



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"**

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación : 19001233100020010068101
Expediente : 30.543
Demandante: Constructora Carpol Ltda.
Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca
Naturaleza: Acción contractual

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2004, por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 15 de mayo de 2001 en la Oficina Judicial del Cauca, la empresa Constructora Carpol Ltda. formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra la Corporación Autónoma Regional del Cauca- C.R.C.-, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

"PRIMERA. Decrétase la NULIDAD del ADENDO No 04 de 10 de octubre de 2.000 modificadorio de los términos de referencia del CONCURSO DE MERITOS No. C.R.C.-CM-02-2000, cuyo objeto es la construcción por el sistema de Administración Delegada de la Primera Etapa del Plan de Descontaminación Hídrica de la ciudad de Popayán, Departamento del Cauca.

“SEGUNDA. Decrétase la NULIDAD DEL ACTA DE AUDIENCIA PUBLICA DE ADJUDICACION de 27 de noviembre de 2.000, mediante la cual el Sr. LIBARDO ANTONIO ROMERO ORDOÑEZ, en su calidad de DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA – C.R.C., decidió acoger el concepto del COMITÉ EVALUADOR y adjudicó el concurso público de Méritos No. CRC. CM -02-2000, cuyo objeto es la Construcción por el Sistema de Administración Delegada de la Primera Etapa del Plan de Descontaminación Hídrica de la ciudad de Popayán, Departamento del Cauca, a la propuesta presentada por el CONSORCIO HIDROPLANES.

“TERCERA. Decrétase la NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 0986 del 27 de noviembre de 2.000, proferida por el Sr. Ingeniero. LIBARDO ANTONIO ROMERO ORDOÑEZ en su calidad de Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, C.R.C., mediante la cuál se decidió adjudicar al CONSORCIO HIDROPLANES, EL CONCURSO DE MERITOS No. CRC-CM-02-2000, para la construcción por el sistema de Administración Delegada de la Primera Etapa del Plan de Descontaminación Hídrica de la ciudad de Popayán, Departamento del Cauca, por un valor de SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SETENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$795.173.395.00), por concepto de HONORARIOS DEL ADMINISTRADOR DELEGADO y recursos por administrar por valor de SEIS MIL NOVECIENTOS CATORCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$6.914.551.264.00).

“CUARTA. Con fundamento en la ilegalidad de los actos antes mencionados y como consecuencia de las anteriores declaraciones decrétase la NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO No. 0703-14-12-00 suscrito el día 14 de diciembre de 2.000 entre la C.R.C y el CONSORCIO HIDROPLANES para la construcción por el Sistema de Administración Delegada de la Primera Etapa del Plan de Descontaminación Hídrica de la ciudad de Popayán.

“QUINTA. CONDÉNASE a la CORPORACION REGIONAL DEL CAUCA C.R.C a PAGAR a la empresa CONSTRUCTORA CARPOL LIMITADA por intermedio de su apoderada el valor de todos los daños y perjuicios materiales (lucro cesante) sufridos por la pérdida de la oportunidad para celebrar un contrato, conforme a las utilidades dejadas de percibir en caso de que hubiere podido ejecutar el contrato al que legalmente tenía derecho, utilidades tasadas en el 10% de la propuesta o de acuerdo a lo que resultare probado en el proceso.

“SEXTA. Las sumas liquidas a las que fuere condenada la administración deberán ser actualizadas conforme a la evolución del Indice de Precios al Consumidor (art. 178 del C.C.C.).

“SEPTIMA. La CRC dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoria. Las sumas líquidas a las que fuere condenada la entidad demandada devengarán intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia (art. 176 y 177 modificado por la ley 446 de 1.998)” (fls. 164 a 166, c. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- Con la resolución 704 del 5 de septiembre de 2000 la Corporación Autónoma Regional del Cauca ordenó la apertura del concurso de méritos CRC-CM-02-2000, para contratar mediante el sistema de administración delegada la construcción de la primera etapa del Plan de Descontaminación Hídrica de Popayán.

2.2.- Presentaron propuesta la Constructora Carpol Ltda., la Unión Temporal Popayán 2001 y el Consorcio Hidroplanes.

2.3.- El pliego de condiciones fue modificado con la expedición de cinco adendos, de especial relevancia el adendo 4, ya que allí se adicionó el numeral 1.9 de los términos de referencia en cuanto a la experiencia específica del proponente, para indicar que, cuando éste fuera urbanizador de sus propias obras, la acreditación de la experiencia debería hacerla con certificación expedida por la empresa de servicios públicos que las hubiera recibido.

2.4.- La propuesta presentada por el demandante fue invalidada porque no se demostró la experiencia específica de conformidad con lo establecido en el adendo 4 y la de la Unión Temporal Popayán 2001 fue descalificada, por lo que el contrato se adjudicó al Consorcio Hidroplanes.

Según la demanda, la exigencia del adendo 4 resultaba violatoria del principio de transparencia, del derecho a la igualdad de los proponentes, de la buena fe y del principio de la selección objetiva del contratista, al imponer una restricción a la demandante, ya que era el único proponente constructor, diseñador y ejecutor de sus propias obras, lo que demuestra que la entidad actuó con desviación de poder, máxime cuando la Constructora Carpol Ltda. había participado en otras licitaciones adelantadas por la entidad demandada y en las que había demostrado su experiencia con la certificación expedida por la Corporación Financiera AV Villas, entidad que realizó la interventoría de las obras.

Según el adendo 4, la entidad que debía certificar la experiencia sería la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán; sin embargo, esta entidad no realizó interventoría a las obras, tan solo las recibió para su mantenimiento, por lo que no tenía elementos de juicio para certificar la experiencia específica del proponente.

2.5.- El adendo 4 constituye un documento inocuo, porque no tiene relevancia para la comparación objetiva de las propuestas; adicionalmente, los adendos no cumplieron con el principio de publicidad, ya que no fueron comunicados por escrito a los proponentes.

3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de la violación.-

El actor citó como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 6, 209 de la Constitución Política, los artículos 3, 23, 24 de la ley 80 de 1993, los artículos 49 a 57 de la ley 99 de 1993.

Indicó que la Corporación Autónoma Regional del Cauca violó los principios de transparencia e igualdad, porque las disposiciones iniciales y claras del pliego de condiciones se modificaron mediante cinco adendos, lo que implicó que, a mitad del camino, se cambiaran las reglas que se debían observar en el trámite de la licitación y ello, a su vez, llevó a que se incluyera una condición imposible de cumplir para el demandante, en lo relativo a la acreditación de su experiencia específica, con lo que también se vulneró el principio de la buena fe.

Señaló que se violó el principio de publicidad frente a la expedición de los adendos, especialmente el cuarto, ya que fue entregado al actor el 10 de octubre en horas de la noche, cuando ya había vencido el plazo para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Agregó que se violó el deber de selección objetiva ya que el proceso licitatorio “estuvo plagado de irregularidades”¹, con lo que se favoreció al consorcio Hidroplanes.

¹ Fl. 183, c. 1.



También se vulneró la ley 99 de 1993 por haberse adelantado el concurso sin tener los estudios de impacto ambiental, ni la respectiva licencia ambiental.

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 6 de junio de 2001 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al director de la Corporación Autónoma Regional del Cauca – CRC-, se ordenó la notificación personal al consorcio Hidroplanes y al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

El consorcio Hidroplanes se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual indicó que, según los términos de referencia, las aclaraciones solicitadas por los proponentes eran las que se debían comunicar por escrito, mas no los adendos.

En cuanto a la restricción impuesta a las empresas urbanizadoras de sus propias obras, indicó que ello fue modificado antes de la fecha de cierre de la licitación, por lo que el demandante debió presentar la respectiva observación en los términos que establece la ley.

Agregó que en los términos de referencia también se incluyeron restricciones para quienes contrataban con entidades públicas y privadas, incluso más severas que para quienes eran urbanizadores de sus propias obras.

Señaló que la C.R.C. modificó el pliego de condiciones facultada por el artículo 30 (numeral 4) de la ley 80 de 1993, cambios que, además, no fueron sustanciales.

Propuso las excepciones que denominó: i) falta de titularidad de la parte demandante para ejercer la acción contractual y ii) indefinición acerca de la nulidad propuesta.

Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Cauca también se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que en el concurso de méritos



CRC-CM-02-2000 se dio plena aplicación a la ley 80 de 1993 y a los principios de la contratación estatal.

Precisó que los adendos 1 y 2 fueron publicados en el diario El Liberal y se incluyeron en los términos de referencia que quedaron para la venta desde el 25 de septiembre de 2000, fecha de apertura del concurso de méritos, es decir, esos adendos estaban incluidos en los términos de referencia.

En cuanto a los adendos 3, 4 y 5, sostuvo que:

“en gran parte dan respuesta a las inquietudes manifestadas por los interesados en la audiencia de precisión en donde la CONSTRUCTORA CARPOL LTDA. participó activamente. **También contienen algunas modificaciones consideradas convenientes para la entidad, para el manejo objetivo del concurso de méritos**, modificaciones que tienen respaldo legal en el numeral 4° (sic) del artículo 30 de la ley 80 de 1993, en donde es la ley la que faculta al jefe o representante legal de la entidad licitante para modificar los términos de referencia como resultado de lo debatido en la audiencia de precisión **y cuando resultare conveniente**” (fl. 230, c. 2 - negrillas del original)

La C.R.C. adujo que los adendos no modificaron el objeto del concurso, que se mantuvo el sistema de administración delegada y que aquéllos contenían reglas claras de carácter general.

Señaló que la propuesta del actor fue rechazada por cuanto la certificación referente a la experiencia específica como constructor, diseñador e interventor de las urbanizaciones Aida Lucia y Villa del Viento fue expedida por la corporación AV Villas y no por la empresa de servicios públicos que recibió las obras.

Por último, Indicó que dentro de los gastos reembolsables no se podía incluir la póliza de seguros y que la entidad contaba con la licencia ambiental 1132 del 13 de diciembre de 1999 para adelantar las obras, solo que se solicitó una modificación a la misma, la cual, a la fecha de la contestación de la demanda, no se había resuelto.

Propuso las excepciones de improcedencia de la acción para solicitar el resarcimiento de los posibles perjuicios y caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.



5.- Los alegatos de primera instancia.-

La parte actora y el consorcio Hidroplan reiteraron lo expuesto en otras etapas procesales. La parte demandada guardó silencio.

El Ministerio Público conceptuó que con la expedición del adendo 4 se cambiaron las reglas del proceso licitatorio fijadas inicialmente, en cuanto a la forma de acreditar la experiencia específica, pues, de haber existido tal requerimiento desde el principio, lo más probable era que la parte actora no participara en ese proceso por no poder allegar una certificación en los términos solicitados en ese adendo.

Así las cosas, esa modificación constituye una transgresión a la ley de contratación estatal, ya que no fue producto de lo debatido en la audiencia de aclaraciones y, por el contrario, se evidencia que se encaminó a descalificar la propuesta del único proponente que tenía la condición de constructor de sus propias obras, esto es, la del demandante.

Sin embargo, el actor no acreditó que su propuesta era la mejor, por lo que no pueden prosperar las pretensiones indemnizatorias.

6.- La sentencia recurrida.-

Es la proferida el 26 de octubre de 2004, por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para lo cual consideró que la entidad demandada tenía la competencia derivada de la ley 80 de 1993 para proferir las modificaciones contenidas en el adendo 4, las que fueron consideradas como convenientes por la entidad y que no modificó las reglas contenidas en el pliego de condiciones, tan solo aclaró cuál era la entidad competente para expedir las certificaciones que acreditaran la experiencia del contratista constructor y diseñador de sus propias obras.



Sumado a la anterior, cuando el actor conoció las modificaciones contenidas en el adendo 4 no manifestó ninguna inconformidad frente a éste, por lo cual resulta claro que debía acreditar su experiencia con certificación emitida por la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán y no por la corporación AV Villas; por lo demás, el actor tampoco acreditó que su propuesta fuera la más favorable para la entidad contratante.

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, con fundamento en que, mediante el adendo 4 del 10 de octubre de 2000, se adicionó el numeral 1.9 de los términos de referencia del concurso de méritos CRC-CM-02-2000, en el sentido de exigir que la experiencia se acreditara mediante certificación expedida por la empresa de servicios públicos que hubiera recibido las obras cuando el proponente fuera el constructor de sus propias obras.

La expedición de ese adendo tuvo como única finalidad excluir del concurso de méritos la propuesta presentada por la Constructora Carpol Ltda., único proponente que tenía esa condición, esto es, la de ser el constructor de sus propios proyectos, lo que denota que la administración actuó con desviación de poder.

Lo anterior se hace evidente, en concepto del recurrente, por cuanto la Constructora Carpol Ltda. había sido proponente en otras licitaciones adelantadas por la Corporación Autónoma Regional del Cauca, en las que la experiencia específica fue acreditada mediante certificaciones expedidas por la corporación AV Villas y en las que sí se tuvieron en cuenta, por lo que no se entendía por qué, si las licitaciones fueron casi simultáneas, ahora no eran válidas, cuando la propuesta del actor era la más favorable para la entidad.

Consideró que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán no podía expedir la certificación de experiencia específica del actor, por cuanto no realizó labores de interventoría sobre la construcción y, adicionalmente, porque esa entidad



no había recibido las redes de alcantarillado de los proyectos Aida Lucia y Villa del Viento.

Adicionalmente, el documento exigido por el adendo 4 resultaba inocuo, pues, no tenía ninguna relevancia para la comparación de las propuestas, era más idónea la certificación expedida por la corporación AV Villas, en la que se relacionan los ítems, las especificaciones de la obra ejecutada y el valor de la misma.

Si bien es cierto que el artículo 30 de la ley 80 de 1993 faculta a las entidades a modificar los términos de referencia en ciertas circunstancias, tales modificaciones no pueden ser sustanciales, como sucedió en el presente caso, en el que se modificaron los criterios de evaluación de las propuestas y se hicieron exigencias "inaceptables" respecto de la forma de acreditar la experiencia específica, con lo cual se colocó en desventaja a la demandante; adicionalmente, ningún proponente solicitó que se aclarara ese punto de los términos de referencia.

8.- Trámite de segunda instancia.-

El recurso se concedió el 23 de febrero de 2005, se admitió el 22 de julio de ese mismo año y, habiéndose dado traslado para alegar, la parte actora reiteró lo expuesto en otras instancias procesales.

El consorcio Hidroplan, la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

Mediante auto del 4 de marzo de 2011 se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero Hernán Andrade Rincón.

II. CONSIDERACIONES

1.- La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 26 de octubre de 2004,

por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por el demandante en la suma de \$244'086.277. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de \$26'390.000³, monto que acá se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

Aunado a lo anterior, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁴, el cual establece que la que conoce de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comoquiera que la Corporación Autónoma Regional del Cauca tiene el carácter de ente público con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio e independiente⁵, naturalmente los contratos en los cuales esa entidad es parte son contratos estatales.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido, ha dicho la Sala:

“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado**, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida

² 15 de mayo de 2001.

³ Artículo 2° del Decreto 597 de 1988.

⁴ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

⁵ Artículos 23 y 33 de la ley 99 de 1993.

la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”⁶ (negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”*⁷.

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 que, a su vez, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998 (exp. 14.202), C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en sentencias como la del 20 de abril de 2005 (exp: 14519) y en auto del 7 de octubre de 2004 (exp. 2675).

⁷ Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...)”.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, define el objeto de esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional” (negritas fuera de texto).

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el texto anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Respecto de su alcance se pronunció la Sala, mediante auto del 8 de febrero de 2007 (radicación 30.903), en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“(…)

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo”.

2.- Ejercicio oportuno de la acción.-

La Sala ha señalado que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejerzan en un término específico. En este sentido, los interesados tienen la carga procesal de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado dentro del plazo fijado por la ley o, de no hacerlo en tiempo, no podrán obtener la satisfacción del derecho reclamado por la vía jurisdiccional.

Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que ciertas situaciones permanezcan indefinidas en el tiempo. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio del derecho de acción, acudan a la jurisdicción con el fin de satisfacer sus pretensiones.

De conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aplicable a los procesos iniciados a partir del 8 de julio de 1998⁸ y hasta el 2 de julio de 2012⁹, la procedencia y oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal se seguía por las siguientes reglas:

"Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

⁸ Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso:

"En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtir la notificación".

⁹ Fecha en la cual empezó a regir la Ley 1437 de 2011.

de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato" (se subraya).

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante sentencia C -1048 de 2001, al estudiar la exequibilidad del artículo 32 de la ley 446 de 1998, acerca de la caducidad de las acciones procedentes contra el acto previo a la celebración del contrato estatal, indicó lo siguiente:

"La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una (sic) la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer .

"En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, '(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato', a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

"De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo" (subrayas adicionales)

A su vez, esta Subsección precisó el sentido en el que la Sección Tercera ha reconocido la aplicación del término de caducidad de las diferentes acciones procedentes contra los actos previos del contrato; para el efecto, señaló:

“- La **primera hipótesis** se refiere a aquellos casos en los cuales **el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes** a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, **se demanda ese acto administrativo previo** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

“- **Una segunda hipótesis** dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere **transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda** contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

“... ”

“- La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos¹⁰, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y

¹⁰ Nota del original: “De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia”.

de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

“Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no (sic) adjudicación del contrato estatal correspondiente¹¹¹² (negritas del original, subrayas adicionales).

De conformidad con lo anterior, se encuentra que el *sub júdice* se enmarca dentro de la tercera hipótesis, esto es, haberse celebrado el contrato antes de los 30 días de proferido el acto de adjudicación, motivo por el que la acción ejercida por el actor es la idónea, pues, interpuso la acción contractual con las debidas pretensiones de nulidad de los actos previos como fundamento de la nulidad del contrato objeto de adjudicación.

Sin embargo, como la demanda contractual no se interpuso dentro de los 30 días siguientes a la expedición del acto de adjudicación, no es posible que la Sala estudie las pretensiones indemnizatorias, si a ello hubiere lugar, pues frente a ese específico asunto ya había operado la caducidad de la acción.

¹¹ Nota del original: “Esta conclusión se apoya también con un argumento *a contrario sensu*, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y *en sentido contrario* una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente”.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.



En efecto, la adjudicación se realizó en audiencia pública realizada el 27 de noviembre de 2000, cuya decisión quedó notificada en estrados, audiencia en la que participó la demandante, en esa misma fecha se expidió la resolución 986, mediante la cual se adjudicó el contrato, éste se celebró el 14 de diciembre de 2000 y la demanda se interpuso el 15 de mayo de 2001, fecha para la cual ya habían transcurrido más de 30 días.

En lo relacionado con las demás pretensiones se tiene que, de conformidad con el artículo 136 (numeral 10) del Código Contencioso Administrativo, el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

En el presente caso, se solicita la nulidad del adendo 4 del 10 de octubre de 2000, del acta de audiencia de adjudicación del 27 de noviembre de 2000, de la resolución 986 de esa misma fecha y del contrato 703 celebrado el 14 de diciembre de 2000, y la demanda se interpuso el 15 de mayo de 2001, de lo que resulta que no habían transcurrido los dos años, por lo cual se entiende que se presentó en forma oportuna.

3.- Análisis del caso.-

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda, por encontrar que la Corporación Autónoma Regional del Cauca tenía competencia derivada de la ley 80 de 1993 para modificar los términos de referencia.

Por su parte, el apelante encaminó su recurso al contenido y alcance del adendo 4, para lo que indicó que el propósito de ese documento fue excluir del concurso la propuesta del actor ya que era el único proponente que tenía la condición de ser el constructor de sus propias obras, con lo que se evidencia la desviación de poder, pues en otras licitaciones, adelantadas por la misma entidad, sí se tuvo en cuenta la certificación expedida por la corporación AV Villas. Agregó que, la exigencia de ese adendo era inocuo porque resultaba irrelevante para la comparación de las propuestas; finalmente, que la modificación introducida a los pliegos de condiciones era sustancial.

3.1.- Se pone de presente que los argumentos expuestos en el recurso de apelación fijan la competencia de la Sala para resolver el *sub júdice*, como se ha considerado en ocasiones anteriores:

“Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial – en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

‘La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. (...).’ (Negrillas adicionales).

“En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’¹³¹⁴.

Lo anterior resulta de especial importancia dado que el apelante centró su inconformidad en la expedición del adendo 4, pero no reiteró en esta instancia los demás argumentos contenidos en la demanda, tales como: i) la publicidad de los demás adendos y ii) la ausencia de licencia ambiental, aspectos sobre los cuales, por tanto, no se hará pronunciamiento alguno.

¹³ Nota del original: “Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 68001231500019951182 01 (22.372).

3.2.- La Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente al momento de adelantarse el procedimiento de selección que ha sido cuestionado ante esta instancia judicial, consagra el principio de transparencia¹⁵ como orientador de la actividad contractual, cuyo propósito se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, la igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelante la Administración para la escogencia de sus contratistas, como también que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo que conlleva a que puedan ser controvertidas.

En un estado social de derecho, el principio de transparencia garantiza la convivencia ciudadana, un trato imparcial e igualitario para los administrados y evita que los funcionarios, en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos, actúen de manera oculta o arbitraria, motivados por intereses o conveniencias de índole personal.

Como aplicación de este fundamental principio, el artículo 24 de la ley 80 de 1993 impone como regla general que la selección del contratista se efectúe mediante el procedimiento de la licitación pública o el concurso público y, excepcionalmente, mediante el sistema de contratación directa¹⁶, establece la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones adoptadas por la administración, ordena que las actuaciones de esta sean públicas y ajustadas a la legalidad, dispone que los actos que expida en ejercicio de la actividad contractual o con ocasión de ella estén debidamente motivados y prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva.

El artículo 24 (numeral 5) de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 (numeral 2) de la misma ley, consagra el deber que tiene la administración pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva

¹⁵ Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que “mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir, claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 10 de julio de 2001, exp. 13681).

¹⁶ Con la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, en su artículo 2º, las modalidades de selección son cuatro: La licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. En los pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y los factores objetivos de selección del contratista.

Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual y como presupuesto de la legalidad de la contratación, desde su misma génesis o formación.

En este orden de ideas, debe destacarse la importancia que tiene el pliego de condiciones en el procedimiento de selección del contratista, pues constituye el marco normativo que regula o disciplina, en especial, la licitación pública o concurso público y, por ende, las disposiciones en él contenidas son de carácter vinculante tanto para la administración como para los participantes en el procedimiento de selección y también para el contratista que resulte adjudicatario de la licitación o concurso, de donde se destaca el carácter obligatorio que le asiste al pliego de condiciones.

Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de "ley de la licitación" y "ley del contrato"¹⁷, en cuanto que sus disposiciones no sólo regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, sino que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones, y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación.

Al respecto, la Sala ha señalado que el pliego de condiciones goza de una naturaleza jurídica mixta, en cuanto que, como acto administrativo de contenido general, algunas de sus disposiciones se agotan una vez culminado el procedimiento de selección, pero que otras se mantienen y dejan de ser generales para convertirse en

¹⁷ "Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado '**la ley del contrato** por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación'" (Dromi, José Roberto, La licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196)

parte del clausulado del contrato y, por lo tanto, de obligatorio acatamiento por las partes durante la ejecución del mismo¹⁸.

Así, el pliego de condiciones diseñado por la Administración, con la naturaleza anotada, debe ser aplicado estrictamente, en la selección del contratista e, igualmente, corresponde a los proponentes acatar totalmente dichas regulaciones al presentar sus ofrecimientos.

Estos mandatos recíprocos, en orden a garantizar la selección objetiva del proponente que presente la oferta más favorable para los intereses del Estado, imponen a la Administración el deber legal de mantener inmodificable el pliego de condiciones, **con posterioridad a la presentación de los ofrecimientos o cierre de la licitación**, a fin de preservar principios fundamentales de la contratación, referidos a la libertad de concurrencia, igualdad, imparcialidad y buena fe.

El efecto vinculante del pliego de condiciones ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala en repetidas oportunidades, en este sentido, en sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente 12344, sostuvo:

"...Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, (sic) constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, (sic) modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.

(...)

En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, **que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación**¹⁹ (negrillas adicionales).

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M. P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, M.P. Daniel Suárez Hernández.

Y, en sentencia de 8 de junio de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

“[E]n tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”²⁰.

La jurisprudencia reseñada evidencia, con total claridad, que el pliego de condiciones, al constituir la ley del contrato, se erige como el marco de referencia dentro del cual deben actuar tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato, así que las reglas en él contenidas son de obligatorio cumplimiento y tal carácter vinculante impide a la entidad pública modificarlas, con lo cual se busca garantizar que, en el procedimiento de la licitación o el concurso, la selección del contratista se efectúe de manera objetiva, como resultado de la exigencia en el cumplimiento de los requisitos, como en la estricta aplicación de los criterios de selección adoptados en el pliego y su respectiva ponderación. El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad.

Sin embargo, no se puede desconocer la facultad con la que cuentan las entidades estatales para introducir ajustes, adiciones, supresiones o cambios a los pliegos de condiciones, tal prerrogativa viene derivada de la propia ley 80 de 1993 pues el artículo 30 (numeral 4) establece dos eventos en los que la entidad puede introducir los cambios, a saber: i) como resultado de lo debatido en la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones, o ii) cuando resulte conveniente.

Tal atribución no es irrestricta, pues debe entenderse que no podrían direccionarse a cambiar sustancialmente los pliegos de condiciones, así como, en materia temporal, solo lo podrá hacer hasta antes del cierre de la licitación pública, ello en virtud de ser

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, exp.15005, M. P. María Elena Giraldo Gómez.

la entidad estatal la directora del proceso de contratación y también en virtud del principio de autonomía que le asiste²¹.

En ese sentido esta Sección ha considerado:

“En ese orden de ideas, aunque la administración tiene competencia para aclarar el contenido del pliego de condiciones, con el fin de expedir reglas claras y precisas, en tanto constituirán las premisas que gobernarán el contrato, dicha decisión, deberá consultar en cada caso los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, en el entendido que la administración no podrá modificar aspectos sustanciales, especialmente los relativos a los factores de calificación, pues está obligada a respetar la participación oportuna de los oferentes”²².

En ese mismo orden de ideas, respecto de la facultad de modificar los pliegos de condiciones esta Subsección indicó:

“Con la expedición de la Ley 80²³ de 1993 se estableció la posibilidad de que la entidad pública directora del procedimiento precontractual modificara los

²¹ “Ahora bien, lo anterior no se opone a que, la administración predisponga unilateralmente las reglas propias de la adjudicación, por descontado (sic) que en tanto consulten el (sic) principio (sic) de objetividad, igualdad y claridad, al que se encuentran sujetas, condición sin la cual no pueden desplegar eficacia o sufren modificación a instancias del juzgador, materia ésta respecto de la cual la administración goza de autonomía, en tanto entidad interesada en la celebración de un contrato estatal, para disciplinar la forma, mecanismos y condiciones a que habrán de sujetarse las ofertas y de la misma manera para el establecimiento de criterios y reglas que permitan el cotejo y comparación objetivo de las ofertas presentadas” (Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 12.344, M.P.: Daniel Suárez Hernández).

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente: 25000-23-26-000-1997-15290-01(28342), M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

²³ Nota del original: “ Art. 30 ley 80 de 1993.

“(…)”.

“Numeral 4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

“Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

“Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

“Numeral 5.- El plazo de licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

pliegos de condiciones, incluso, hasta el mismo día del cierre del plazo para presentar las propuestas, siempre que la entidad así lo estimara conveniente o se elevara petición en ese sentido por un determinado número de personas que hubieren retirado los pliegos.

“Posteriormente con la expedición de la Ley 1474²⁴ de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, esa facultad fue mantenida no obstante haberse introducido algunas variaciones respecto del plazo en que podían expedirse dichas modificaciones, en el sentido de disponer que el término para realizarse no podría exceder de tres días hábiles anteriores al vencimiento del plazo de cierre para presentar propuestas.

“Como se observa, con sustento en las dos legislaciones referidas es posible que la Administración dentro de un procedimiento precontractual pueda introducir modificaciones al pliego de condiciones y/o términos de referencia con las debidas restricciones en cuanto a los plazos que allí mismo se contemplan.

“Con todo, aun cuando de la lectura textual del inciso segundo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 emerge con claridad la existencia de un límite de contenido temporal para la expedición de los respectivos actos modificatorios, lo cierto es que la interpretación armónica y sistemática de todo el articulado normativo comprendido en dicho estatuto impone reconocer también la existencia de una limitación de contenido material en tanto la naturaleza misma del pliego de condiciones así lo impone.

“En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre

“Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado”.

²⁴ Nota del original: “**Artículo 89. Expedición de adendas.** El [inciso 2°](#) del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

“(…)‘Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales”.

participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales"²⁵ (se resalta).

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se observa que la inconformidad del actor radica en la modificación que introdujo el adendo 4 a los pliegos de condiciones.

Como se vio anteriormente, la Corporación Autónoma Regional del Cauca tenía facultad para modificar los términos de referencia; sin embargo, la Sala deberá revisar si tales modificaciones se hicieron de conformidad con lo antes expuesto, esto es, dentro del límite temporal y si constituyeron o no modificaciones sustanciales a los términos de referencia.

Pues bien, en los términos de referencia se estableció que la fecha de apertura del concurso de méritos era el 25 de septiembre de 2000 y la del cierre, inicialmente, el 9 de octubre siguiente²⁶; sin embargo, esta última fecha fue modificada en varias ocasiones, de hecho en el propio adendo 4 del 10 de octubre de 2000 se señaló como fecha de cierre el 18 de esos mismos mes y año (fl. 38, c. pruebas). Así las cosas, se encuentra que el primero de los supuestos para poder hacer las modificaciones se cumplió, en tanto que esa modificación se profirió antes de la fecha de cierre del concurso de méritos.

De otra parte, advierte el recurrente que la modificación introducida con el adendo 4 fue sustancial, por lo que es necesario hacer una comparación entre lo contenido inicialmente en los términos de referencia y el adendo 4, en lo relacionado con la experiencia específica del proponente; así en el numeral 1.9 de los términos de referencia se indicó (transcripción literal):

"1.9.- EXPERIENCIA DEL PROPONENTE

"Para determinar la experiencia del proponente éste deberá suministrar la información requerida en los formularios No. 05 'Experiencia General del Proponente', y No. 06 'Experiencia Específica del Proponente'.

"Para evaluar la experiencia general el proponente relacionará y acreditará los contratos en los cuales se haya desempeñado como administrador

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013, expediente: 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571), M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Fls. 52 y 53, c. pruebas.

delegado en cualquier tipo de obra. **Para evaluar la experiencia específica el proponente relacionará y acreditará los contratos en los cuales se haya desempeñado como constructor, cualquiera haya sido la modalidad de pago:** precios unitarios; precio global; reembolso de gastos y pago de honorarios y como consultor (02); especialidad (09) suministro de agua y saneamiento; grupo (02) saneamiento.

“Lo anterior excluye la experiencia adquirida por el proponente como director de obra y residente de obra en construcción de interventoría.

“La acreditación de esta información, tratándose del sector público como de las personas jurídicas del sector privado, se hará así:

“Para la experiencia general:

“1. Con la certificación del contratante o con el acta de liquidación final del contrato, suscrita esta última por el contratista y por el representante legal del contratante, en el cual el proponente se haya desempeñado como constructor consultor.

“Si el proponente acredita su experiencia con certificaciones, estas deberán contener la siguiente información: nombre del contratante y del contratista; objeto del contrato y su valor; valor ejecutado; forma de pago, cantidades de obra ejecutadas, fecha de iniciación; fecha de terminación, si no está liquidado; fecha de liquidación, si está liquidado.

“Para la experiencia específica:

“1. Cuando el contrato esté ejecutado: **con la certificación del contratante** o con el acta de liquidación final del contrato, suscrita esta última por el contratista y por el representante legal del contratante, en el cual el proponente se haya desempeñado como constructor o consultor.

“Si el proponente acredita su experiencia con certificaciones, éstas deberán contener la siguiente información: nombre del contratante y del contratista; objeto del contrato y su valor; valor ejecutado, fecha de iniciación; fecha de terminación, si no está liquidado; fecha de liquidación, si esta liquidado.

“2. Cuando el contrato está suspendido: **con la certificación suscrita por el contratante** donde conste nombre del contratante; el nombre del contratista; el objeto del contrato; la fecha de iniciación, la fecha de suspensión; y el valor ejecutado hasta la fecha de suspensión. También se puede acreditar con las actas parciales de obra presentadas hasta la fecha de la suspensión, suscritas por el contratista y por el interventor.

“3. Cuando el contrato esté en ejecución: **con la certificación suscrita por el contratante** donde conste el nombre del contratante; el nombre del contratista; el objeto del contrato; la fecha de iniciación y el valor ejecutado. También se puede acreditar con las actas parciales presentadas, suscritas por el contratista y por el interventor.

“Cuando los contratos se hayan celebrado con personas naturales del sector privado el proponente deberá acompañar la certificación con los contratos de obra. LA CRC se reserva el derecho de verificar esta información documental con la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

“En los contratos de administración delegada, además, para efectos de evaluación, se informará el valor de la obra ejecutada más el valor de los honorarios del administrador delegado.

“Un contrato relacionado y apropiadamente acreditado no se evaluará tanto en la experiencia general como en la específica. El proponente clasificará y ubicará el anexo correspondiente si se trata de experiencia general o específica.

“CUANDO EL PROPONENTE NO ACREDITE UNO CUALQUIERA DE LOS CONTRATOS RELACIONADOS, O CUANDO LA ACREDITACIÓN NO SE REALICE CON LOS DOCUMENTOS EXIGIDOS EN ESTE NUMERAL, **SE INVALIDARÁ LA PROPUESTA**”²⁷ (fl. 46 a 48, c. pruebas – negrillas adicionales).

El adendo 4 adicionó el numeral 1.9, en los siguientes términos:

“1.- OBJETO: adicionar el numeral 1.9 – EXPERIENCIA DEL PROPONENTE, en lo referente a la experiencia específica:

“Cuando el proponente sea un urbanizador y ejecutor de sus propias obras solamente será válido como experiencia específica, su desempeño como constructor y diseñador. La acreditación de esta experiencia deberá hacerla con las certificaciones expedidas por la empresa de servicios públicos, que de acuerdo con los códigos de urbanismo o los reglamentos internos de cada empresa de servicios públicos, haya recibido las obras, en la cual conste que su ejecución ha sido llevada a cabo de conformidad con el proyecto y que el urbanizador fue el diseñador del proyecto” (fl. 38, c. pruebas).

Como se puede observar, el adendo 4 no introdujo ninguna modificación en el punto de la experiencia específica, sino que precisó o llenó el vacío que contenía el mismo en lo referente a quién debía certificar la experiencia del proponente cuando este fuera el urbanizador de sus propias obras.

Obsérvese que en los términos de referencia no se contempló esa posibilidad, por lo que solo se había señalado que las certificaciones relacionadas con la experiencia específica debían ser expedidas por el contratante; en consecuencia, la entidad tuvo la necesidad de indicar cuál certificación sería válida, para efectos del concurso, en los casos en que el proponente fuera urbanizador de sus propias obras.

²⁷ Se deja de presente que los términos de referencia allegados al proceso por la entidad demandada, en atención al auto de pruebas, contienen notas a mano alzada al margen del texto, enmendaduras y tachaduras; sin embargo, la Sala solo tomará en cuenta el texto impreso en ellos.

Por lo tanto, tal aclaración no resulta sustancial, pues no tocó aspectos como el objeto del concurso, ni asuntos relacionados con los criterios de selección, ni algún aspecto que hiciera más gravosa la participación de los proponentes, por lo que se concluye que la entidad actuó dentro del marco legal al adicionar el numeral 1.9 con el adendo 4, de modo que no se encuentra acreditado que la entidad haya actuado con desviación de poder.

3.3.- Ahora, en lo que tiene que ver con que la aclaración derivada del adendo 4 resultaba inocua porque era irrelevante para la comparación de las propuestas, la Sala observa que no le asiste razón al apelante.

En virtud del principio de economía, el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 prohibió a las entidades estatales hacer exigencias meramente formales, como pedir “sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas” y demás requisitos no previstas en la ley. El mismo precepto legal, en su inciso segundo, vigente para la época de los hechos²⁸, prescribió: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

De allí se colige que había expresa prohibición legal de rechazar las ofertas cuando los proponentes omitieran allegar documentos exigidos en los pliegos de condiciones o bases de contratación, que no fueran esenciales para hacer la comparación de las ofertas y, por ende, para hacer la asignación de los respectivos puntajes; al respecto, esta Sección dijo:

“Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de

²⁸ Esta disposición fue derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

febrero de 1987²⁹, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: *"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"*; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores"³⁰.

Así las cosas, la administración está en el deber legal de considerar las propuestas presentadas, no obstante que se advierta la ausencia de algunos de los requisitos diferentes de aquellos que son necesarios para la asignación de puntaje, sin que esto signifique que el proponente se encuentre exonerado de cumplir con la totalidad de requisitos y la aportación de documentos previstos en el pliego de condiciones.

A manera de ilustración y sin que ello signifique que en el caso concreto se esté dando aplicación a la ley 1150 de 2007, toda vez que está claramente determinado que el régimen aplicable corresponde al previsto en la Ley 80 de 1993, resulta conveniente precisar, a propósito de los requisitos a que se viene haciendo referencia -unos indispensables para la comparación de las ofertas, que tienen la virtud de otorgar puntaje, y otros que no lo son-, que el artículo 5º de la citada ley hizo una importante distinción entre estas dos clases de exigencias.

Así, el numeral 1 *ibídem* se refirió al cumplimiento de los requisitos que no otorgan puntaje y que son materia de simple verificación, a los cuales denominó como "habilitantes para la participación en el proceso de selección", referidos todos ellos al proponente, entre los cuales señaló: la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y la organización. La verificación de estos requisitos no se encuentra atribuida a la administración, sino que corresponde efectuarla a las Cámaras de Comercio.

²⁹ Nota del original: "Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta".

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 25000-23-26-000-1994-09827-01(16540), sentencia del 4 de febrero de 2010, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Por su parte, el numeral 2 ibídem consagró requisitos que dan lugar a la asignación de puntaje, los cuales no tienen que ver con los oferentes sino con las propuestas presentadas y se encaminan a determinar cuál es la más favorable a los intereses de la administración.

En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos, por causales previstas en la ley, hipótesis bajo la cual la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declaran apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Se tiene, entonces, que la objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación, plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados, además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y de transparencia-, también sean conocidos por sus competidores, con el propósito de controvertirlos³¹.

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente: 25000232600019990185001 (25397), M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En este caso, se encuentra demostrado que en los factores de escogencia se incluyó lo relacionado con la experiencia específica del proponente, ítem al que se le otorgó un puntaje máximo de 400, así³²:

“5.4.- FACTORES DE ESCOGENCIA

“LA CRC hará la evaluación teniendo en cuenta los siguientes factores de escogencia, sobre una asignación máxima de 1000 puntos, de acuerdo con los siguientes puntajes para cada uno de los factores:

	FACTOR DE EVALUACIÓN	PUNTAJE MÁXIMO
1	Experiencia general del proponente	350
2	Experiencia específica del proponente	400
3	Experiencia de los profesionales propuestos	150
4	Valor de la propuesta	100

En el informe del comité de evaluación del 7 de noviembre de 2000, se lee:

“B. EXPERIENCIA ESPECIFICA:

“...

“B.2.- Propuesta: Constructora Carpol Ltda:

A folio 19 obra el formulario No. 6 en el cual relaciona seis (6) contratos como experiencia específica sobre su experiencia como constructor, diseñador e interventor de las Urbanizaciones Aida Lucía y Villa del Viento, en su condición de urbanizador y ejecutor de sus propias obras. La acreditación la hace a través de certificaciones expedidas por la Gerente de AV Villas, sucursal Popayán que obran a folios 20 a 32. Conforme al adendo No. 04 de 10 de octubre de 2000, cuando el proponente sea urbanizador y ejecutor de sus propias obras, solamente se le reconocerá su desempeño como constructor y diseñador, siempre y cuando la acreditación de esta experiencia la haga con las certificaciones expedidas por la empresa de servicios públicos que haya recibido las obras. Por la razón anterior las certificaciones expedidas por la Gerente de AV Villas, sucursal Popayán, no son documento idóneo de acreditación de la experiencia específica y por lo tanto se invalida la propuesta al tenor del párrafo final del numeral 1.9 de los términos de referencia” (fl. 81, c. pruebas).

³² Fl. 59, c. pruebas.



Ahora bien, frente a la anterior calificación la Constructora Carpol Ltda. no formuló ninguna observación.

Así las cosas, se tiene que los documentos que acreditaban la experiencia específica del proponente sí eran objeto de evaluación, pues se les asignaba un puntaje (400), de suerte que -sin duda- eran necesarios para la comparación de las propuestas, motivo por el cual, al no cumplirse con lo exigido en el adendo 4, la Corporación Autónoma Regional del Cauca estaba facultada para invalidar la propuesta del actor.

Adicionalmente, de conformidad con lo que se ha venido explicando, la entidad demandada tenía autonomía para fijar los términos de referencia y, en consecuencia, el hecho de que las certificaciones expedidas por la corporación AV Villas le hubieran sido aceptadas al demandante en otras licitaciones no hacía obligatorio que se valoraran o tomaran en cuenta en el trámite del concurso CRC-CM-02-2000, pues este último era un proceso de selección por completo independiente de aquellas; máxime, si se tiene en cuenta que en cada adjudicación se deben respetar las especificidades de cada licitación o concurso.

En consecuencia, los argumentos contenidos en el recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

4.- Condena es costas

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

Modifícase la sentencia proferida el 26 de octubre de 2004 por el Tribunal



Administrativo del Cauca, la cual queda así:

- 1.- **Declárase** la caducidad de la acción respecto de las pretensiones indemnizatorias.
- 2.- **Niéganse** las demás pretensiones de la demanda.
- 3.- Sin condena en costas.
- 4.- En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA