

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente (E): HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014)

RADICACIÓN: 250002326000200100748 01
EXPEDIENTE: 30614
ACTOR: CONSORCIO EDGARDO NAVARRO VIVES – EQUIPO UNIVERSAL S.A.
DEMANDADO: DISTRITO CAPITAL – UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PUBLICOS
REFERENCIA: ACCION CONTRACTUAL - APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil cinco (2005), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera –Sala de Descongestión, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLARASE probada de oficio la falta de LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA.

“SEGUNDO: INHIBASE (sic) la Corporación para proferir fallo de fondo sobre las pretensiones de la demanda conforme la parte considerativa de esta providencia.

“TERCERO: Sin condena en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 3 de abril de 2001, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con poder otorgado por quien obra en calidad de representante del Consorcio Edgardo Navarro Vives- Equipo Universal S.A., se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera: Que es nula la Resolución número 19 de febrero diecinueve (19) del dos mil primero (2001), expedida por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital, mediante la cual se adjudicó la licitación pública número 013 de 2000 a la Unión Temporal Serafín 2.001.

“Segunda: Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Alcaldía Mayor del Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos ,

a pagar al Consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A. como reparación, el valor de los perjuicios materiales causados, consistentes en la utilidad que habría obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato, los cuales corresponde a \$2.889.155'409.367,00, o de conformidad con lo que resulte probado en el proceso.

“Tercera: Que adicionalmente, sobre las anteriores sumas se ordene pagar la correspondiente corrección monetaria, intereses y ajustes a que haya lugar.

“Cuarta: Que si hubiera oposición se condene en costas a la entidad demandada.”

2. Los hechos.

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

2.1. Mediante Resolución No. 0205 del 7 de diciembre de 2000, el DISTRITO CAPITAL – UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PUBLICOS ordenó la apertura de la Licitación No. 013 de 2000, cuyo objeto consistió en la selección de la oferta más favorables para contratar, por el sistema de precios unitarios fijos, la construcción de la primera etapa del cementerio distrital Parque Serafín.

2.2. A través de oficio del 29 de diciembre de 2000, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, en respuesta a solicitud de aclaración elevada por uno de los oferentes, informó que en el medio magnético entregado junto con los pliegos de condiciones se encontraba contenida toda la información relacionada con el presupuesto de obra.

2.3. Se sostiene en la demanda que el medio magnético entregado al proponente consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal no contenía los subcapítulos correspondientes a las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los mausoleos, razón por la cual en su oferta no se especificó ese aspecto. Con todo, en el cálculo de tiempo de actividades o programación de la obra, el consorcio señaló un período para ejecutar las instalaciones eléctricas e hidrosanitarias de los mausoleos 1 y 2.

2.4. La entidad estatal contratante rechazó la propuesta del consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal con fundamento en la causal prevista en el numeral 8.1 del pliego, por cuanto consideró que al omitir en el presupuesto de obra la información concerniente a los subcapítulos de las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los mausoleos 1 y 2, la oferta se encontraba incompleta y no era posible

realizar la evaluación objetiva.

2.5. La Licitación No. 013 de 2000 fue adjudicada al proponente unión temporal Serafín 2001, mediante Resolución No. 19 del 19 de febrero de 2001.

2.6. Sostiene el libelista que de no haber sido rechazada su oferta habría resultado favorable con la adjudicación, pues en caso de haberse sometido a evaluación habría obtenido un puntaje superior al de la unión temporal Serafín.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invocó como vulnerados las siguientes normas:

Artículos 2, 6, 13, 83 y 124 de la Constitución Política.

Para el demandante, el Distrito Capital transgredió los principios de igualdad, buena fe, transparencia y responsabilidad que rigen la actuación administrativa, dado que con su comportamiento indujo al consorcio actor a error que se concretó en llevarlo al convencimiento de que el medio magnético suministrado junto con los pliegos de condiciones contenía todos y cada uno de los ítems del presupuesto de obra, cuando la realidad era otra y, a la postre, fue dicha circunstancia la que condujo al rechazo de su oferta por encontrarse incompleta respecto de los ítems, supuestamente, solicitados en el medio magnético.

Artículos 23, 24, 25, 26, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993.

Estimó que la entidad demandada incurrió en omisión al no incluir en el medio magnético que se le entregó al consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A., toda la información a la que debía sujetarse en la confección de la propuesta. Incluso, desde otra óptica, anotó que podría afirmarse que su propuesta fue la única que observó todos los lineamientos trazados tanto en el pliego como en el medio magnético que lo integraba y, por el contrario, fueron las demás ofertas las que se apartaron de los requisitos allí contemplados.

A ello sumó que la entidad obró en flagrante contradicción con los fines de la contratación estatal, habida cuenta que desconoció el derecho de los administrados a recibir información clara, expresa y precisa sobre la licitación en comento, en cuanto desatendió la carga de claridad y precisión que orienta la elaboración de todos los documentos que de ella emanan durante la etapa precontractual.

4. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, mediante providencia del 23 de mayo de 2001, admitió la demanda ordenando notificarla a la entidad estatal contratante, lo cual se surtió mediante diligencia realizada el 26 de junio de 2001.

Por auto del 19 de septiembre de 2001, se ordenó la apertura del período probatorio.

5. Contestación de la demanda – Distrito Capital.

La entidad demandada aportó escrito de oposición dentro del término de ley. En esa oportunidad se presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento fáctico y jurídico.

En cuanto a los hechos de la demanda sostuvo que el medio magnético suministrado a todos los proponentes que adquirieron pliegos para participar en la licitación No. 013 de 2000, contenía toda la información correspondiente al presupuesto de obra necesario para la estructuración de las propuestas, incluidos los capítulos denominados mausoleos 1 y 2 con sus correspondientes subcapítulos. En este punto advirtió que no era posible explicar con base en qué criterios se realizaron en la propuesta del demandante, los cálculos de costo y duración para los capítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas que fueron incluidos en la propuesta, cuando, según la parte actora, no se contaba con la información suficiente para tal fin.

Advirtió que si la propuesta del consorcio demandante omitió en la presentación de los subcapítulos mencionados el listado de cantidades de obra, precios unitarios y el valor total de la propuesta, la consecuencia en los términos de los pliegos de condiciones, era proceder a su rechazo, pues insiste en que el medio magnético suministrado contenía toda la información para todos los interesados en participar dentro del proceso licitatorio.

Señaló además que frente a las observaciones presentadas por el demandante al informe de evaluación, la entidad contestó que uno de los requisitos para poder confeccionar la programación de obra era conocer las cantidades de la misma, dado que sin esta información no era posible hacer consistente el programa de trabajo. En

consecuencia no resultaba viable los cálculos de la duración para los capítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas sin poseer información acerca de las cantidades necesarias para la mismas.

En ese sentido expresó que la duración de las actividades correspondientes a los capítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los frentes mausoleos 1 y 2, son inconsistentes porque tales actividades se originan en las cantidades de obra expresadas en el presupuesto, por manera que al no existir las cantidades referentes a esos capítulos, en dicho documento es imposible darle el soporte requerido para efectuar la estimación del tiempo necesario para su ejecución.

Al respecto, indicó que la entidad estatal en ningún momento indujo a error al proponente demandante, pues todos los medios magnéticos entregados tenían la misma información. Con base en ello afirmó que el Distrito dio estricta aplicación a las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con los principios de transparencia, economía, legalidad y responsabilidad que rigen la función administrativa y que no resultaba admisible que el demandante pretendiera imputarle a la Administración los efectos connaturales a su propia negligencia, máxime cuando todos los participantes se sujetaron al cumplimiento de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones.

Como soporte de lo expuesto se realizó un recuento de las consideraciones que sobre el particular se plasmaron en el acto administrativo de adjudicación.

Por lo demás, propuso como excepción:

Ausencia de causales que invalidez los actos administrativos demandados:

Como sustento del medio exceptivo precisó que el acto de adjudicación fue debidamente expedido, en cuanto el procedimiento seguido para la escogencia del contratista fue adecuado y acorde con los parámetros suministrados a los participantes, tanto en la prueba documental, como en el medio magnético, por lo cual no concurre ninguna causal de nulidad que lo invalide.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 17 de noviembre de 2004 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y concepto de fondo.

Las partes presentaron su respectivo escrito de alegaciones en el que, en esencia, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación a la misma, así como se refirieron a las pruebas practicadas durante el debate procesal.

El Ministerio Público guardó silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia, atendiendo a las siguientes razones:

En primer lugar se pronunció frente a los presupuestos procesales de la acción. En relación con la caducidad sostuvo que en consideración a que el acto cuya nulidad se pretendía se había notificado el 21 de febrero de 2001 y la demanda se había presentado el 3 de abril de 2001, se concluía con claridad que la acción se ejerció dentro del término de 30 días previstos en el inciso artículo del 87 del C.C.A., acción que además resultaba procedente por versar sobre la declaratoria de nulidad del acto que adjudicó la licitación No. 013 de 2000.

Encontró legitimado en la causa por pasiva al Distrito Capital, por ser la entidad que expidió el acto demandado.

En este mismo punto, estimó que el representante del consorcio carecía de facultades para conferir poder en orden a demandar judicialmente la nulidad del acto que adjudicó la licitación, ya que en el documento consorcial no se le otorgaron facultades expresas en ese sentido.

A ello sumó que no existía legitimación en la causa por activa, tras observar que el consorcio concurrió al proceso a través de su representante. Destacó que el consorcio no constituía una persona jurídica y, por lo tanto, carecía de capacidad jurídica para ser parte en un proceso judicial, debiendo comparecer cada uno de los miembros que lo integraban.

Así pues, luego de citar varios pronunciamientos de esta Corporación, relativos a la materia, concluyó que no era viable que el representante del consorcio otorgara poder para iniciar la presente acción comoquiera que el consorcio no constituía una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que lo conforman, por lo cual correspondía a estos conferir el mandato judicial correspondiente. Con fundamento en lo anterior declaró la falta de legitimación en la causa por activa y se inhibió para conocer el fondo del asunto.

8. El recurso de apelación.

El consorcio demandante, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La sustentación de la alzada estribó principalmente en que a pesar de que la jurisprudencia sobre el tema de la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer a juicio no ha sido pacífica y últimamente se ha asentado una tesis jurisprudencial, aun no consolidada, de conformidad con la cual el consorcio no es una persona jurídica distinta a los miembros que lo conforman, lo cierto es que en este caso las partes conformaron el consorcio no solo con el propósito de presentar la oferta, suscribir y ejecutar el contrato, sino además con el de ejercer todas las acciones judiciales en orden a hacer valer el interés legítimo de cada uno de los titulares.

En consecuencia, concluyó que el representante del consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A., tenía facultades para representar los intereses jurídicos unidos en el acuerdo consorcial y, en desarrollo de ello, para reclamar su protección ante la justicia contenciosa a través de los cauces legales procedentes.

Así mismo recalcó que la Ley 80 de 1993 estableció que el representante del consorcio tiene amplias facultades para representar los intereses de sus integrantes, por lo que mal podría interpretarse que la amplitud de esa facultad se habría de encontrar restringidas a eventos que no comportaran la órbita de lo jurisdiccional, pues si la ley no distinguió ese aspecto no resultaría del resorte del interprete hacerlo.

Conforme lo expuesto concluyó afirmando que el representante de un consorcio, para todos los efectos, tiene capacidad jurídica y aptitud para hacer valer sus derechos no solo durante el trámite administrativo, sino ante las instancias judiciales.

9. Actuación en segunda instancia.

Mediante providencia del 25 de agosto de 2005, esta Corporación admitió el recurso de alzada.

Por medio de providencia del 30 de septiembre de 2007 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado la parte demandada allegó su respectivo escrito de alegaciones en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por considerar acertada la decisión del a quo en cuanto el representante del consorcio no se encontraba facultado legalmente para ejercer la representación judicial de las sociedades que lo integraban. Sin perjuicio de lo anterior, precisó que no se encontraba demostrado que la oferta de la adjudicataria unión temporal Serafín 2001, no fuera la mejor y, por contera, que la del consorcio demandante fuera la más favorable.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

Posteriormente, encontrándose el proceso al Despacho para dictar sentencia, a través de proveído del 29 de octubre de 2013, se advirtió que no se había vinculado al proceso, como litisconsorte necesario por pasiva, a la unión temporal Serafín 2001 conformada por la sociedad Constructora Doken Ltda. y Víctor Manuel Chávez Peña, en su condición de adjudicataria del contrato de obra correspondiente a la licitación pública No. 013 de 2000, cuyo acto administrativo de adjudicación dio lugar al presente proceso en donde demanda se pretende su declaratoria de nulidad. En consecuencia se ordenó poner en conocimiento de la unión temporal Serafín, a través de su representante, en los términos del artículo 315 del C.P.C., la posible configuración de la causal de nulidad prevista en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil para que la alegara.

La anterior notificación se llevó a cabo el 1 de abril de 2014, según se evidencia de las constancias secretariales visibles a folios 278 a 281 de la presente actuación, sin que el término posterior la unión temporal Serafín 2000 hubiese alegado la causal de nulidad advertida.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado.

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 19 del 19 de febrero de 2001, por medio de la cual el Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos adjudicó la licitación pública No. 013 de 2000 a la Unión temporal Serafín 2001.

En este punto se recuerda que la entidad demandada, Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, es una entidad territorial y, por tanto tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, teniendo en habida cuenta que la parte demandada tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de establecimiento público, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

2. De la oportunidad de la acción.

¹ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas 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.

“(...).”

En este punto, la Sala considera de la mayor importancia poner de presente que la demanda de la referencia se presentó el 3 de abril de 2001, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en procura de la nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 19 del 19 de febrero de 2001 mediante la cual el Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos adjudicó la licitación No. 013/00 a la unión temporal Serafín 2001. Dicha decisión fue notificada al consorcio demandante mediante oficio del 21 de febrero de 2001.

Al respecto, la Sala recuerda que en reciente oportunidad esta Subsección se pronunció frente a las hipótesis espacio temporales en relación con el ejercicio de la acción procedente contra los actos previos.

“A propósito del ejercicio oportuno de la acción procedente para cuestionar la legalidad y obtener el restablecimiento del derecho en relación con un acto previo a la celebración del contrato –tal como puede ocurrir con el acto administrativo de adjudicación, o con el acto de declaratoria de desierto de una licitación o incluso con el acto de revocatoria de la decisión de apertura del correspondiente procedimiento de selección contractual–, cuestión que se relaciona íntimamente con la prosperidad de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el proponente ilegalmente privado de la adjudicación del correspondiente contrato estatal, la Sala considera pertinente precisar un aspecto adicional que permite darle una comprensión cabal y una aplicación práctica, útil y efectiva a los dictados del citado artículo 87 del C.C.A., sin que ello signifique modificar y menos desconocer o recoger la jurisprudencia que de manera pacífica se ha venido desarrollando acerca de la consagración, aparentemente contradictoria o antinómica, de dos (2) términos de caducidad diferentes para cuestionar, en sede judicial, un mismo y único acto administrativo previo al contrato: treinta (30) días si el contrato no se ha celebrado o dos (2) años a partir de la celebración del contrato correspondiente.

Naturalmente resultaría absurdo y carente de toda lógica suponer que el legislador hubiere consagrado, sin más, dos (2) términos de caducidad completamente distintos para un mismo y único propósito, de tal manera que el interesado pudiese utilizarlos indistintamente a su conveniencia, a tal punto que si por razón de su desidia, de su negligencia o de su descuido no hubiere demandado el acto administrativo previo dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según fuere el caso, ello no tendría consecuencia práctica alguna puesto que igual contaría entonces con una nueva y amplísima oportunidad de dos (2) años –nuevo plazo que superaría en duración al primero en más del 1.700%²–, para igual promover la demanda contra el mismo acto previo sólo que ahora debería complementar sus pretensiones con las de declaratoria de nulidad del contrato estatal ya celebrado, pretensión que no sería más que una consecuencia de la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo previo que le sirvió de fundamento al contrato en cuestión³.

² Comparando 30 días hábiles con 520 días hábiles, correspondientes a 52 semana de 5 días hábiles por cada uno de los 2 años.

³ “Según la Corte Constitucional, la nueva versión del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo situó nuestro sistema en medio camino, entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, aquella de la inseparabilidad de los mismos, además que combina las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de la eficacia y celeridad consagrados en el

Tampoco podría admitirse sin cuestionamiento lógico al respecto, que al consagrar los dos (2) aludidos términos de caducidad, el legislador hubiere querido dejar en manos de la entidad estatal contratante y de su respectivo contratista u oferente adjudicatario, la posibilidad de privar al proponente ilegalmente vencido de toda opción válida y efectiva para acudir ante la jurisdicción competente en procura de obtener el restablecimiento de los derechos que le hubieren sido conculcados con la expedición del ilegal acto administrativo previo de adjudicación, por el hecho único de que las partes del contrato estatal procedan a celebrarlo en el mismo día de la adjudicación o en un término inmediatamente siguiente a ese momento, cuestión que trae como efecto la extinción de la opción de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que únicamente abre la posibilidad de acudir al ejercicio de la correspondiente acción contractual o, igualmente, que a voluntad de las partes del contrato se reduzca sensiblemente el brevísimo término de caducidad de 30 días según que el perfeccionamiento del vínculo tuviere lugar, por ejemplo, a tan sólo 1, 3 o 5 días después de la adjudicación.

Así pues, con el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. –norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, puesto que la presentación de demandas con posterioridad a la última fecha señalada se han de regir por las nuevas disposiciones consagradas en el artículo 164-2-c) de la Ley 1437–, la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran y aclarar así los efectos que se derivan de dicha disposición.

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.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁴.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

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 previos⁵, 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 de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere 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.

⁴ Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la *reducción al absurdo*, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto - puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del *efecto útil de la norma*.

⁵ 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.

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 adjudicación del contrato estatal correspondiente⁶."⁷(subrayado fuera de texto).

Una de las hipótesis cuya posible configuración fue objeto de reflexión en esa providencia, es precisamente la que ahora ocupa la atención de la Sala, en la que la acción instaurada en búsqueda de la nulidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 013, se ejerció dentro de los 30 días siguientes a la notificación del demandado acto de adjudicación, circunstancia que impone concluir que el demandante podía válidamente solicitar, como en efecto lo hizo, el restablecimiento de su derecho presuntamente conculcado por cuenta de la adjudicación a un proponente que no habría presentado la oferta más favorable

Así pues, en el caso sometido a examen, la Sala evidencia que el acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 19 del 19 de febrero de 2001, fue notificado al proponente demandante mediante oficio No. 0940 del 21 de febrero de 2001; de ahí que el término de treinta días habría empezado a correr a partir del día siguiente a la notificación de la adjudicación, valga decir, desde el 22 de febrero de 2001, período que venció el 5 de abril del mismo año. Se advierte, además, que la demanda se interpuso el 3 de abril de 2001, esto es dentro del término de treinta días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, cuestión que habilitaba la formulación y eventual prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

De otro lado, resulta imperioso precisar que en el caso concreto se desconoce la fecha en que se celebró el contrato producto de la Licitación No. 013-2000, por cuanto dicho dato no se indicó en la demanda. Ese desconocimiento por parte de la

⁶ 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.

⁷ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

demandante, según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Subsección⁸, se erige como un obstáculo que impide exigirle la obligación de demandar conjuntamente la nulidad absoluta del contrato suscrito como resultado del procedimiento de selección y, en tal virtud, tener por configurada una ineptitud sustantiva de la demanda. Por el contrario, abre paso a analizar la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda.

3) Del saneamiento de la posible configuración de la causal de nulidad advertida en auto del 29 de octubre de 2013.

En relación con el saneamiento de las nulidades, el Consejo de Estado, tanto en pronunciamientos de Sala Plena⁹ como de la su Sección Tercera¹⁰– ha precisado:

“A propósito del régimen legal de las nulidades procesales, importa destacar que el mismo se encuentra orientado, entre otros, por los principios de i) taxatividad o especificidad y de ii) convalidación o saneamiento, con sujeción a los cuales se tiene, en virtud del primero, que no será posible invocar y menos aplicar causales de nulidad que no hubieren sido expresamente consagradas por el legislador –única autoridad, junto con el Constituyente claro está, con facultades para establecer y definir las causales de nulidad-, y, por razón del segundo, que las causales de nulidad que no se propongan o no se aleguen en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, desaparecen por razón de su saneamiento.

⁸ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 12 de febrero de 2014, expediente 31.753, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. *“Por otra parte, se debe tener presente que en este proceso no se tuvo noticia de la fecha de celebración del contrato de obra adjudicado mediante el acto administrativo demandado, puesto que no hubo mención de tal hecho ni en la demanda de la parte actora, ni en la contestación de la demanda por parte del Municipio de Purificación, al paso que sólo se supo que el contrato correspondiente se firmó con el número 176 de 2000, sin conocerse su fecha de celebración, por cuanto este dato se allegó al proceso a través de la Resolución No. 0082 de 20 de marzo de 2001 de la Alcaldía Municipal de Purificación, la cual fue citada por el Consorcio Luis Eduardo Gómez y otro, como anexo de la contestación a la demanda el 17 de febrero de 2003, todo lo cual lleva a concluir que para la fecha de la demanda no se conocía ni se debía conocer por la parte actora, el contrato correspondiente a la adjudicación realizada mediante el acto administrativo acusado y, en consecuencia, en este caso particular no se puede imponer al demandante la carga de haber impugnado el contrato junto con el acto de adjudicación.*

Igualmente se observa que en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 01 de 2000 se estableció que la firma del contrato se realizaría dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la minuta correspondiente por parte del proponente seleccionado⁸ y sobre esa base se mencionó en el adendo No. 2 la fecha de firma el 5 de octubre de 2000, no obstante lo cual no se conoció en este proceso cuál fue la fecha de entrega de la minuta al Consorcio Luis E Gómez y otro, como tampoco se conoció hecho alguno del que se pueda inferir la fecha en que finalmente se suscribió el contrato de obra correspondiente, por lo cual -se reitera- no hay lugar a exigir la integración de la demanda con la pretensión de nulidad del contrato celebrado.

La Sala acude a la anterior precisión toda vez que la conclusión acerca de la ineptitud de la demanda se ha impuesto en otros casos teniendo en cuenta la aplicación del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ante la falta de integración de la pretensión de nulidad del contrato celebrado en la demanda contra el acto previo de adjudicación, puesto que en aquellos litigios se probó que el contrato se celebró antes de la presentación de la demanda y que fue conocido o debió conocerse por parte del demandante, lo cual constituye una hipótesis fáctica diferente a la que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

Así las cosas, los hechos probados en este proceso no permiten imputar la falta de una demanda en forma con relación con la integración de la pretensión de nulidad del contrato, el cual –como se observó- no se encontró como celebrado para la fecha de la demanda y, por lo tanto, mal puede configurarse la ineptitud de la demanda. Por el contrario, en este caso no cabe duda acerca del deber de conocer de fondo sobre las pretensiones oportunamente impetradas.

⁹ Auto de 22 de abril de 2008, exp. C-110010315000200800180 00.

¹⁰ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 15.779, reiterada por esta Subsección en sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 17.721.

“

Esos aspectos generales que se dejan expuestos en relación con la estructura del régimen relativo a las nulidades procesales encuentran complemento necesario en el señalamiento igualmente exacto y concreto que la propia ley realiza acerca de los únicos eventos en los cuales no es posible sanear los vicios que están llamados a afectar la validez de las actuaciones procesales (artículo 144, inciso final, C. de P. C.), cuestión que, como excepción a la regla de la convalidación, sólo puede predicarse respecto de las causales comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 140 del estatuto procesal civil, las cuales dicen relación con: **a).**- La falta de jurisdicción (artículo 140-1); **b).**- La falta de competencia funcional (artículo 140-2); **c).**- El desconocimiento de providencia ejecutoriada proveniente del superior, la reanudación de un proceso legalmente concluido o la pretermisión íntegra de la respectiva instancia (artículo 140-3), y **d).**- La tramitación de la demanda por proceso diferente al que corresponde (artículo 140-4).

Las demás causales de nulidad procesal, esto es las que se encuentran consagradas dentro de los numerales 5 a 9 del citado artículo 140 del C. de P. C., son subsanables, cuestión que debe tenerse por cumplida 'Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente' (artículo 144-1, C. de P. C.), hipótesis que guarda total armonía con la norma procesal, igualmente imperativa, de orden público y de derecho público (artículo 6 C. de P. C.), en virtud de la cual se niega categóricamente la posibilidad de alegar cualesquiera de las causales de nulidad saneables '... [a] quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla' (artículo 143, inciso 6, C. de P. C.), amén de la disposición procesal que determina que las demás irregularidades que se configuren dentro del proceso, distintas de las consagradas en los numerales 1 a 9 del citado artículo 140 del C. de P. C., '... se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece' (parágrafo, artículo 140, C. de P. C.).

De ello se desprende, de manera diáfana, que la posibilidad de alegar las causales de nulidad susceptibles de saneamiento –al igual que sucede con las demás irregularidades que se configuren dentro de un proceso, distintas de las causales legales de nulidad procesal-, es una posibilidad que se encuentra sometida a precisas y determinadas etapas procesales cuyo vencimiento determina su preclusión, a lo cual debe agregarse que dicho saneamiento supone la convalidación de la actuación lo cual puede darse bien por manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada o bien por consentimiento tácito, como el que corresponde a la realización de actuaciones posteriores sin alegación de la nulidad correspondiente".

Según se advirtió en la descripción del trámite procesal, a través de auto del 29 de octubre de 2013, esta Sección observó que en la primera instancia no se había dispuesto la vinculación de la unión temporal Serafín 2001, como litisconsorte necesario por pasiva en su condición de adjudicataria de la Licitación No. 013-2000, decisión que constituye precisamente el objeto de la demanda. Esta circunstancia habría podido derivar en la configuración de la causal de nulidad del numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual se dispuso ponerla en conocimiento de dicha sociedad.

Con todo, a pesar de que el representante de la unión temporal Serafín 2001, Víctor Manuel Chávez Peña, mediante aviso del 1 de abril de 2014, fue debidamente notificado de la existencia de este proceso y de la posible configuración de la causal de nulidad, guardó silencio frente al vicio advertido, pasividad a partir de la cual se entiende saneado todo lo actuado en el presente asunto antes de su comparecencia.

4. Las pruebas aportadas al proceso.

A continuación se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

4.2 Pruebas documentales.

4.2.1. Copia auténtica de la Resolución No. 19 del 19 de febrero de 2001 por la cual el Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos adjudicó la licitación No. 13 de 2000, cuyo objeto consistió en la construcción de la primera etapa del cementerio Parque Serafín, a la Unión Temporal Serafín 2001, en cuyo contenido se plasman los términos en que fueron elevadas las observaciones al informe de evaluación y las respuestas que sobre las mismas impartió la entidad y que por ser de especial importancia se transcriben a continuación (fls. 2-98 c2):

"OBSERVACION No. 3

"En lo que se refiere al rechazo de la propuesta por la omisión de ítems en el presupuesto de obra, solicitamos se modifique tal decisión ya que el consorcio elaboró el presupuesto con base en la información suministrada por la entidad en el medio magnético y este no solicita la misma información que solicita el pliego en lo referente a las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los mausoleos.

En su carta aclaratoria con fecha 29 de diciembre de 2000 dirigida al doctor Jorge Francisco Pinzón de la firma CONCONCRETO se dice "Con relación a la prelación probatoria entre uno y otro medio debo indicarle que dichos documentos son válidos para la entidad ya que contienen la información sobre la cual los proponentes deben presentar sus ofrecimientos. El medio magnético contiene la información que la entidad ha tomado como presupuesto oficial y contiene todos y cada uno de los ítems que lo conforman y sobre el cual se hará la evaluación de la propuesta.

Por lo anterior solicitamos a la entidad se califique la propuesta por haber cumplido totalmente por lo solicitado por la entidad en el medio magnético. El consorcio que represento aclara que está en condiciones de ejecutar la obra en su totalidad, asumiendo aun el costo de los ítems de los mausoleos que aparecen en escrito y no el medio magnético, o en su defecto que se declare desierta la licitación ya que la confusión que produjo la omisión en la información en el medio magnético no permite una evaluación objetiva.

RESPUESTA DE LA UESP

Para la UESP, es claro, que en el procedimiento de venta de los pliegos de condiciones se adjuntó PARA TODOS LOS OFERENTES QUE LOS ADQUIRIERON, un idéntico medio magnético que contenía las cantidades de obra y presupuesto con la totalidad de los ítems sobre los cuales debía confeccionar sus ofrecimientos los concursantes.

Esto es reafirmado por los oferentes U.T. Concreto – Cusezar y Edivial – Germon, quienes adquirieron los pliegos de condiciones al señalar mediante oficios fechados el día 29 de diciembre que existía diferencia entre el medio escrito y el medio magnético suministrados, al faltarles unas hojas que contenían la información referente a unos ítems del presupuesto de obra, de lo cual se infiere que el medio magnético contenía la totalidad de los ítems solicitados por la entidad.

“En las respuestas dadas por la UESP a la solicitud de información, al cual fue remitida a todos los oferentes que adquirieron pliegos de condiciones, incluyendo al consorcio equipo Universal – Edgardo Navarro Vives, se les informó que ‘revisados los pliegos de condiciones se observa que los folios contentivos de los ítems comprendidos entre los números 4.9.6 a 6.3.1 de mausoleos 1 y 4.9.6 de basuras, no se anexaron a los pliegos de condiciones, por lo cual se informa que dichas cantidades están contenidas en el medio magnético entregado con dichos documentos.

Con relación a la prelación probatoria entre uno y otro medio, debo indicarle, que dichos documentos son válidos para la entidad ya que contienen la información sobre la cual los proponentes deben presentar sus ofrecimientos. El medio magnético contiene la información que la entidad ha tomado como presupuesto oficial y contiene todos y cada uno de los ítems que lo conforman y sobre el cual se hará la evaluación de las propuestas.’

“Por último le remito copia de los folios que contienen la información solicitada por ustedes en forma de texto, ya que ustedes tienen esa misma información en el medio magnético.

(...)

De lo anterior se infiere que la única diferencia que existió entre los medios de información entregados a los proponentes es la información faltante en el medio escrito, la cual contiene los ítems de presupuesto a que hacen relación los oficios transcritos anteriormente, es decir, a la información relativa a las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas están contenidas en el medio magnético.

De otra parte, la propuesta presentada por el Consorcio Equipos Universal Edgardo Navarro, no presenta en la relación de presupuesto de obra los capítulos referentes a las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, capítulos contenidos en los en los dos medios que se suministraron a los oferentes y complementado el medio escrito, con las comunicaciones que se le enviaron, cuestión que es nuevamente corroborada al presentarse los ofrecimientos de los restantes oferentes con la totalidad de los ítems solicitados por la UESP y que en ningún momento se hizo mención dentro de las aclaraciones solicitadas por los mismos.

Al tenerse claro que los medios magnéticos y escritos suministrados a los oferentes contenían la totalidad del presupuesto de obra y la descripción, unidad y cantidad de todos los ítems solicitados, afirmación que es corroborada por la presentación completa de las ofertas de los demás oferentes, puede concluirse que todos los oferentes manejaron la misma información, disponían del soporte suficiente para identificar la omisión inicial de la información en el medio escrito y

podían establecer la correspondencia de ambos medios de información. Pero si aún persistiera alguna duda sobre la descripción, unidad y cantidad de los distintos ítems, todos los oferentes tuvieron tiempo para presentar sus cuestionamientos a la administración en forma oportuna. En consecuencia se rechaza la observación.

OBSERVACION NO. 4

En lo referente a la programación de la obra, solicitamos se califique ya que en el folio 111 aparece la programación de los capítulos hidrosanitario y eléctrico de los mausoleos 1 y 2 en los números 75, 76, 91 y 92 del cuadro de programación. Por lo anterior, no se incumplió con este requisito y se le debe asignar el puntaje correspondiente a este criterio.

Sin embargo queremos anotar que estos capítulos de los mausoleos no aparecían en el medio magnético entregado por la entidad, razón por la cual no se conocían lo subcapítulo de estas actividades. A pesar de esto el consorcio programó estas actividades ya que en el medio magnético aparecen mencionados estos capítulos sin cantidades.

RESPUESTA DE LA UESP uno de los requisitos para poder confeccionar la programación de obra es conocer las cantidades de la misma. Sin esta información no puede hacerse consistente tal programa de trabajo.

Aparece para la UESP el interrogante que tiene relación con la observación anteriormente planteada y es que de cómo se realizaron los cálculos de las duraciones para los capítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas sin poseer la información de las cantidades, las cuales son absolutamente necesarias para dicho fin.

La duración de las actividades correspondientes a los capítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los frentes Mausoleos 1 y mausoleos 2, son inconsistentes porque tales actividades en las cantidades de obra expresadas en el presupuesto y al no existir las cantidades referentes a esos capítulos, en dicho documento, es imposible darle el soporte requerido para efectuar la estimación del tiempo necesario para su ejecución.

Por lo anterior se rechaza la observación."

4.2.2. Copia auténtica del oficio No. 0940 del 21 de febrero de 2001 por medio del cual el Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos informó al consorcio Edgardo Navarro Vives - Equipo Universal S.A. que mediante resolución No. 19 del 19 de febrero del 2001 se adjudicó la licitación No. 013-2000 a la unión temporal Serafín 2001 (fl. 1 c2).

4.2.3. Copia auténtica de la constancia de notificación personal de la resolución No. 019 del 19 de febrero de 2001 al señor Víctor Manuel Chávez Peña en calidad de representante de la unión temporal Serafín 2001 (fl. 99 c2).

4.2.4. Cuadro comparativo de las propuestas realizado por el demandante (fls. 100 c2).

4.2.5. Copia simple del documento de conformación del consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A. (fls. 101-106 c2).

4.2.6. Certificado de existencia y representación de la sociedad Equipo Universal S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (fl. 107-110 c2).

4.2.7. Copia auténtica de la solicitud de aclaración a los pliegos de condiciones elevada por el oferente unión temporal Edivial – Germón (fl. 112 c2).

4.2.8. Copia auténtica del oficio del 29 de diciembre de 2000 mediante el cual la entidad contratante dio respuesta a la anterior solicitud (fl. 113-119 c2).

4.2.9. Copia auténtica de la solicitud de aclaración a los pliegos de condiciones elevada por el oferente Conconcreto (fl. 112 c2).

4.2.10. Copia auténtica del oficio del 29 de diciembre de 2000 mediante el cual la entidad contratante dio respuesta a la anterior solicitud (fl. 121-125 c2).

4.2.11. Diskette correspondiente a la licitación No. 013, aportado por la entidad pública con la contestación de la demanda (fl. 126 c2).

4.2.12. Copia auténtica del pliego de condiciones correspondiente a la licitación No. 013 de 2000 cuyo objeto consistió en seleccionar la propuesta mas favorable para contratar por el sistema de precios unitarios fijos, las obras correspondientes a la construcción de la primera etapa del cementerio distrital "Parque Serafín" (fls. 127-204 c2)

En el numeral 8 de dicho documento se consignó lo siguiente:

"8.- CAUSALES DE RECHAZO

Además de los casos de rechazo expresamente contemplados en la Ley o en el pliego, LA UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS rechazará cualquiera o todas las propuestas antes de la adjudicación del contrato, que se encuentra incursas en las siguientes causales:

8.1. Las propuestas que estén incompletas en cuanto a que no cumplen lo especificado o dejen de incluir alguno de los documentos que de acuerdo con el pliego se requiera adjuntar a la propuesta y dicha deficiencia impida la evaluación objetiva de la propuesta.

4.2.13. Copia auténtica de la resolución No. 205 del 7 de diciembre de 2000 por la cual se ordenó la apertura de la licitación pública No. 013 de 2002 (fls. 36-39 c2).

4.2.14. Copia auténtica del acta de apertura y sello de urna de la licitación No. 013 de 2000 (fls. 40 c2).

4.2.15. Copia auténtica del acta de visita al terreno del parque cementerio Serafín, propiedad del Distrito Capital (fls. 41-44 c2).

4.2.16. Copia auténtica del acta de audiencia de aclaraciones a los pliegos de la licitación No. 013-2000 (fls. 46-62 c2).

4.2.17. Copia auténtica del adendo No. 1 de la licitación No. 013 de 2000 (fls. 67-75 c2).

4.2.18. Copia auténtica del adendo No. 2 de la licitación No. 013 de 2000 (fls. 76 c2).

4.2.17. Copia auténtica del acta de cierre de la licitación No. 013 de 2000, suscrita el 29 de diciembre de 2000 en la que consta que los siguientes proponentes presentaron ofertas: Union temporal Edivial – Germón, consorcio Ecoparques 2000, consorcio Edgardo Navarro Vives- Equipo Universal S.A, unión temporal Serafín 2001 y unión temporal Conconcreto- Cusezar (fls. 78-80 c2).

4.1.18. Informe de evaluación de las ofertas presentadas dentro de la licitación No. 013-2000 (fls. 85-119 c2).

4.2. Prueba testimonial.

4.2.1. Declaración rendida por el arquitecto Carlos Cesar Rocha Velasco, quien sobre los hechos de la demanda, manifestó (fls. C3):

“PREGUNTADO: Sírvase Arquitecto Rocha informar a este Despacho los motivos por los cuales la Unidad de Servicios Públicos rechazó la oferta presentada por el consorcio Edgardo Navarro Vives- Equipo Universal. CONTESTADO: Básicamente la oferta fue rechazada al encontrar la unidad que dentro de la evaluación de las propuestas que la presentada por la unión temporal equipo Universal Edgardo navarro había omitido capítulos correspondientes a instalaciones hidráulicas e instalaciones eléctricas en los temas del monsoleo (sic) 1 y 2. Al leer detenidamente los pliegos que fueron entregados por la unidad en el momento de la compra de los mismos, se nos entregó la copia también en medio magnético. Analizando la propuesta para entregarla, observamos que en los pliegos decía que la evaluación sería en base a los pliegos de condiciones y a los medios magnéticos, donde prevalecería en caso de discrepancia la del medio magnético, en efecto así se hizo y se dio cumplimiento a lo mismos, enviando la oferta de acuerdo al medio magnético entregado por la unidad. Cuando la entidad publicó los resultados vimos con sorpresa que la entidad no había tenido en cuenta lo que dicen los pliegos de que el medio magnético era el que prevalecía y nos descalificó, a pesar de que hicimos las observaciones del caso dentro del proceso. PREGUNTADO: Sírvase arquitecto Rocha informar a este Despacho porque cree usted que la entidad afirma que la en el (sic) medio magnético que se entregaron a los proponentes, contenía todos los ítems a ofertar. CONTESTADO: La entidad puede afirmar que le entregó a los oferentes el

medio magnético digamos que completo, y yo no podría decir lo contrario, pero en el caso de nosotros nos entregó un disket que nos indujo al error y que fue aportado a este proceso como prueba en su respectivo momento. PREGUNTADO: Sírvase Arquitecto Rocha informar a este despacho cómo es posible que ustedes en sus ofertas hayan presentado un programa de trabajo que incluía como actividades la elaboración de los ítems que no fueron cotizados. CONTESTADO: la entidad en el momento de enviarnos el medio magnético y el impreso, estipula desde un principio unas actividades a ejecutar y nosotros por nuestra experiencia y el desarrollo mismo de la obra nos indica que hay un tiempo determinado para esos ítems que podrían ser motivo de unos adicionales posteriores de obras no previstas sin que afecte el desarrollo de las mismas."

4.3. Prueba pericial

4.3.1. Dictamen rendido por los peritos Humberto Puerta Gómez y José Luis Mejía Ocampo, contador público e ingeniero, respectivamente, practicado con el fin de establecer si en caso de no haber sido rechazada la propuesta del consorcio demandante, la misma habría ocupado el primer orden de elegibilidad, así como los perjuicios causados por cuenta de la no adjudicación. Al dictamen se anexaron dos diskettes aportados por la entidad pública con base en los cuales se rindió la experticia. (c5).

5. De la sentencia de unificación en relación con la capacidad procesal de los representantes legales de los consorcios y uniones temporales.

La demanda materia de controversia que se resuelve en segunda instancia fue instaurada a través de apoderado judicial, quien exhibió poder otorgado para su ejercicio por el señor Edgardo Navarro Vives, representante del consorcio EDGARDO NAVARRO VIVES- EQUIPO UNIVERSAL S.A.

El Tribunal a quo consideró que la parte activa carecía de legitimación en la causa para actuar en el presente debate por cuanto, de conformidad con la jurisprudencia de antaño de esta Corporación, el consorcio y las uniones temporales no tenían representación ajena e independiente en relación con las sociedades o personas que la conformaban, cuestión por la cual concluyó que eran los representantes legales de cada una de las sociedades miembros del consorcio los llamados a otorgar poder para ejercer su representación judicial.

La parte actora formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia advirtiendo que el Estatuto de Contratación Estatal había conferido a los representantes de esa figura la facultad para actuar en nombre de las personas que lo integraban, no solo en el ámbito administrativo sino en los terrenos jurisdiccionales.

Para resolver la cuestión puesta a consideración, se advierte que en reciente pronunciamiento¹¹ la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la postura jurisprudencial que hasta entonces se encontraba vigente en punto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para comparecer a juicio, ya fuere como integrantes del extremo activo o pasivo de la litis, para, en su lugar, adoptar la tesis según la cual si bien tanto la figura de los consorcios como de las uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las conforman, lo cierto es que en atención al reconocimiento que el estatuto de contratación estatal hace y les otorga respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilita para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanan de los contratos estatales cuya celebración se les autoriza, también pueden actuar dentro de los procesos judiciales a través de su representante. Así quedó expuesto en la sentencia de unificación que a continuación se transcribe en el aparte pertinente, por resultar de plena aplicación en orden a analizar el debate que aquí debe resolverse:

“Rectificación y unificación de la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

(...)

*Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a*

¹¹ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.*

*Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”¹²*

En consecuencia, con sujeción a la sentencia de unificación que se deja parcialmente transcrita, la Sala encuentra que las consideraciones del Tribunal de primera instancia en punto a la falta de legitimación por activa no son de recibo, en tanto se encuentra debidamente acreditado que el consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A., compareció al proceso a través de su representante, quien, a su vez, otorgó poder en debida forma a un profesional del derecho para que acudiera a la instancia judicial en ejercicio de la acción de nulidad restablecimiento objeto del presente pronunciamiento. Por tanto, la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa habrá de ser revocada y se abordará el correspondiente estudio de fondo del caso.

6) De la incorporación de las causales de rechazo de las ofertas en los pliego de condiciones.

En orden a abordar el análisis pertinente, la Sala advierte que el marco jurídico del procedimiento de Licitación No. 013 fue gobernado por la Ley 80 de 1993 – norma aplicable para la época en que se dio apertura al respectivo procedimiento- en cuyo contenido se hallan los principios y disposiciones que fungen como sustento para la elaboración de los pliegos de condiciones.

¹² Ibídem.

En reiterados pronunciamientos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la entidad estatal contratante, dada su condición de directora del procedimiento de selección contractual, ostenta cierta autonomía en la confección del pliego de condiciones, propósito para el cual tienen facultad para incorporar los requisitos que deben reunir los oferentes. De igual forma, esta Corporación ha sido categórica al considerar que dicha autonomía en modo alguno es absoluta, en tanto en su ejercicio no podrán desconocerse las reglas y principios de estirpe constitucional y legal que orientan la contratación estatal.

En esa misma línea debe advertirse que en ejercicio de dicha facultad la entidad podrá establecer requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. En contraposición a la premisa expuesta, se deriva que la amplitud de su facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan a la selección objetiva del futuro colaborador de la Administración y, por el contrario, obstaculicen o impidan la materialización del referido principio

En línea con lo anotado ha de advertirse que si bien, según lo consagra el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las propuestas deben acatar las exigencias previstas en el pliego de condiciones, no es menos cierto que dicha previsión necesariamente debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del mismo Estatuto¹³ según el cual 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 similares términos ha sido sostenido por la jurisprudencia de esta Corporación:

“Por su parte, el numeral 2 ibídem consagró aquellos requisitos que efectivamente dan lugar a la asignación de puntaje, los cuales recaen ya no sobre los oferentes sino sobre las propuestas presentadas y que conllevan a determinar cuál resulta ser la más favorable a los intereses de la administración.

“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

¹³ El inciso 2º fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero reiterado en esa misma ley en los términos del párrafo primero de su artículo 5 de conformidad con el cual “Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos ...”.

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.”¹⁴

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección ha profundizado sobre el fundamento de las causales de rechazo o descalificación de las propuestas que se introducen en los pliegos de condiciones:

“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 declarará apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

“A manera de ejemplo, resulta perfectamente válido que la Administración excluya alguna de las propuestas presentadas, cuando hubiere comprobado que el oferente se encontraba incurso en alguna(s) de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, previstas en los artículos 8 y 9º de la Ley 80 de 1993, para participar en la licitación o el concurso, puesto que así se lo autoriza la ley.

“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 adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular¹⁵, 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 o 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 transparencia- también sean conocidos por sus competidores¹⁶ con el propósito de controvertirlos, independientemente del mecanismo de calificación que haya sido planteado en los pliegos o términos de referencia.”¹⁷

¹⁴ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 21 de noviembre de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁵ Según Dromí, “Este derecho conforma una situación jurídica especial a favor de cada uno de los licitadores, denominada en la doctrina y en la práctica administrativa “derecho subjetivo”. El derecho de ser contratista o adjudicatario se sitúa en la categoría de los derechos condicionados, *diritti affievoliti*, que en nuestra legislación equivalen al “interés legítimo”, el que obviamente también involucra el derecho subjetivo de participar en los procedimientos, en virtud de los cuales se valorarán las ofertas y se elegirá la más conveniente para el licitante”

¹⁶ Artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

¹⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, 4 de junio de 2008, Expediente: 17783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

7) Análisis del caso.

La Sala encuentra que el problema jurídico que se impone resolver en esta oportunidad se contrae a determinar si en el caso de la Licitación No. 013 de 2001 procedía o no el rechazo de la propuesta presentada por el consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A., propósito para el cual resulta menester indagar si los pliegos de condiciones que regían dicha licitación y que fueron entregados al consorcio demandante (los cuales se conformaban por medio escrito y medio magnético, entiéndase diskette) se encontraban completos y resultaban coincidentes con aquellos suministrados al resto de proponentes o, si por el contrario, adolecían de ciertas falencias, específicamente en lo que toca a la falta inclusión en el medio magnético de los subcapítulos de instalaciones hidrosanitarias e instalaciones eléctricas de los mausoleos 1 y 2 en el presupuesto de obra, que hubieran conducido al proponente demandante a error en la estructuración de su propuesta y así lo situaran en el supuesto previsto para proceder al rechazo de la misma.

En orden a resolver lo anterior, la Sala parte por señalar que del análisis en conjunto de todas las pruebas que obran en el plenario, principalmente aquellas relativas al procedimiento administrativo de selección, se evidencia que la licitación No. 03 de 2000 adelantada por el Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, en efecto, se gobernó por un pliego de condiciones integrado tanto por documentos escritos, como por un medio magnético (diskette), los cuales fueron entregados a cada uno de los interesados.

Ahora bien, señala el libelista que la información contenida en el diskette entregado al consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A, se encontraba incompleta en cuanto el presupuesto de obra no contenía los subcapítulos referentes a las instalaciones hidrosanitarias e instalaciones eléctricas de los mausoleos 1 y 2. De ahí que para la demostración de esa omisión que se le imputaba la Administración Distrital, resultaba imprescindible para al operador judicial revisar la información contenida en el diskette entregado al demandante durante la convocatoria, a efectos de verificar la supuesta ausencia de los mencionados ítems, sin embargo tal revisión no se hace posible por las razones que a continuación se explican.

En efecto, en el acápite de los medios de prueba de la demanda, en la letra c del folio 17, se anunció que se anexaba *“medio magnético que contiene el archivo del presupuesto de obra, de conformidad con el cual se debía ofertar dicho ítem”*, sin embargo en la constancia secretarial del Tribunal de Primera Instancia que da cuenta

de los documentos y anexos que se aportaban con la demanda, no se hizo mención a la existencia de tal medio magnético.

A su turno, la entidad pública demandada al contestar la demanda, allegó varias pruebas, entre ellas, un medio magnético (diskette) el cual se identificó como *“Medio magnético que contiene el presupuesto de obra oficial entregado a todos y cada uno de los proponentes y que dan cuenta de la integralidad de los distintos ítems en los presupuestos de obra.”*

Posteriormente, en el auto de pruebas se ordenó la práctica de un dictamen pericial solicitado por la parte actora, a cargo de dos peritos, en la especialidad de contaduría pública e ingeniería civil. Una vez posesionados del cargo, los peritos solicitaron a la Secretaría del Tribunal de primera instancia que les entregara el diskette que reposaba en el plenario con el fin de tener en cuenta su contenido para rendir la experticia. En orden a atender la solicitud de los auxiliares de la justicia, la Secretaría evidenció que el expediente de la referencia, con todos sus cuadernos, se había extraviado, cuestión que motivó que el Despacho del Magistrado sustanciador ordenara su reconstrucción en los términos del artículo 133 del Código de Procedimiento Civil. En la respectiva diligencia adelantada en mayo de 2003 con ese preciso fin, la parte actora allegó copia de la demanda y de otros documentos, pero no así del diskette inicialmente aportado. Por su parte, la entidad demandada, aportó nuevamente la contestación de la demanda, los documentos adjuntos a la misma y la copia del diskette con la información que, según afirmó, se le había entregado a todos y cada uno de los proponentes que habían acudido a la convocatoria. (fls. 15-16 c3).

En el entretanto los peritos, previo a rendir el dictamen, solicitaron a la entidad demandada copia del diskette que habían suministrado a los proponentes al momento de abrir la licitación. Así mismo, los auxiliares de la justicia solicitaron a la parte actora una copia del medio magnético que en su momento le fue entregado por el Distrito a raíz de la adquisición de los pliegos con el fin de proceder al respectivo cotejo.

La entidad pública atendió la solicitud de los peritos y les hizo llegar la copia del diskette solicitada. Sin embargo, la demandante manifestó no tenerlo en su poder. De lo expuesto se deduce que el dictamen se rindió exclusivamente con base en el medio magnético que les entregó la entidad pública demandada y nunca tuvieron en su poder el que supuestamente aportó la parte actora con la demanda.

Continuando con el análisis de lo ocurrido, la Sala evidencia que posteriormente, de conformidad con el informe secretarial del 12 de noviembre de 2003, los cuadernos correspondientes al expediente se ubicaron en el Despacho del Magistrado sustanciador del proceso en la primera instancia, por lo que en adelante se continuó la actuación en los cuadernos originales. (fl. 70 c1).

Todo lo anterior, a juicio de la Sala, resulta relevante para precisar que no obstante haberse extraviado el expediente durante el trámite de la primera instancia y haberse ordenado su reconstrucción como consecuencia de la pérdida, lo cierto es que el mismo, finalmente, y antes de dictar sentencia de primera instancia, apareció con todos los documentos que en él reposaban al momento de su extravío, no empero lo cual en el contenido de los anexos de la demanda no se encontró el diskette que supuestamente se había aportado en un inicio por el demandante, lo que permitiría inferir que en realidad tal elemento nunca fue adjuntado por el actor, pues además de no haberse dejado constancia de su existencia cuando se recepcionó la demanda en la Secretaría del Tribunal, cuando apareció el expediente la parte actora guardó silencio frente a la ausencia del mismo.

Constituía pues carga del demandante demostrar que el medio magnético entregado por la entidad cuando adquirió el pliego de condiciones del cual hacía parte integral, no contenía los subcapítulos que alegó echar de menos, carga que en principio parecería que no se satisfizo en debida forma, pues nunca apareció el medio magnético que supuestamente adjuntó el consorcio demandante a su demanda. A ello debe sumarse que el contenido de las tres copias del diskette aportadas por la entidad pública en el trámite de la primera instancia¹⁸ y que, según afirma, reproducen el contenido de la información suministrada a todos y cada uno de los proponentes que adquirieron los pliegos, corroboran lo contrario a lo afirmado por el apelante, pues son exactas entre sí y, en efecto, contienen, en el presupuesto de obra, la descripción de los subcapítulos correspondientes a instalaciones hidrosanitarias e instalaciones eléctricas de los mausoleos 1 y 2, que supuestamente no se incluyeron en aquel que se entregó al consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A.

Con todo, teniendo en cuenta que, como viene de explicarse, el proceso de la referencia tuvo un trámite un tanto accidentado en la primera instancia por haber sido objeto de pérdida durante un lapso considerable, la Sala estima que esa circunstancia impide tener absoluta certeza acerca de si en efecto el demandante desatendió su

¹⁸ La entidad pública aportó al proceso el diskette en tres copias que fueron allegas en el siguiente orden: uno con la contestación de la demanda, otro en la diligencia de reconstrucción del expediente y el último mediante oficio No. 2764 del 23 de julio de 2002, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos y dirigido a los auxiliares de la justicia.

carga de allegar al plenario el medio magnético entregado como parte de pliego de condiciones o si a pesar de haber sido allegado tal diskette con la demanda, el mismo se refundió cuando se extraviaron los cuadernos originales.

En virtud de esta incertidumbre, la Sala considera viable continuar con el análisis del caso para efectos de advertir que aun si en gracia de discusión se hubiese acreditado que, en efecto, dentro del diskette entregado al demandante por la entidad estatal contratante no se hallaban los subcapítulos correspondientes a instalaciones hidrosanitarias e instalaciones eléctricas de los mausoleos 1 y 2, lo cierto es que tal acontecer no habría resultado suficiente para concluir que la demandada no ha debido disponer el rechazo de la propuesta del consorcio apelante, con fundamento en dos razones esenciales.

En primer lugar recuerda la Sala que durante el término para elevar solicitudes de aclaración frente al pliego de condiciones, varios de los proponentes, específicamente las uniones temporales CONCRETO- CUEZAR y EDIVIAL – GEMON, formularon preguntas en relación con la información contenida tanto en el medio escrito como el magnético y centraron sus inquietudes en cuál de las dos formas prevalecía. Frente a ello, la entidad respondió que ambos medios eran válidos para estructurar su propuesta, es decir, no existía prelación entre uno y otro, pues no contenían datos contradictorios en ellos, además de lo cual agregó que el medio magnético contenía la información que la entidad había tomado como presupuesto oficial y contenía cada uno de los ítems que lo conformaban y sobre el cual se haría la evaluación de la propuestas.

Así también al advertir los mencionados proponentes en sus solicitudes de aclaración que existía una información que no había sido incluida en el medio escrito pero si en el magnético, la entidad precisó que la información debía ser presentada conforme al escrito y complementada en los términos de los ítems previstos en el archivo magnético.

De lo expuesto es viable concluir que existía información que no había sido plasmada en el pliego escrito pero si en el magnético, de tal forma que ambos elementos se complementaban, sin que pudiera afirmarse que lo contenido en el diskette primaba sobre el texto escrito y, menos aún que lo reemplazaba, sencillamente, se integraban y el dispositivo magnético suplía aquellos datos que no se no encontraban registrados en el papel.

En consecuencia, a partir de las aclaraciones al pliego de condiciones a las que se ha hecho referencia, no existía para los proponentes duda acerca de la dualidad de los

medios que lo conformaban tanto escrito como magnético, los cuales se integraban sirviendo ambos de base para estructurar las propuestas, al punto que la información no prevista en el texto impreso debía diligenciarse conforme se determinaba en el diskette.

Al respecto la Sala estima la necesidad de reiterar las consideraciones que en pasada oportunidad expuso esta Subsección en relación con la fuerza vinculante de que están revestidas las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones, con independencia de que las mismas se encuentren o no vertidas en un documento identificado con el rótulo de adendo:

“5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

“(…).

Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos¹⁹, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un “Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla.”²⁰ De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

¹⁹ Art.7 del Decreto 2474 de 2008. Derogado por el art.9.2 del Decreto 734 de 2012.

Artículo 7°. *Modificación del pliego de condiciones.* Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2025 de 2009. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009.

²⁰ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.

Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de "adendo", la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones." ²¹

Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial al que se ha hecho referencia, resulta propio en esta oportunidad advertir que la fuerza vinculante de las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones cobija no sólo a la Administración por ser ella, que en su calidad de configuradora de los pliegos de condiciones y directora del procedimiento contractual, debe cumplir la carga de claridad de las reglas del procedimiento de selección, sino también a los oferentes quienes, a su turno, deben cumplir con varias cargas que les impone el orden legal por el hecho de aspirar a convertirse en colaboradores de la Administración, camino que deben recorrer con arreglo a las disposiciones que el ordenamiento jurídico contempla sobre la materia y con sujeción a los lineamientos que para ese fin haya previsto válidamente el pliego de condiciones. Dentro de esas cargas precisamente se encuentra la de acatar las aclaraciones que sobre las cláusulas de los pliegos de condiciones haya precisado, de manera oportuna y con la publicidad requerida, la entidad estatal contratante, a riesgo que de no observarlas se obtenga un resultado desfavorable en el procedimiento licitatorio.

Retomando el análisis que se ha emprendido en punto a los medios escrito y magnético que formaron parte integrante del pliego de condiciones, la Sala reitera que uno no primaba frente al otro, pues la función del diskette era complementar la información no registrada en el papel, sin que ello implicara que esta última debiera desecharse.

En síntesis, si se aceptara hipotéticamente que el medio magnético entregado al consorcio demandante no contenía, en el presupuesto de obra, los subcapítulos

²¹ Subsección A, Sección Tercera, 16 de septiembre de 2013, expediente No. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

correspondientes a las instalaciones hidrosanitarias e instalaciones eléctricas de los mausoleos 1 y 2 y en consideración a que, como se anotó, el medio magnético no reemplazaba el escrito sino que los complementaba, no se explica la Sala por qué el actor no diligenció dicha información conforme al anexo 5 de la parte escrita del pliego de condiciones en donde claramente para el presupuesto de obra se registraron en el número 7, los subcapítulos de instalaciones eléctricas tanto para mausoleos 1 y 2 que a su turno se subdividieron en: salidas de alumbrado y tomacorrientes eléctricos, transformador, tablero e interruptores automáticos, acometidas y pantallería, y donde también se encontraba contenido en el número 6 el subcapítulo de instalaciones hidrosanitarias, al menos en lo concerniente al mausoleo 2.

A este último vale añadirse que aun cuando en el texto escrito del pliego no figuraba completo –aunque sí mucho más de la mitad del mismo– el subcapítulo de instalaciones hidrosanitarias correspondientes al mausoleo 1, y continuando bajo la hipótesis de que tampoco se encontraba incluido en el medio magnético como lo sostiene el libelista, de todas maneras a partir de la repuesta a la solicitud de aclaración al pliego emitida por la entidad a Conconcreto S.A., se puso en conocimiento del demandante de la existencia de este capítulo –existencia que por demás era evidente del mismo texto escrito del pliego–, pues junto a la repuesta se anexaron las páginas contentivas del mismo que reposaban en el medio magnético. Ha de tenerse en cuenta que las respuestas a la aclaraciones se hicieron llegar a todos los proponentes, tal y como se desprende de la mención que sobre esta en particular realizó el propio demandante en el escrito de observaciones al informe de evaluación en el cual expresamente se pronunció en relación con esa respuesta.

Sin embargo, aun a sabiendas de que el medio magnético no reemplazaba el escrito, el demandante ignoró por completo las exigencias conforme las cuales debían diligenciarse el presupuesto de obra en todos sus ítems contemplados en el texto escrito y a las precisiones impartidas e información brindada en las respuestas a las aclaraciones del pliego y al estructurar su propuesta, en lo que toca al presupuesto de obra, dejó de lado la existencia los referidos subcapítulos no obstante estar contenidos en el pliego impreso, así como en las respuestas a la aclaraciones de dicho documento.

En segundo lugar y por razones estrechamente ligadas a las anteriormente anotadas, la Sala encuentra de recibo las razones de defensa expuestas por la demandada al sostener que no existe explicación válida para que el proponente consorcio Edgardo Navarro Vives- Equipo Universal S.A., hubiese diligenciado el anexo de programación de obra, incluyendo los subcapítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, sin haber

tenido en cuenta el soporte de la duración de dichos trabajos, el cual necesariamente correspondía a las cantidades de obra de esos subcapítulos que supuestamente le eran desconocidos.

Al respecto se recuerda que de conformidad con el numeral 2.1.1. del pliego de condiciones, modificado por el Adendo No. 1, la programación de construcción se elaboraría por capítulos, para cuyo propósito debía realizarse un diagrama con la siguiente información: capítulo, duración tiempo, comienzo actividad, predecesor, semana 1, semana 2. Así mismo, el proponente debía especificar la jornada de trabajo, el flujo de inversión mensual en obra por capítulos, el programa de inversión del anticipo y el cuadro de duración de cada capítulo por actividad.

Sobre el particular cabe precisar que si bien no obra en el expediente la propuesta presentada por el consorcio demandante, lo cierto es que el efectivo y real diligenciamiento de ese aparte del pliego denominado "programación de obra" puede inferirse de las manifestaciones realizadas por el mismo demandante en el trámite de las observaciones al informe de evaluaciones, específicamente en la observación No. 4 en la cual sostuvo: *"En lo referente a la programación de la obra, solicitamos se califique ya que en el folio 111 aparece la programación de los capítulos hidrosanitario y eléctrico de los mausoleos 1 y 2 en los números 75, 76, 91 y 92 del cuadro de programación. Por lo anterior, no se incumplió con este requisito y se le debe asignar el puntaje correspondiente a este criterio."*

Así pues, la Sala se pregunta cómo habría sido posible calcular el tiempo de duración de cada una de las actividades, incluyendo las relativas a las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los mausoleos 1 y 2, sin haber conocido las cantidades de obra que debían ejecutarse respecto de todos los capítulos, en los cuales se entienden incluidos por supuesto los subcapítulos de instalaciones hidrosanitarias y eléctricas de los mausoleos 1 y 2. De haber sido cierto que desconocía los referidos subcapítulos en lo que toca a la estructuración del presupuesto de la obra, por qué entonces los introdujo en la programación de la misma, sí, como buen especialista de las ciencias constructivas, debía suponer que todo aquello que programara ejecutar en el tiempo debía estar necesariamente estimado en términos de cantidades como se exigía en el anexo de presupuesto de obra.

Ahora bien, si se mira desde otra óptica habría de decirse que de ser real el hecho de que en el medio magnético entregado al proponente no se encontraron incluidos los pluricitados subcapítulos, aun en ese evento no podría hablarse de que tal omisión condujo al proponente a incurrir en un error, pues la circunstancia relativa al

diligenciamiento de la programación de obra incluyendo en ella los subcapítulos que supuestamente faltaban en el presupuesto de obra, pone en evidencia que el proponente conocía perfectamente que los mismos debían incluirse al presupuestar la obra como el mismo lo supuso. Sin embargo, aun siendo evidente que al parecer existía una inconsistencia entre la información requerida para el presupuesto de obra y para la programación de la misma, guardó silencio frente a su supuesta ausencia en el diskette, estructuró su propuesta sin incluir tal información y solo vino alegarlo cuando ya las propuestas habían sido evaluadas, es decir cuando ya se encontraba precluida la oportunidad para hacerlo.

Conforme todo lo expuesto, la Sala considera que la causal de rechazo prevista en el numeral 8.1. del pliego de condiciones, de conformidad con la cual ésa sería la consecuencia para una propuesta incompleta en cuanto no cumpliera con lo especificado o dejara de incluir algún documento que de acuerdo con el pliego se requiriera adjuntar a la propuesta y dicha deficiencia impidiera la evaluación objetiva de las propuestas, causal que fue aplicada con todo rigor al proponente ahora demandante, se encuentra ajustada a lo consagrado en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1998, norma que gobernó el procedimiento de selección²², según el cual 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 esa medida, para la Sala la causal de rechazo en mención fue válidamente incorporada por el Distrito Capital al pliego de condiciones, por manera que estaba llamada a surtir plenos efectos en el caso concreto de la propuesta presentada por el consorcio Edgardo Navarro Vives – Equipo Universal S.A., tras verificar que en el presupuesto de obra no se incluyó el cálculo de precios por cantidades relativo a dos subcapítulos de los ítems de mausoleos 1 y 2 del cementerio cuya construcción constituía el objeto de la licitación que dio como resultado el acto de adjudicación demandado, omisión que como resulta apenas natural la convertía en una oferta incompleta, lo cual impedía su comparación objetiva con aquellas propuestas que si observaron todos los lineamientos del pliego de condiciones.

Todo cuanto acontece resulta suficiente para concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 0013 identificado con el número 19 del 19 de febrero de 2001.

²² El inciso 2º fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero reiterado en esa misma ley en los términos del párrafo primero de su artículo 5 de conformidad con el cual "Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos ...".

No obstante, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto declaró la falta de legitimación en la causa por activa actora y se inhibió para resolver el fondo del asunto, en tanto en su lugar procede denegar las súplicas de la demanda.

4. condena en costas.

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

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 19 de enero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Sala de Descongestión, de conformidad con las razones que anteceden y en su lugar se dispone:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda.*

“SEGUNDO: *Sin condena en costas.”*

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Reconocer personería al doctor JOSE GABRIEL CALDERON GARCIA como apoderado de la entidad demandada, en los términos del poder visible a folio 272 de la presente actuación.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre