora, la interpretación errónea se configura cuando el operador jurídico se equivoca al apreciar el contenido o significado de la norma, esto es, cuando “el juez, aún reconociendo la existencia y la validez de la norma apropiada al caso, yerra al

*distinguir entre, de una parte, los enunciados normativos o las disposiciones, esto es, los textos legales y, de otra parte, los contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto o la disposición es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas, los contenidos materiales o las proposiciones normativas son el resultado de la misma”. También, en aplicación de la diferenciación entre disposición normativa y contenido normativo la Corte en la sentencia C-573 de 2004, rechazó la solicitud de inhibición de uno de los intervinientes en el proceso, que alegaba que la disposición normativa objeto de la revisión (un inciso del artículo 8º de la Ley 812 de 2003 *Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*) configuraba la descripción de un programa sin efectos normativos, es decir sin contenido normativo. Frente a lo que la Corte dijo: “...la inclusión de un programa específico en el Plan de Desarrollo tiene al menos el siguiente efecto normativo concreto: permitir que en el presupuesto sean apropiadas las correspondientes partidas para desarrollar ese programa”. De igual manera, a partir de la mencionada distinción en las sentencias C-207/03 y C-048/04 se ratificó lo dicho en la C-426/02, en el sentido de establecer que “[e]l hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto a que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores”.*

interpretarla (falsa interpretación de la ley)”¹² o cuando al resolverse un asunto se examina el contenido de la norma que es pertinente pero se le imprime un alcance equivocado. O como dice Pietro Calamandrei, citado por Murcia Ballén: “(...) en todos aquellos casos en que el juez ignora la existencia o se niega a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o considera como norma jurídica una norma que no está ya o no ha estado nunca en vigor”¹³.

Conviene traer a colación lo que la Sala Plena de esta Corporación ha precisado sobre el alcance de la interpretación errónea, habiendo citado al efecto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos¹⁴:

“(..) Así que las normas jurídicas, como proposiciones racionales de carácter abstracto y general que son, tienen que ser individualizadas, incorporadas al hecho, situación o relación que están llamadas a regir. Pero para individualizarlas y aplicarlas se debe empezar por determinar su sentido y su alcance. A esta investigación se le llama interpretación o hermenéutica, que como función humana es susceptible de error. De todo ello resulta que hay interpretación errónea en los casos en que la norma se aplica, pero sin darle su verdadero sentido”. “Como lo ha dicho la Corte, la interpretación errónea de la norma legal ocurre, en suma, cuando siendo la que corresponde al caso litigado “se la entendió sin embargo equivocadamente y así se aplicó”. Como lo observa DE LA PLAZA si el juez tiene el deber, sobre todo frente a las disposiciones legales cuyo contenido no lo es suficientemente claro, de indagar cuál es el pensamiento latente en la norma, como medio único de aplicarla con estrictez, ha de inquirir su sentido sin desviaciones o errores; y cuando en ellos incurre, cae en infracción por interpretación errónea”. De conformidad con el anterior criterio, encuentra la Sala que interpretar una norma erróneamente supone que la misma es la pertinente al caso, pero se le atribuye un sentido que no le corresponde...”
(Subrayado fuera de texto).

En el proceso consta –porque las partes así lo pusieron de presente y estuvieron de acuerdo en sostenerlo-, que el representante del consorcio Occi Urabá Licores, señor Guillermo Henríquez Gallo tenía una hermana laborando en el departamento de Antioquia, señora Fanny Henríquez Gallo, quien se desempeñaba en el cargo de Subsecretaria de Recurso Humano. Por tal razón, al encontrarse configurada la causal de inhabilidad por parentesco, consagrada en el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de a la Ley 80 de 1993, la oferta fue descalificada.

¹² Calamandrei. Cita en Humberto Murcia Ballén, Ob. Cit. P. 264.

¹³ Humberto Murcia Ballén, Ob. Cit. P. 264.

¹⁴ Sala Plena, Sentencia de 4 de diciembre del 2000, radicación S-216. M.P. Olga Inés Navarrete Forero.

Así mismo, está demostrado en la actuación que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia es una Unidad Administrativa, sin personería jurídica, adscrita a la Secretaría de Hacienda del departamento de Antioquia y, por su conducto, al despacho del Gobernador. De ello da cuenta el decreto n.º 449 de 1973 y la ordenanza n.º 57 de 1972 (fls. 669-670 cuaderno 1 A).

La Secretaría de Recurso Humano, por su parte, es una dependencia del gobierno departamental, cuya misión es *“liderar eficientemente el desarrollo integral del talento humano, incorporando en cada uno de los procesos de la administración, los cambios internos y externos generados por la dinámica organizacional”* –Decreto 2865 de 19 de julio de 1996, por el cual se define las unidades administrativas que conforman los organismos de la administración central del departamento de Antioquia y se dictan otras disposiciones (capítulo XVI) (fls. 695 y ss. cuaderno 1 A)-.

Al respecto, cabe anotar que el 27 de enero de 1997, el apoderado de la parte actora solicitó a la Secretaría del Recurso Humano del departamento de Antioquia información sobre la estructura orgánica del ente territorial y la ingerencia de dicha secretaría en la Fábrica de Licores y Alcoholes. Para tales efectos, planteó los siguientes interrogantes:

“1.- Quién evalúa y califica el mérito, desempeño, rendimiento y comportamiento laboral de los funcionarios de la FLA.

2.- Quién tiene la supervisión directa, para efectos de calificación del servicio, de los empleados del FLA.

3.- Si la Secretaría de Recurso Humano del departamento del Antioquia tienen alguna ingerencia legal u ordenanza directa sobre la Dirección de Desarrollo del Recurso Humano que hace parte de la estructura orgánica de la Fábrica de Licores, la que a su vez hace parte de la Secretaría de Hacienda departamental.

4.- Si la Dirección del Recurso Humano de la FLA puede entenderse orgánicamente vinculada a la Secretaría del Recurso Humano del departamento.

5.- Si la Secretaría del Recurso Humano hace parte de las Secretarías designadas discrecionalmente por el señor Gobernador del departamento para integrar el comité especial del Consejo de Gobierno departamental encargado de atender los asuntos relativos a la FLA” (fls. 592-593 cuaderno 1 A).

En respuesta, la Secretaría del Recurso Humano del departamento de Antioquia señaló:

“En respuesta a sus consultas de 27 de enero me permito contestarlas en el mismo orden en el que fueron presentadas:

1.- Evalúa y califica el desempeño y rendimiento laboral, el jefe inmediato del funcionario, sea cual fuere la entidad departamental a la cual pertenezca.

2.- La supervisión directa para la calificación de servicios de los funcionarios de la Fábrica de Licores, la ejerce la División del Recurso Humano, dentro de sus políticas de administración de su propio personal.

3.- Esta División del Recurso Humano de la Fábrica, en sus planes de manejo, sigue las directrices generales de la Secretaría del Recurso Humano [departamental]. Como bien usted señala, la Fábrica de Licores es una dependencia directa de la administración o gobierno departamental, pero sin la autonomía administrativa, ni patrimonial, ni jurídica, que caracteriza a los entes u organismos descentralizados”.

4.- El manejo laboral de los funcionarios vinculados a la FLA es independiente y autónomo, aunque exista la necesaria coordinación administrativa con la Secretaría del Recurso Humano [departamental], para el debido cumplimiento de sus fines comunes.

5.- El Consejo de Gobierno Departamental está integrado por los Secretarios, Directores, Gerentes de la totalidad de organismos administrativos adscritos al ente territorial, reuniones a las que obviamente asisten tanto el Secretario de Recursos Humanos como el Gerente de la Fábrica de Licores” (fls. 576-580 cuaderno 2).

La Subsecretaría de Apoyo Jurídico del departamento de Antioquia, por su parte, también se pronunció al respecto:

“En atención a su oficio 58741 recibida en esta Subsecretaría el pasado 20 de octubre, referente a si los Subsecretarios de Despacho pueden o no asistir al Consejo de Gobierno Departamental, con voz y voto y en qué circunstancias, lo mismo que las atribuciones y decisiones que se toman en dicho Consejo, a fin de dar respuesta al exhorto 1.207-4, me permito manifestarle:

De conformidad con el artículo 3º del Decreto Departamental 2865 de julio 19 de 1996, el Consejo de Gobierno está integrado por el Gobernador y los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamentos Administrativos, los Consejeros y los gerentes adscritos a la Administración Central. Es presidido por el Gobernador, sirve de órgano de consulta y de medio de coordinación en los asuntos que el Gobernador indique.

Así mismo, en el Parágrafo 1º del mismo artículo se crea el Comité Especial delegado del Consejo de Gobierno, integrado por el Gobernador o su delegado, el Secretario de Hacienda, el Gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de

Antioquia, tres Secretarios de despacho designados por el Gobernador, el Subsecretario de Apoyo Jurídico de la Gobernación o su delegado, quien actuará como Secretario, para que atiendan todos los asuntos relativos a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia. El Comité será presidido por el señor Gobernador o por el miembro del Comité que éste designe.

El Parágrafo 2º hace alusión a la creación de los comités sectoriales de educación, salud y obras de infraestructura.

Mediante el Decreto Departamental 1098 de 1997, el Subsecretario de Apoyo Jurídico tiene como funciones específicas actuar como secretario del Consejo de Gobierno y asesorar jurídicamente al Consejo de Gobierno cuando este lo requiera.

*Respecto a la Secretaría de Hacienda, el Subsecretario de despacho representa al jefe inmediato en juntas, comités y grupos de estudios que le sean delegados, de conformidad con el decreto 374 del 30 de abril de 1998 y así en cada Secretaría el decreto fija las funciones de cada empleado consagra igualmente que **el Subsecretario reemplaza en todos los asuntos al Secretario, con mayor razón cuando se trata de la asistencia al Consejo de Gobierno Departamental. Dicho reemplazo conlleva voz y voto**" (negrillas fuera de texto, fls. 675, 676 cuaderno 2).*

De lo anterior se puede concluir, sin hesitación alguna, que i) la Fábrica de Licores y Alcoholes y la Secretaría de Recurso Humano hacen parte de la estructura orgánica del departamento de Antioquia, entidad pública licitante en el presente asunto; ii) las secretarías están vinculadas directamente con el despacho del gobernador y en caso de ausencias, las subsecretarías asumen su representación y funciones, con voz y voto; iii) el Consejo de Gobierno está integrado por el Gobernador y los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamentos Administrativos, los Consejeros y los gerentes adscritos a la Administración Central. Es presidido por el Gobernador, **sirve de órgano de consulta y de medio de coordinación** en los asuntos que el Gobernador indique y iv) el Comité Especial delegado del Consejo de Gobierno, está integrado por el Gobernador o su delegado, el Secretario de Hacienda, el Gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, tres Secretarios de despacho designados por el Gobernador, el Subsecretario de Apoyo Jurídico de la Gobernación o su delegado, quien actuará como Secretario, para que atiendan todos los asuntos relativos a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

Lo anterior permite configurar la causal de inhabilidad de que trata el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor son inhábiles para participar en procesos de selección y, por tanto, contratar con el Estado, "Las

personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante”. Parentesco aceptado por las partes y que inhabilitaba al consorcio Occi Urabá Licores para continuar en la licitación pública n.º 012 de 1996, pues quien ostentaba la representación del proponente plural es hermano de la Subsecretaria de Recurso Humano de la entidad pública contratante, quien, en razón de sus funciones y el nivel directivo al cual pertenecía en el departamento de Antioquia, podía tener injerencia en las decisiones sometidas a su consideración; además, en caso de ausencia del secretario contaba con voz y voto, no solo en el Consejo de Gobierno sino en el Comité Especial, designado para atender **todos los asuntos relativos** a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

El literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 no hace distinciones, es decir, que no interesa si el funcionario por su cargo interviene o no en la adjudicación del contrato o en la dirección de las obras. Lo que el legislador busca es la ausencia de cualquier parentesco para evitar situaciones confusas que puedan perturbar el ánimo de las partes.

En sentencia de 25 de julio de 1996¹⁵, la Sala señaló que, para efectos de establecer las inhabilidades de un contratista por causa de parentesco, no debe tomarse como única orientación la simple relación consanguínea, de afinidad o civil entre el contratista y el empleado oficial, sino que ha de mirarse hasta qué punto este último puede incidir en la adjudicación del contrato por razón de sus funciones, teniendo en consideración su rango, cercanía a los funcionarios que toman la decisión respectiva y desde luego cuál es territorial y administrativamente la influencia que en un momento dado ese empleado pueda tener para efectos de beneficiar a su pariente, conducta ésta que la ley pretende evitar con las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades establecidas en la ley. Aparte de lo anterior cabe anotar cómo el propósito de la norma no sólo es el de evitar la intervención de los parientes en las licitaciones y contrataciones

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Daniel Suárez Hernández, exp. 7678.

estatales, sino también el de procurar la protección y mantenimiento de la buena imagen del ente oficial para descartar la posibilidad de que las licitaciones, concursos y adjudicaciones puedan obedecer a la influencia o intereses de los más altos funcionarios de la entidad.

En el caso analizado en la providencia citada se trató de la terminación unilateral de un contrato por inhabilidad, en la medida en que un contratista de Telecom en la ciudad de Bogotá era hermano del Gerente Zonal en Pasto. En esa oportunidad, la Sala destacó que *“(.) para cuando fue invitado a presentar cotización para la ejecución de la obra en Bolívar (Valle), y cuando presentó su cotización y se inició el trámite de su aprobación de su hermano no oficiaba como Gerente Zonal en Pasto, no había sido nombrado aún para tal posición. Se dio, por tanto, una situación sobreviniente, toda vez que al presentar su propuesta y durante el trámite administrativo de la misma, surtido en Bogotá, el doctor Eduardo Artemio Ordóñez Muñoz nada tenía que ver con Telecom”*. Situación muy distinta a la presentada en el *sub lite*.

Siguiendo la misma línea de la posición citada, la Sala señaló:

“Aprovecha la Sala la presente ocasión para hacer las siguientes precisiones:

a) ...

b) En punto tocante con el momento respectivo del cual surgen incompatibilidades e inhabilidades para celebrar contratos administrativos, por tratarse de aspectos limitativos y restrictivos de la voluntad negocial, deberán ser interpretadas y analizadas para los momentos precisos en que se geste y se perfeccione el contrato. Es decir, no podrán aducirse válidamente motivos que constituyan inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, o, lo que es igual, que circunstancias de ese linaje sucedidas con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, no podrán generar la terminación de éste;

c) Las circunstancias de carácter personal constitutivas de inhabilidad según las leyes, tales como el matrimonio y el parentesco, tendrán la virtualidad de impedir la celebración del negocio, o, de justificar la terminación de la etapa precontractual, o, la declaratoria administrativa de terminación del contrato, tan sólo cuando el cónyuge o pariente quien aspira a celebrar esta clase de negocios tenga, dentro de la entidad, funciones y atribuciones que puedan envolver alguna injerencia en la calificación o evaluación de las propuestas, o en la adjudicación del contrato, o conductas similares a éstas. Dicho de otra manera, la intervención decisiva e importante de esas personas dentro del proceso negocial, es precisamente lo que constituye la inhabilidad. Así, la relación de parentesco que el proponente tenga, por ejemplo, con un empleado de la entidad encargado de repartir correspondencia, o de conducir el vehículo automotor para transportar a los funcionarios de la entidad, o quien desempeñe funciones de celaduría, u otras similares, no alcanzan a estructurar inhabilidad por razón del parentesco. Esta

interpretación del concepto de inhabilidades para contratar con entidades oficiales, encuentra su fundamento en la circunstancia de ser instituciones de carácter exceptivo que limitan el ejercicio libre de los derechos subjetivos, que constituyen el principio general en la contratación”¹⁶.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación¹⁷, por su parte, en respuesta sobre la inhabilidad para contratar con el Estado, por interés propio o parentesco, destacó el carácter preventivo de la inhabilidad¹⁸, dirigida a evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos, la autoridad que representan, su capacidad de influencia sobre personal subordinado y la información a la que tienen acceso. Se transcriben algunos apartes relevantes de la consulta:

“Este tipo de inhabilidades por interés propio o por parentesco están basadas, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en la inclinación natural de toda persona de favorecer sus propios intereses y solidarizarse con las personas que forman parte de su núcleo familiar, lo cual, si bien es entendible en el ámbito privado, resulta incompatible en el gestión de los asuntos públicos, donde debe prevalecer el interés general, la imparcialidad y la transparencia. Así, en sentencia C-429 de 1997, al declarar la exequibilidad de la inhabilidad prevista en el literal b) del mismo numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (imposibilidad de celebrar contratos estatales con el cónyuge o familiares de los servidores de nivel directivo), la Corte Constitucional señaló: “7- Para lograr esa transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. La Corte encuentra que este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser

¹⁶ Sentencia de 15 de julio de 1991, expediente 6227, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁷ Consulta de 25 de octubre de 2012, M.P. William Zambrano Cetina.

¹⁸ Según la Corte Constitucional, las inhabilidades pueden ser de dos tipos: sancionatorias (que viene como consecuencia de una sanción) y preventivas (orientadas a la protección del interés general): "En el primer tipo están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado. En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente. Las inhabilidades del primer tipo constituyen igualmente una sanción, como consecuencia del delito o de la falta disciplinaria; por el contrario, las del segundo tipo no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar." (Sentencia C-353 de 2009).

objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general. Por ello el favoritismo familiar o nepotismo ha sido uno de los vicios políticos y administrativos que más se ha querido corregir en las democracias modernas. No es pues extraño que esa lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo colombiano, como lo muestra el artículo 126 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente, es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal pues, como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad a todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular.” No se asume la mala fe ni se presume que el servidor público actuará en contra de la ley; no obstante, a partir de la realidad propia de las relaciones humanas y sociales, el legislador adopta medidas preventivas para evitar que factores distintos al interés general puedan afectar la toma de decisiones contractuales en las entidades estatales: “8. En ese orden de ideas, al tomar en consideración la influencia de ese factor familiar, la ley no está violando el principio de la buena fe, que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares (CP art. 83) sino que, con base en la experiencia social cotidiana, y en perfecta armonía con las propias disposiciones constitucionales (CP art. 126), está reconociendo la manera como las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública.”¹⁹ En este mismo sentido se pronunció también la Corte Constitucional al referirse a la prohibición legal de que personas vinculadas por parentesco se presenten como oferentes distintos en una licitación (literales g y h del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993)²⁰. Las mismas razones de lealtad y solidaridad que permiten adoptar medidas de protección al núcleo familiar, dice dicho Tribunal, legitiman la adopción de medidas legislativas dirigidas a evitar que esos vínculos legales o de parentesco faciliten la colisión y el favorecimiento en la contratación estatal:

“La posición del Legislador a este respecto no es en modo alguno peregrina. El Constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad. En efecto, el artículo 33 de la CP prohíbe que se obligue a una persona a declarar contra sí misma o contra sus familiares próximos. No puede, por ello, reprocharse al Legislador que en atención al consabido sentimiento de lealtad familiar, consagre una inhabilidad con el objeto de prevenir que, sin motivo alguno digno de protección, pueda la familia a través de sus miembros perjudicar eventualmente al Estado o a terceros. A las anteriores razones que justifican la restricción legal, se suma el designio patrocinado por el mismo Constituyente (CP arts. 126, 179 -

¹⁹ Sentencia C-429 de 1997.

²⁰ “Artículo 8. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso; h). Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso” (Apartes subrayados fueron derogados por la Ley 1150 de 2007).

5 y 6 y 292), de poner término al fenómeno del nepotismo que lastima el primado de la igualdad de oportunidades y de acceso al servicio público en todas sus múltiples manifestaciones. Cuando en una misma licitación o concurso, intervienen varios licitantes ligados por estrechos lazos de consanguinidad o afinidad, la probabilidad de que el contrato se adjudique a un miembro de una misma familia es mayor. La ley puede y debe remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva. En Colombia el nepotismo ha obrado como rémora de la igualdad y en la causa de su eliminación está comprometida la misma Carta Política.”²¹ Ciertamente, como señala el organismo consultante, la inhabilidad por parentesco o interés propio que se analiza, reduce el número de personas habilitadas para contratar con ciertas entidades del Estado; pero la ponderación entre esa dificultad y las necesidades de transparencia e imparcialidad en la contratación pública, ya fue hecha por el legislador en la norma que se revisa, dándole mayor peso a lo segundo sobre lo primero. Por tanto, la inhabilidad en cuestión constituye un límite razonable y necesario para el ejercicio transparente de la gestión pública que, además, como ha señalado la jurisprudencia, no desconoce el derecho a la igualdad de aquellas personas naturales y jurídicas que por virtud de dicha inhabilidad ven restringida su capacidad contractual: “12- Los anteriores argumentos son también suficientes para desestimar el cargo de la demanda, según el cual la norma acusada desconoce la igualdad, en la medida en que, según su criterio, discrimina a un grupo de personas al impedirles, de manera mecánica, trabar relaciones contractuales con el Estado. En efecto, como se mostró anteriormente, esa diferencia de trato tiene un fundamento objetivo y razonable, pues los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. Por lo tanto, la potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, que es adecuado y razonable pues, tal y como se expuso, la defensa de los intereses generales, de los principios de la función pública y la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares, justifican la diferencia. En ese orden de ideas, la Corte recuerda que la consagración constitucional del valor de la igualdad (en el Preámbulo) y del principio de la igualdad (art. 13) orientan y conducen el proceso de aplicación y creación de todo el derecho, el cual se materializa en el proceso de contratación pública en la obligación administrativa de garantizar la adjudicación imparcial de la mejor oferta, lo que ya implica una diferencia. En consecuencia, la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal es una forma de realizar la igualdad sustancial. La diferencia de trato establecida por la norma acusada, lejos de ser discriminatoria, constituye entonces un instrumento apto para la efectividad del derecho a la igualdad, al excluir influencias familiares que, en los procesos de contratación administrativa, podrían perturbar la selección objetiva de las mejores propuestas.”²².

En el concepto que se trae a colación, se destacó, además, que la intención del legislador fue precisamente evitar que las relaciones de parentesco llegaran a afectar la imparcialidad de la función pública, bien sea porque el servidor con

²¹ Sentencia C-415 de 1994, reiterada en Sentencia C-054 de 2001. En esta última concluyó la Corte Constitucional: “Entonces, no es dable oponer válidamente a la defensa del interés general y a los objetivos del proceso de contratación, una hipotética vulneración de los intereses familiares, invocando para el efecto el artículo 42 de la Carta Política”.

²² Sentencia C-429 de 1997.

quien se guarde el correspondiente vínculo goce del poder de decisión en la adjudicación de los contratos, o tenga influencias que puedan determinar esa decisión, **o simplemente pueda condicionar** en forma indirecta la contratación, circunstancias éstas que ponen en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Se puso de presente que la Ley 80 de 1993 tiene en cuenta que la influencia del servidor público directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de la junta o consejo directivo nace de la naturaleza misma del cargo y, por tanto, puede ejercerse por fuera de los comités o instancias contractuales, a partir de su autoridad y ascendencia sobre el personal subordinado, de la capacidad de dictar o participar en la adopción de políticas, planes y proyectos, así como por el acceso a información privilegiada. Igualmente, por la posibilidad, también privilegiada, de contactar y acceder de primera mano a los funcionarios que adoptan decisiones contractuales, así formalmente no se tome parte en ellas. Por demás, es natural que personal subordinado e incluso del mismo nivel, pueda verse inclinado a no adoptar decisiones que puedan perjudicar a sus superiores jerárquicos o colegas, así éstos se hayan separado del conocimiento de los asuntos contractuales en que ellos o sus familias tengan interés.

Sobre el particular, en sentencia C-429, la Corte Constitucional, al estudiar la demanda presentada contra el literal b) del mismo numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993²³, consideró que la posición jerárquica y las funciones de los servidores públicos directivos, ejecutivos o asesores y de los miembros de junta directiva, les otorga per se la capacidad de afectar la imparcialidad de la contratación pública, lo que justifica que la inhabilidad por parentesco se aplique en los términos establecidos en la ley, es decir, **con independencia de que el servidor público directivo participe “formalmente” de las instancias o procesos contractuales de la entidad** –se destaca–:

“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o

²³ “2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: (...) b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.”

*representante legal de la entidad contratante. **Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa.** Así las cosas, para la Corte es claro que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, los servidores públicos del nivel asesor, **si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión**, por lo que la inhabilidad también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa. Así mismo, la Corte consideró justificada la prohibición en relación con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante pues, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, "la dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una junta o consejo directivo, que siempre presidirá un ministro o jefe del departamento administrativo o su delegado, y de un gerente, director o presidente, que será su representante legal". Igualmente, los servidores públicos en estudio son directivos en las empresas sociales del Estado y de las sociedades de economía mixta con acción estatal mayoritaria".²⁴*

La consagración del régimen de inhabilidades tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en "(..) *circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal...*"²⁵ y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores.²⁶

²⁴ Sentencia C-429 de 1997.

²⁵ NAMEN, Vargas William, Misión Contratación, Limitaciones a la libertad de acceso en la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e Incompatibilidades, Tomo II, DNP, 2002, Págs. 489 y ss.

²⁶ Ídem.

En la contratación estatal se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria²⁷.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la protección del interés general como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado²⁸.

En el caso *sub examine*, la Sala encuentra configurada la causal de inhabilidad alegada por el departamento de Antioquia y la Fábrica de Licores y Alcoholes para descalificar la propuesta presentada por el consorcio Occi Licores, del cual hicieron parte los actores. Esto, comoquiera que entre la señora Fanny Henríquez Gallo, servidora pública del nivel directivo, en su condición de Subsecretaria de Recurso Humano del departamento y el señor Guillermo Henríquez Gallo, representante legal de una de las sociedades que integraba el

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 24715 y otros acumulados.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 25646.

consorcio en mención²⁹, tal y como las partes lo sostuvieron, existe parentesco en segundo grado de consanguinidad, con lo cual se está claramente dentro de la citada prohibición.

En tales condiciones, teniendo en cuenta las circunstancias que atrás se precisaron y las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, la Sala no encuentra acreditado el cargo de violación de la ley por interpretación errónea, por lo que habrá de confirmar la sentencia impugnada.

2.4 Cumplimiento de requisitos por parte del adjudicatario

En lo que tiene que ver con el incumplimiento de requisitos de quien resultó favorecido con la adjudicación, la Sala encuentra que lo alegado carece de soporte, en la medida en que i) el objeto social de una de las sociedades integrantes de la unión temporal guarda relación con el objeto contratado y ii) el documento de conformación da cuenta de la responsabilidad solidaria que echa de menos la parte actora.

En efecto, el certificado de existencia y representación de la sociedad Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A., en el que se observa su objeto social:

*“El objeto de la compañía consistirá en a) la realización de toda clase de operaciones relacionadas con la distribución de materiales, productos, artículos, instrumentos y demás elementos utilizados o destinados para el aseo comercial, industrial o doméstico; b) **la distribución de licores** puros o mezclados, vinos, cócteles, bebida alcohólicas o no alcohólicas utilizadas en la preparación o mezcla de licores y c) la realización de toda clase de operaciones relacionadas con la producción, compra, venta, distribución, importación y exportación de toda clase de mercancías, nacionales y extranjeras y de manera especial de aseo y licores”* (fls. 366-370 cuaderno 1).

Y, en el certificado de existencia y representación de la sociedad Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. figura como objeto social:

“La sociedad tendrá por objeto la compra y venta de combustibles, lubricantes y otros derivados del petróleo, la actividad ganadera, la actividad de inversionista mediante la compra de acciones o cuotas de capital de otras sociedades,

²⁹ De conformidad con el certificado de existencia y representación que obra a folio 166 del cuaderno 3, el señor Guillermo Henríquez Gallo era el representante legal de la sociedad Zapata Henríquez de Turbo Ltda.

actividades éstas tendientes a la precautelación de un patrimonio familiar” (fls. 371-374 cuaderno 1).

Cabe anotar que la razón de ser de los consorcios o uniones temporales es justamente la unión de fuerzas y requisitos para presentar una oferta. Son instrumentos de asociación que tienen por finalidad lograr la cooperación o colaboración entre los sujetos que la componen, para alcanzar un objetivo común.

El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define a los consorcios como aquella unión de dos o más personas en forma conjunta, para la presentación de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman. Las uniones temporales, por su parte, fueron definidas por la ley como la asociación de dos o más personas en forma conjunta que presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con el porcentaje de participación de cada uno de los miembros de la unión temporal en la ejecución del contrato.

A su turno, en sentencia C-414 de 1994, la Corte Constitucional señaló que el consorcio es una institución propia del derecho privado, que se utiliza ordinariamente como un *“instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso pero conservando los consorciados su independencia jurídica”*.

En el presente caso dicha cooperación se cumplió, en la medida en que uno de los integrantes del proponente plural, en este caso la sociedad Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S. en C. cumplió con el objeto social de la licitación.

En este punto, es de anotar que el pliego no hizo ninguna exigencia al respecto, pues en el acápite correspondiente al certificado de existencia y representación solo exigió que la duración de una sociedad debía ser por lo menos igual al plazo de ejecución del contrato y un año más; que el certificado debía tener una vigencia de no más de treinta días; que si el proponente era persona natural, debía anexar el certificado de Cámara de Comercio que acreditara la inscripción en el Registro Único Mercantil y que en caso de consorcio o uniones temporales, cada uno de sus integrantes debía acreditar dicha condición.

Por tanto, en este punto, no le asiste razón a la parte actora.

En lo que tiene que ver la responsabilidad solidaria de los integrantes de la Unión Temporal Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S. en C. y Aníbal Arango S & Cía. S. en C., la Sala encuentra que en el documento de conformación la declaración efectivamente se hizo:

“3.- Responsabilidad. Los miembros de la Unión Temporal declaramos responder solidaria y mancomunadamente a todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, a prorrata de la participación referida en el numeral tercero del presente documento por parte de cada uno de los asociados durante el término del mismo y dentro de la vigencia de las pólizas entregadas al final del mismo, en consecuencia las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que conforman la unión prospectada”.

Y, a continuación, en el documento consta la participación y aportes de los integrantes de la unión temporal:

“Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A. 50%

Aníbal Arango S. y Cía. S. en C. 50%

Cada socio aportará el 50% de los gastos y erogaciones que genere la propuesta y ejecución del contrato, en el evento de resultar favorecidos de acuerdo a los presupuestos que aprueben sus miembros y presentados por el representante”
(fls. 427-429 cuaderno 2).

Cabe anotar, además, que aun en el evento de que el documento de conformación no hubiese hecho tal precisión, la solidaridad que echa de menos la parte actora deviene de la ley, en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que la parte actora no acreditó los cargos formulados en contra de la resolución n.º 0-337 de 2 de diciembre de 1996, por medio de la cual el departamento de Antioquia y la Fábrica de Licores y Alcoholes adjudicaron el contrato, comoquiera que la causal de inhabilidad se encuentra configurada y quien resultó adjudicatario cumplía con las exigencias del pliego de condiciones.

Sobre la carga de la prueba, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C³⁰., que recae sobre quien alega el hecho que pretende notar a su favor, excepciona o controvierte, cumpliéndose así la regla de que quien afirma o niega, demuestra.

No basta, entonces, para sustentar un cargo, hacer uso de referencias, sino acompañar las afirmaciones con la certeza derivada de los hechos probados, pues son estos los que permiten resolver en uno u otro sentido el fondo del asunto.

De ahí que la sentencia habrá de ser confirmada.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B"

FALLA

³⁰ "Art. 177.- Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

CONFIRMAR la sentencia de 19 de mayo de 2005, proferida por la Sala de Descongestión de la Sala Tercera de Decisión para los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado