



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

Consejero Ponente: **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 760012331000 200102942 01

EXPEDIENTE: 39066

ACTOR: CONSORCIO RAMÍREZ - HORMAZA

DEMANDADO: METROCALI S.A.

REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual se despacharon negativamente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

El 4 de julio de 2001², el consorcio Ramírez - Hormaza, en ejercicio de la acción contractual dirigida en contra Metrocali S.A., solicitó que, previa citación de la parte demandada, de AGREMEZCLAS S.A. y del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en la demanda):

“2.1. Se declare la NULIDAD de la **Resolución No. 078 del 21 de mayo de 2001**, expedida por la empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal, METROCALI S.A., por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. MC-PU-05-2000, correspondiente al Grupo 3, para la construcción de la Carrera 70 y demás obras complementarias, por cuanto se adjudicó a un proponente que no cumplía con los requisitos del Pliego de Condiciones y con violación de disposiciones de la Ley 80/93, tal como se expresa en esta demanda.

“2.2. Como consecuencia de la declaración anterior y de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80/93, se declare la **NULIDAD ABOSLUTA** del Contrato de Obra Pública celebrado como efecto de la adjudicación de la Licitación Pública No. MC-PU-05-2000, correspondiente al Grupo 3 y celebrado por METROCALI S.A. con

¹ La demanda obra a folios 302 a 325 del cuaderno 1.

² Reverso folio 302 del cuaderno 1.

AGREMEZCLAS S.A.

"2.3. Se declare que la propuesta más favorable entre las concursantes que cumplieran con todos los requisitos de elegibilidad, entre ello, tener vigente la garantía de seriedad de la propuesta, era la presentada por el Consorcio Ramírez - Hormaza y debió ocupar el primer puesto en el orden de evaluación, para el Grupo 3, y, en consecuencia, debió hacérsele adjudicación de la Licitación Pública No. MC-PU-05-2000 y celebrar con él el contrato respectivo.

"2.4. Que como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a Metrocali S.A. a pagarle al Consorcio Ramírez -Hormaza los daños antijurídicos que le fueron causados, entre ellos, las sumas de dinero que hubiera percibido en el caso de haberle sido adjudicado el contrato y permitido ejecutarlo, a lo que tuvo legítimo derecho, en razón de la utilidad presupuestada tal como se presenta en esta demanda, o lo que resulte demostrado.

"2.5. Que se ordenen el pago de las condenas, actualizando las sumas desde el momento en que, de conformidad con la ejecución de contrato, habrían sido pagadas, hasta la fecha en que se cancele definitivamente el monto de la condena, de conformidad con los índices de precios al consumidor IPC, certificados por el DANE y que se aplique la tasa de interés del 12% anual establecida en la Ley 80/93.

"2.6. Que se condene en costas y agencias en derecho al Demandado.

"2.7. Que se ordene dar traslado a las diferentes autoridades de control, para que inicien investigación pertinente sobre la responsabilidad relacionada con la actividad contractual, de conformidad con los artículos 26,54, 55 y 58 de la Ley 80 de 1.993"³.

1.1. Hechos

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora narró que METROCALI S.A. abrió el proceso de licitación pública MC-PU-05-2000 para contratar la ejecución de las obras de construcción de la carrera 70 entre autopistas Sur y Simón Bolívar, de la ciudad de Cali, en tres grupos.

Relató que el consorcio Ramírez - Hormaza, el consorcio Jaime Carmona Soto -Latinco S.A., Sainc S.A., Conciviles S.A., la unión temporal Estyma S.A. - Proinco Ltda., Agremezclas S.A. y Luis Gabriel Nieto García presentaron propuesta para el grupo tres, que comprendió la construcción de la carrera 70 entre calles 15 y Av. Simón Bolívar y las demás obras complementarias.

³ Folios 304 y 305 del cuaderno 1.

Dijo que los proponentes presentaron observaciones, entre otros, frente a Agremezclas S.A., porque no presentó las notas a los estados financieros, como lo exigió el literal I de los documentos obligatorios, no discriminó la totalidad de las cuentas principales del balance y, además, "aparece una inconsistencia, más o menos apreciable, como que presenta en el capital la suma de \$2.000'000.000 y en el patrimonio el valor de solo \$1.500'000.000 poniendo en contradicción (sic) firmados por el representante legal y el contador"⁴.

Manifestó que en la audiencia de adjudicación uno de los proponentes expresó que muchas de las garantías de seriedad de las propuestas estaban vencidas, lo cual se constató respecto de todas, menos de la del consorcio demandante, pero que, a pesar de ello y de que en el numeral 1.25 del pliego de condiciones se indicó que "La garantía de seriedad de la propuesta que no esté vigente en el momento de la adjudicación invalidará la propuesta", el contrato se adjudicó a Agremezclas S.A., con fundamento en que dicha irregularidad no era causal para declarar desierto el proceso de selección, sino que constituía un mayor riesgo para la entidad que no tendría como hacer efectiva la póliza en caso de que el adjudicatario se negara a suscribir el contrato.

Indicó la parte actora que Metrocali S.A. desatendió lo estipulado dispuesto en los pliegos de condiciones, pues, según el numeral 1.25, debió descartar las propuestas de quienes a la fecha de adjudicación del contrato tenían vencida la garantía de seriedad y adjudicar el contrato al consorcio Ramírez – Hormaza, pues fue la única que tenía dicha garantía vigente, no se le hicieron observaciones y, además, era la más favorable para la administración, en tanto que cumplió todas las exigencias del pliego, tenía comprobada experiencia y obtuvo una calificación de 976.87 puntos.

Señaló que, por no adjudicarle el contrato, al consorcio demandante se le causó un daño cierto y determinado, por el valor de la utilidad que dejó de percibir por la imposibilidad de ejecutarlo, calculada en \$145'562.534.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Dijo la parte actora que la resolución de adjudicación (la 78 del 21 de mayo de 2001) está viciada de nulidad, por desconocimiento de las siguientes normas:

i) Artículos 2, 6, 13, 21 y 209 constitucionales, porque, al adjudicar el contrato en la forma en que lo hizo, Metrocali S.A. se apartó de los fines para los cuales están

⁴ Folio 309 del cuaderno 1.

instituidas las autoridades públicas y de los principios de igualdad, equidad y eficiencia que rigen la función pública.

ii) Artículos 24 (numeral 5), 25 (numerales 12 y 19), 28, 29 y 30 (numeral 4) de la ley 80 de 1993 y 16 del decreto 679 de 1994, porque en la escogencia del contratista Metrocali S.A. violó el deber de selección objetiva, al desconocer las reglas previstas en el pliego de condiciones, pues aceptó una propuesta que no cumplía con las exigencias relacionadas con la garantía de seriedad de la oferta y, también, porque violó el principio de economía, al poner en riesgo todo el proceso de selección al adjudicar el contrato a una propuesta que no estaba vigente y que, por tanto, no obligaba al proponente, así como porque se vulneraron los principios de igualdad y de buena fe, pues se desconoció la ley al menospreciar el documento esencial de garantía de seriedad de la propuesta.

iii) Numerales 1.25 y 1.26 del pliego de condiciones, porque, a pesar de que en éstos se estableció que la garantía de seriedad de la propuesta que no estuviera vigente al momento de la adjudicación invalidaría la propuesta y que esta última tendría una validez igual a la del término estipulado para la garantía de seriedad, Metrocali S.A. adjudicó el contrato a una propuesta cuya garantía había vencido.

Indicó que, según lo previsto en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, la nulidad del acto de adjudicación conlleva la nulidad absoluta del contrato celebrado con ocasión de aquél.

2. Actuación procesal

La demanda fue admitida por auto del 14 de septiembre de 2001⁵, notificada al Ministerio Público el 28 de septiembre de 2001⁶, a Metrocali S.A. el 16 de abril de 2002⁷ y a Agremezclas S.A. el 13 de noviembre de ese mismo año⁸.

Vencido el término de traslado para alegar de conclusión, el 11 de mayo de 2009 el Tribunal vinculó al proceso al señor Julio César Ramírez Cuartas, en su condición de integrante del consorcio demandante⁹. Dicho señor otorgó poder para su

⁵ Folios 356 y 357 del cuaderno 1.

⁶ Folio 99 del cuaderno 1.

⁷ Folio 361 del cuaderno 1.

⁸ Folio 362 del cuaderno 1.

⁹ Folios 492 y 493 del cuaderno 1.

representación y, en el mismo documento, coadyuvó todas las pretensiones del demandante y, por economía procesal, renunció a los términos de fijación en lista, a los de traslados, notificación y demás, para que el proceso continuara con la etapa procesal de dictar sentencia¹⁰.

3. La contestación de la demanda¹¹

3.1. Metrocali S.A. contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos y negó otros.

Como fundamento de su defensa, arguyó que el hecho de que la póliza de seriedad de la propuesta que presentó Agremezclas S.A. estuviera vencida al momento de la adjudicación no constituía argumento válido para rechazar su propuesta, toda vez que ese no era un requisito necesario para su comparación; al respecto, expresó que la póliza de seriedad se debía verificar en el análisis jurídico de las propuestas –cuando todas las pólizas estaban vigentes- para determinar su rechazo o para habilitarlas para ser evaluadas, pero no para la comparación objetiva de las mismas y agregó que la previsión contenida en el numeral 1.25 del pliego de condiciones, que señalaba que la garantía de seriedad de la propuesta que no estuviera vigente al momento de la adjudicación invalidaba la propuesta, era ineficaz de pleno derecho.

Dijo, además, que el pliego de condiciones limitó la facultad de la administración para solicitar la ampliación de las pólizas de seriedad de la propuesta, pues, en el inciso tercero del numeral 1.25, dispuso que el plazo máximo para hacerlo era hasta la fecha límite de evaluación, por lo cual después de ese momento, la administración perdió competencia para solicitar su extensión.

Señaló que la observación relacionada con la vigencia de las pólizas de seriedad de las ofertas se presentó de manera extemporánea en la audiencia de adjudicación, por lo cual se aplicó lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 1.37 del pliego de condiciones, que previó que “la audiencia no podrá ser utilizada por los oferentes para revivir el plazo que les otorga la ley para formular observaciones a los estudios jurídicos, financieros y técnicos y de precio elaborados por Metro Cali S.A. (art. 5 decreto reglamentario 287 de 1996)”.

¹⁰ Folios 498 y 499 del cuaderno 1.

¹¹ Obra a folios 432 a 442 del cuaderno 1.

Afirmó que la propuesta que presentó el consorcio demandante no fue la más favorable para la administración, pues en la evaluación se ubicó en el tercer orden de elegibilidad.

Al pronunciarse frente al concepto de violación, aseveró que el proceso de selección se ciñó a las normas legales y a las del pliego de condiciones, por lo cual la selección se hizo de manera objetiva, lo cual implicó inaplicar una disposición contenida en éste por ser ineficaz de pleno derecho.

Finalmente, propuso las excepciones de: i) "indebida representación de las partes"¹², con fundamento en que la demanda fue interpuesta por la agente oficiosa del señor Álvaro Hernán Hormaza Sarria, quien, junto con el señor Julio César Ramírez Cuartas, conformaba el consorcio, pero la abogada ejerció la acción en nombre del consorcio y ii) "AUSENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO", con fundamento en que no se vinculó al proceso al "segundo proponente del concurso y en particular al que también tenía expectativas de derecho por encontrarse en el 2º lugar dentro de la lista de elegible (sic)"¹³.

3.2. Agremiazclas S.A. no se pronunció.

3.3. El Ministerio Público tampoco se pronunció.

4. La sentencia impugnada¹⁴

Mediante providencia del 27 de julio de 2009, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

Frente a la excepción de "indebida representación de las partes", el Tribunal señaló que, dado que el otro integrante del consorcio se vinculó al proceso y manifestó coadyuvar las pretensiones de la demanda, se subsanó la irregularidad alegada y, frente a la excepción de "AUSENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO", manifestó que la presencia del proponente que se ubicó en el segundo lugar de elegibilidad no era imprescindible en el proceso, pues no se vería afectado por la sentencia.

¹² Folio 440 del cuaderno 1.

¹³ Folio 441 de cuaderno 1.

¹⁴ Obra a folios 1 a 18 del cuaderno principal.

Después de referirse a las estipulaciones del pliego de condiciones relacionadas con la garantía de seriedad de la oferta, el Tribunal señaló que éstas no contravienen la ley, especialmente, el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y que, por esta razón, no eran ineficaces de pleno derecho como lo consideró Metrocali S.A. para inaplicarlas en el proceso de selección.

No obstante lo anterior, indicó el a quo que, si bien la conducta de Metrocali S.A. era reprochable a la luz de la normatividad aplicable al caso, en tanto que pasó por alto el hecho de que 5 de los 7 proponentes tenían vencida la garantía de seriedad de la propuesta y, además, no exigió su prórroga, lo cierto era que no se podía desconocer el principio de confianza legítima con el que actuaron todos los proponentes, así como el principio de igualdad, puesto que en cabeza de la entidad demandada reposaba la obligación de solicitar la ampliación de la vigencia de las garantías, por lo cual los proponentes no podían ser sancionados por las omisiones e irregularidades en que incurrió la entidad, sobre todo si "a los proponentes les estaba vedado entrar a ampliar de manera unilateral la vigencia de las garantías, pues que (sic) con ello se estaría (sic) mejorando las propuestas, teniendo en cuenta las reglas del pliego de condiciones referentes a la invalidez de las propuestas que al momento de la adjudicación tuviesen vencida la (sic) dicha garantía"¹⁵.

5. El recurso de apelación¹⁶

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y, como fundamento de éste, señaló que no le asistió razón al Tribunal al negarse a declarar la nulidad del acto de adjudicación, a pesar de ser violatorio de la ley 80 de 1993 y del pliego de condiciones y dijo que "la ilegalidad no es transigible, ni renunciable en aras de no afectar a terceros"¹⁷.

Señaló que el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 obliga a los proponentes a prestar garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos, requisito que debe cumplirse en forma efectiva, pues si se presta la garantía pero se deja vencer, se incumple con la referida disposición legal.

Expresó que esa orden legal fue replicada en el numeral 1.25 del pliego de condiciones, en el que se indicó que, según el "debido entendimiento legal"¹⁸, la garantía debía estar vigente, al menos, hasta el momento de la adjudicación y que, en

¹⁵ Folios 16 y 17 del cuaderno principal.

¹⁶ Obra a folios 20 a 35 del cuaderno principal.

¹⁷ Folio 24 del cuaderno principal.

¹⁸ Folio 25 del cuaderno principal.

caso contrario, se invalidaría la propuesta; sin embargo, aunque la garantía de Agremezclas S.A. había vencido, Metrocali S.A. le adjudicó el contrato y el Tribunal mantuvo la legalidad del acto.

Adujo la parte apelante que la ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la propuesta no podía estar condicionada a que la entidad pública la solicitara, puesto que existe una norma legal que la exige, sin que la ampliación signifique mejorar la propuesta, pues es un requisito de verificación que no incide en los factores de ponderación.

Dijo que en el pliego de condiciones la entidad pública no se impuso el deber de pedir la ampliación de la garantía, sino que se reservó el derecho de hacerlo en caso de que los cuatro meses de vigencia inicial no fueran suficientes para realizar la evaluación y adjudicación y que, en consecuencia, no existió, como consideró el Tribunal, una prohibición a los proponentes que les imposibilitara ampliar la garantía.

Agregó que en el numeral 1.26 del pliego de condiciones se estableció que la propuesta tendría una validez igual a la del término estipulado para la garantía de seriedad de la propuesta y, por tanto, no era válida la propuesta que al momento de la adjudicación no tuviera vigente la respectiva póliza.

Dijo que al consorcio demandante se le violó el derecho de igualdad, porque se le dio un trato igual que a aquellos proponentes que no tenían póliza al momento de la adjudicación del contrato y que, por tanto, tenían su propuesta vencida.

Manifestó que si se declara la nulidad del acto de adjudicación y, en consecuencia, la del contrato, Agremezclas no se vería afectada, porque éste ya se ejecutó.

Insistió en que la propuesta del consorcio Ramírez – Hormaza era la mejor para la administración, pues cumplió todos los requisitos del pliego de condiciones y, aunque ocupó el tercer lugar en el orden de elegibilidad, era la única propuesta válida.

Finalmente, reiteró, por no adjudicarle el contrato, el consorcio demandante sufrió un daño consistente en la pérdida de la utilidad esperada por su ejecución.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante auto del 27 de octubre de 2010 se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca¹⁹. A través de proveído del 9 de diciembre de 2010 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo²⁰.

6.1. De esta oportunidad hizo uso la parte actora, para insistir en los argumentos que sustentan sus pretensiones²¹.

6.2. El Ministerio Público, Metrocali S.A. y Agremezclas S.A. guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ciento cuarenta y cinco millones quinientos sesenta y dos mil quinientos treinta y cuatro pesos (\$145'562.534), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación (9 de octubre de 2009) para que el proceso tuviera doble instancia era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda (4 de julio de 2001)²², ascendía a ciento cuarenta y tres millones de pesos (\$143'000.000).

2. Acción ejercida y oportunidad de la misma

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, aplicable a las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998²³ y hasta el 2 de julio

¹⁹ Folio 53 del cuaderno principal.

²⁰ Folio 54 del cuaderno principal.

²¹ Folios 55 a 74 del cuaderno principal.

²² El salario mínimo legal mensual vigente para 2001 era de \$286.000.

²³ Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso:

de 2012²⁴, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; sin embargo, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente puede invocarse como fundamento de la nulidad del contrato.

Esta Subsección, después de hacer un recuento acerca de la línea jurisprudencial trazada en relación con las acciones que pueden impetrarse en contra de los actos previos a la celebración del contrato, se ocupó del contenido y del alcance de las acciones procedentes para demandar la nulidad del acto de adjudicación y, en desarrollo de ese estudio, distinguió tres hipótesis espacio temporales, las cuales, dada su claridad y pertinencia en relación con el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, se transcriben a continuación (se transcribe tal como obra en la providencia):

“2.2. Hipótesis espacio temporales de la acción procedente contra los actos previos.

“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**

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

²⁴ Fecha en la cual empezó a regir el nuevo código contenido en la ley 1437 de 2011, el cual no aplica – según su artículo 308 - a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso, para cuando él empezó a regir.

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, pudiese 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 propósito²⁵.

“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 previos²⁶, 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 pudiese ya formular pretensiones económicas o

²⁵ 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.

²⁶ 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.

resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

“Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente²⁷”²⁸.

Con base en las pruebas que obran en el proceso, se procede a determinar en cuál de las hipótesis enunciadas en la jurisprudencia que viene de citarse se ubica el presente asunto y, en consecuencia, a determinar si la acción contractual fue la adecuada y si se impetró de manera oportuna para reclamar tanto la nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la nulidad del contrato y el consecuencial restablecimiento del derecho.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993²⁹, vigente para la época en que se adelantó la licitación pública MC-PU 05-2000, la adjudicación del contrato debía realizarse mediante resolución motivada que se debía notificar personalmente -al proponente favorecido- en los términos establecidos para los actos administrativos y, en caso de no haberse realizado en audiencia pública, se debía comunicar a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

Consta en el expediente que la decisión de adjudicación se adoptó en audiencia pública que tuvo lugar el 21 de mayo de 2001³⁰; por tanto y de acuerdo con lo previsto en la norma que viene de citarse, los proponentes no favorecidos con la decisión

²⁷ 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.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25646.

²⁹ Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

³⁰ Folios 22 a 24 del cuaderno de pruebas.

quedaron notificados en estrados en esa misma fecha³¹ y, consecuentemente, el término de 30 días a que se refiere el inciso segundo del artículo 87 de Código Contencioso Administrativo corrió entre el 22 de mayo y el 6 de julio de ese mismo año.

El contrato adjudicado se celebró el 7 de junio de 2001³², razón por la cual el caso que se estudia se ubica en la tercera hipótesis de las referenciadas por la jurisprudencia de esta Subsección y, por tanto, la acción procedente para procurar la nulidad del acto de adjudicación y del negocio jurídico derivado de aquél era la contractual, que fue la que se ejerció, y el término para interponer la demanda era el de treinta días siguientes a la notificación del acto de adjudicación, plazo que venció el 6 de julio de 2001 y como la demanda se presentó el 4 de julio de ese mismo año, se concluye que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno, incluso, para reclamar el restablecimiento patrimonial de los derechos conculcados.

3. El objeto de la apelación

Una vez revisado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se observa que su inconformidad con la providencia de primera instancia se fundamenta en que la única propuesta que podía ser favorecida con la adjudicación del contrato era la suya, pues, para ese momento, las demás ya no estaban vigentes, ya que, al tener vencida la garantía de seriedad, no solo desconocieron lo previsto en el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, sino que dieron lugar a que se configurara la situación prevista en los numerales 1.25 (inciso quinto) y 1.26 del pliego de condiciones, en los que se señaló que “la garantía de seriedad de la propuesta que no esté vigente al momento de la adjudicación invalidará la propuesta” y que “La propuesta tendrá una validez igual a la del término estipulado para la garantía de seriedad de la propuesta”.

Previo a abordar el estudio de la apelación, la Sala precisará el régimen jurídico que rigió el proceso de selección adelantado por Metrocali S.A., puesto que debe tenerse en cuenta para resolver de fondo la cuestión.

4. Régimen jurídico aplicable al proceso de selección adelantado por METROCALI S.A.

³¹ Al respecto, la Corporación también ha señalado que “cuando la notificación del acto de adjudicación se surta en estrados, porque ésta se realizó en audiencia o diligencia, se entienden notificados tanto los que concurrieron como a los que no, en cuanto fueron vencidos, porque el beneficiario en todo caso debe ser notificado personalmente; así lo prevé la norma al indicar que se comunicará a los no favorecidos cuando no se hubiere adjudicado en audiencia” (se transcribe tal como obra en la providencia) (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de enero de 2007, exp. 30904).

³² Folios 2 a 21 de cuaderno de pruebas.

El régimen jurídico aplicable a Metrocali es aquél que corresponde a las empresas industriales y comerciales del Estado, toda vez que ella se creó como una sociedad anónima constituida por entes públicos del orden municipal, regida por las disposiciones aplicables a dichas empresas, cuyo objeto principal es el diseño, construcción y puesta en marcha del sistema integrado de transporte masivo SITM MIO de la ciudad de Santiago de Cali.

El objeto de la ley 80 de 1993, según lo previsto en su artículo 1, es disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, las cuales fueron definidas, para los efectos de esa ley, en su artículo segundo, en el cual, entre otras, se mencionan las empresas industriales y comerciales del Estado.

El artículo 24 (numeral 1) de la misma ley 80³³ fijó como regla general, para la selección del contratista, la licitación pública o el concurso público, pero también estableció algunas excepciones en las cuales la selección se puede hacer mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en literal m) del numeral 1 del citado artículo, cuyo texto es el siguiente:

“m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”.

Los contratos enunciados en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 son los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, los cuales, según la norma transcrita, se rigen por la regla general de selección (licitación pública o concurso público)³⁴, así se trate de aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de sus actividades industriales o comerciales, puesto que, por expresa disposición legal, éstos no se encuentran excepcionados de dicha regla; por el contrario, la selección de los contratistas de tales empresas para la celebración de todos los demás contratos “que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales” se hace mediante el procedimiento de la contratación directa.

³³ Derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

³⁴ Salvo los casos de menor cuantía previstos en el ordinal a), numeral 1, del artículo 24 de la ley 80 de 1993.

Ahora, la ley 489 de 1998, que determinó la estructura de la organización nacional, estableció en su artículo 93 el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, así:

“ARTICULO 93. RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.

Según esta norma, los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetan a las regulaciones del derecho privado, pero los contratos que ellas celebran para el cumplimiento de su objeto se sujetan al régimen del estatuto contractual de las entidades estatales.

Esta Subsección, en sentencia del 16 de julio de 2015, señaló que, “Armonizando las disposiciones de la ley 80 con el artículo 93 de la ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado se adoptarán tales disposiciones, esto es, las normas especiales, pero en lo no exceptuado, tales contratos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual³⁵”³⁶. Igualmente, después de referirse a un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación que analizó el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado en vigencia de la ley 489 de 1998 y concluyó que “los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter a las formalidades y exigencias precontractuales previstas en la ley 80, salvo que exista una excepción legal, y en lo no regulado se le dará aplicación al derecho privado, como sería el caso de los contratos no previstos en el Estatuto de Contratación Estatal”³⁷.

En el presente caso, Metrocali S.A. abrió la licitación pública MC-PU-05-2000 con el objeto de contratar la construcción de la carrera 70 entre la autopista sur (calle 10) y la autopista Simón Bolívar (calle 25), así como las obras de urbanismo y demás complementarias, en tres grupos, por lo cual, según lo que viene de exponerse, debe entenderse que el proceso de selección estuvo sometido a las reglas de la ley 80 de

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, expediente 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. (31683)A.

³⁷ Ídem.

1993, pues, además de que el objeto a contratar estaba directamente relacionado con el objeto de la sociedad, el de obra es uno de los contratos previstos en la ley 80 de 1993.

Precisado, entonces, el régimen jurídico que rigió el proceso de selección que dio lugar a la expedición de la resolución 78 del 21 de mayo de 2001, por medio de la cual se adjudicó a Agremezclas S.A. el contrato para la construcción de las obras del grupo 3, cuya nulidad también se pretende, la Sala procede a estudiar el objeto de la apelación.

5. El caso concreto

Para efectos de resolver la apelación resulta necesario revisar, en lo pertinente, las condiciones³⁸ que rigieron el proceso de licitación pública que culminó con el acto administrativo cuya nulidad se demanda y que dio lugar a la celebración del contrato cuya legalidad también se cuestiona, para, luego, proceder a analizar los argumentos con fundamento en los cuales la parte actora considera que tales condiciones no fueron cumplidas por Agremezclas Ltda.

5.1. Las condiciones que rigieron la licitación pública MC-PU-05-2000 (garantía de seriedad de la propuesta)

En la sección I, capítulo I, del pliego de condiciones que rigió la licitación pública MC-PU-05-2000 se fijaron las condiciones generales que debían cumplir los proponentes para participar en el proceso de selección y, en cuanto a la garantía de seriedad de la propuesta, en los numerales 1.25 y 1.26 de ese capítulo se indicó (se transcribe como obra en el pliego de condiciones):

“1.25 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA

“El proponente deberá presentar con su oferta, una Póliza de Garantía de Seriedad de la Propuesta debidamente firmada por el representante legal, en pesos Colombianos a favor de METRO CALI S.A., con una vigencia de cuatro (4) meses contados a partir de la última fecha de cierre de la Licitación, para garantizar que si el contrato le es adjudicado lo formalizará en los términos y plazos estipulados en este pliego.

“(…)

“Sin embargo, METRO CALI S.A. podrá solicitar al proponente que amplíe la vigencia de la Garantía de Seriedad de la Propuesta, plazo que podrá ser prorrogado a solicitud de

³⁸ El pliego de condiciones obra a folios 9 a 62 del cuaderno de 1.

METRO CALI S.A. antes de la fecha límite de evaluación de las propuestas. Los gastos que ocasione su ampliación serán por cuenta del proponente.

“Si el proponente a quien se adjudique el contrato no cumple con su perfeccionamiento y/o rehusa o deja de otorgar la Garantía Única del contrato, METROCALI S.A. hará efectiva la Garantía de Seriedad de la Propuesta y dispondrá de su valor como indemnización por perjuicios causados.

“La garantía de seriedad de la propuesta que no esté vigente en el momento de la adjudicación, invalidará la propuesta.

“METRO CALI S.A., no aceptará aquellas garantías que se hubieren constituido por un valor o con plazo inferior a los señalados, en este caso, se rechazará la respectiva propuesta. Es indispensable adjuntar el recibo de pago de la póliza de seriedad de la propuesta o en su defecto la póliza deberá tener el respectivo sello y fecha de cancelación de la compañía aseguradora.

“1.26 VALIDEZ DE LA PROPUESTA

“La propuesta tendrá una validez igual a la del término estipulado para la Garantía de Seriedad de la Propuesta”³⁹.

5.2. La validez de la propuesta, en razón de la vigencia de la garantía de seriedad de aquella

Según lo dispuesto en el pliego de condiciones en relación con la garantía de seriedad de la propuesta, específicamente con lo previsto en el inciso quinto del numeral 1.25 y en el numeral 1.26 antes transcritos, la “validez” de los ofrecimientos hechos por los proponentes quedó vinculada a la vigencia de la póliza de seriedad de la propuesta.

Consta en el proceso que para el grupo tres de la licitación pública MC-PU-05-2000 se presentaron 7 proponentes⁴⁰ y consta también que al momento de la audiencia de adjudicación -21 de mayo de 2001- la mayoría de las garantías de seriedad que acompañaban las propuestas ya no estaban vigentes⁴¹, por lo cual, en el curso de esa audiencia, la apoderada de la unión temporal Estyma S.A. – Proinco Ltda. manifestó que, en atención a lo previsto en el numeral 1.25 del pliego de condiciones, para ese momento no había ninguna propuesta hábil, pues todas tenían vencida la garantía de

³⁹ Folios 27 y 28 del cuaderno 1.

⁴⁰ Así se desprende de, entre otros documentos, la resolución de adjudicación 78 del 21 de 2000 (folios 2 a 7 del cuaderno 1).

⁴¹ Folios 80 a 86 del cuaderno de pruebas.

seriedad⁴². El representante del consorcio Jaime Carmona Soto – Latinco S.A. manifestó que era necesario que, antes de adjudicar el contrato, la administración comprobara que las propuestas tuvieran vigente la garantía de seriedad, puesto que aquéllas que no cumplieran esa exigencia debían invalidarse⁴³, frente a lo cual Metrocali respondió que “la irregularidad mencionada por el proponente no es causal de declaratoria de desierta de la licitación, lo que constituye es un mayor riesgo para la entidad que no tendrá como hacer efectiva las pólizas en caso de algún problema. Por lo anterior, no se tendrá en cuenta esa observación”⁴⁴.

Adicionalmente, al contestar la demanda, Metrocali adujo que: i) el numeral 1.25 del pliego de condiciones era ineficaz de pleno derecho, lo que imponía su inaplicación, ii) la vigencia de la garantía de seriedad de la propuesta no era un requisito necesario para la ponderación y, por tanto, su vencimiento no era causa para rechazar las propuestas, iii) al momento de la adjudicación la entidad había perdido competencia para solicitar la ampliación de las pólizas, pues en el inciso tercero del numeral 1.25 dispuso que el plazo máximo para hacerlo era hasta la fecha límite de evaluación y iv) la observación frente a la vigencia de las pólizas fue extemporánea, pues se hizo en la audiencia de adjudicación, por lo cual se aplicó lo dispuesto en el numeral 1.37 del pliego de condiciones.

En la sentencia recurrida el Tribunal consideró que, si bien los numerales 1.25 y 1.26 del pliego de condiciones no eran ineficaces de pleno derecho, no era posible sancionar a los proponentes por las omisiones e irregularidades en que las que habría incurrido la entidad pública al no solicitar la ampliación de las pólizas, pues esa obligación, según el pliego de condiciones, reposaba en cabeza suya y no la cumplió; agregó que tampoco se podía sancionar a los participantes del proceso de selección por no tener vigente las pólizas al momento de la adjudicación, porque, según dijo, a éstos “les estaba vedado entrar a ampliar de manera unilateral la vigencia de las garantías”⁴⁵, pues, a su juicio, hacerlo implicaba mejorar sus propuestas.

Así las cosas, para resolver a cuál de los extremos de la litis asiste razón y, por tanto, para determinar si la decisión proferida en primera instancia debe mantenerse o revocarse, resulta indispensable precisar la naturaleza y función de la garantía de seriedad de la propuesta como requisito en los procesos de selección pública.

⁴² Folio 53 del cuaderno de pruebas.

⁴³ Folio 54 del cuaderno de pruebas.

⁴⁴ Folios 68 y 69 del cuaderno de pruebas.

⁴⁵ Folios 16 y 17 del cuaderno principal.

En el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, vigente para la época en que se adelantó la licitación pública MC-PU-005-2000⁴⁶, en desarrollo del principio de economía el legislador dispuso que los proponentes debían prestar garantía de sus ofrecimientos.

Al pronunciarse respecto de la exequibilidad de la mencionada norma, la Corte Constitucional analizó su finalidad y concluyó que la exigencia que contiene persigue “asegurar la suscripción del contrato estatal de que se trate luego de que la entidad contratante ha adelantado un proceso de selección dispendioso y oneroso, así como la reparación de los daños que cause el adjudicatario que se sustraiga a la obligación de suscribir el contrato. Desde esta perspectiva, puede asegurarse que, de manera general, (sic) y como lo ha manifestado la Corte en anterior oportunidad, las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, (sic) se fundan en 'el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público'⁴⁷”⁴⁸.

En ese mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al considerar que la ley “no permite la presentación de ofertas sin la póliza que garantice su cumplimiento, pues es clara la decisión del legislador de que la misma constituya un requisito indispensable y no puramente formal ni voluntario, habida cuenta de los costos en tiempo y en recursos para la Administración -por ende para el interés general que ella representa- y para los demás participantes, si el proceso de contratación resulta fallido por el incumplimiento de personas que no tendrían un interés real en contratar y no asumirían mayores consecuencias al retirar sus ofrecimientos”⁴⁹.

Los anteriores pronunciamientos son concordantes con lo dispuesto por el legislador en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, que señala que: “Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía”.

En ese orden de ideas, dable es concluir que la garantía de seriedad de la oferta es una exigencia legal que se impone para participar en los procesos de selección pública de contratistas, el cual encuentra fundamento en el principio de economía

⁴⁶ El citado numeral fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

⁴⁷ Sentencia C-154 de 1996.

⁴⁸ Sentencia C-452 de 1999.

⁴⁹ Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008.

que los rige, en tanto que propende porque se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma en desmedro de los intereses públicos.

En ese entendido, como la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza en cuanto a que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio se materializará con la celebración del contrato, o, en caso contrario, le permite cobrar, a título de sanción, el valor de la respectiva garantía, sin perjuicio de que pueda iniciar las acciones pertinentes para el cobro de los perjuicios que se puedan ocasionar por la falta de suscripción del contrato, su exigencia no puede considerarse como un aspecto meramente formal de la licitación, sino como un requisito esencial⁵⁰, habilitante, pues, como no es necesario para la comparación de las propuestas, no otorga puntaje y, por tanto, es subsanable⁵¹, pero debe cumplirse.

Así, entonces, resulta ineludible que, para participar en los procesos de contratación con el Estado, la propuesta debe estar acompañada de la póliza que la garantice, aun cuando dicha póliza solo pueda hacerse efectiva si al momento de suscribir el contrato el adjudicatario se niega a hacerlo.

Bajo la misma lógica, si la finalidad de la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta consiste en asegurar que los ofrecimientos hechos en el proceso de selección se cumplan y, por contera, que el contrato se suscriba, forzoso es también concluir que su vigencia debe darse por todo el tiempo que dure el proceso de selección.

Así las cosas, en el entendido de que la exigencia prevista en el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, respecto de la garantía de seriedad de la propuesta, es un requisito esencial habilitante que, por tanto, debe mantenerse durante todos el tiempo del proceso de selección, procede la Sala a resolver de fondo el recurso de apelación.

i) Validez de los numerales 1.25 (inciso quinto) y 1.26 del pliego de condiciones

La ineficacia de pleno derecho se presenta en los eventos en que, por razones de distinta índole, la ley dispone que un determinado acto jurídico no produce efectos de ninguna naturaleza, sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en

⁵⁰ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 25 de febrero de 2016, exp. 39023.

⁵¹ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 21324.

ese sentido, de ahí que la configuración de la ineficacia de pleno derecho supone que esa consecuencia está expresamente señalada en la norma.

La ley 80 de 1993, en el inciso final del ordinal 5º del artículo 24, previó la sanción de ineficacia de pleno derecho respecto de las estipulaciones de los pliegos de condiciones que vulneren las pautas establecidas por el legislador en ese numeral, así:

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

“(…)

“5o. En los pliegos de condiciones:

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

“b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

“c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

“d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

“e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

“f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

Al analizar el contenido de los numerales 1.25 –inciso quinto- y 1.26 del pliego de condiciones, no encuentra la Sala que contravengan las disposiciones de la norma que acaba de transcribirse; al contrario, lo que se observa es que su contenido se ajusta a lo previsto en el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues al disponer que la “validez” de la propuesta estaría directamente relacionada con la vigencia de la garantía de seriedad, no previó nada diferente a que la habilitación de la propuesta en razón del cumplimiento de ese requisito debía mantenerse durante todo el proceso de selección, propósito que, según lo analizado en precedencia,

coincide en un todo con el que buscó el legislador al exigir que las propuestas estuvieran acompañadas de la garantía de seriedad de sus ofrecimientos.

En ese contexto, se concluye que las estipulaciones del pliego contenidas en los numerales 1.25 (inciso quinto) y 1.26 del pliego de condiciones no son ineficaces de pleno derecho y, por tanto, debieron ser aplicadas por Metrocali S.A. en el proceso de licitación MC-PU-05-2000.

ii) La garantía de seriedad de la propuesta es un requisito habilitante, no un factor de ponderación y, por tanto, es susceptible de ser subsanado

Metrocali S.A. arguyó que la vigencia de la garantía de seriedad no era un requisito necesario para la ponderación de las propuestas, por lo cual su vencimiento no era causal para rechazarlas y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que no era posible subsanar las propuestas en cuanto a la vigencia de esa póliza, porque ello implicaría mejorarlas.

En el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, vigente para la época en la que se adelantó el proceso de selección MC-PU-005-2000⁵², se dispuso que “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”, por lo cual, como la garantía de seriedad no es necesaria para la comparación de las propuesta, puesto que no otorga puntaje a la evaluación, se concluye que se trata de un requisito subsanable y, por tanto, de presentar alguna falencia en relación con aquél, puede y debe corregirse⁵³.

En el presente caso se tiene que, en concordancia con lo previsto en el numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, en el inciso primero del numeral 1.25 del pliego de condiciones Metrocali S.A. dispuso que los participantes de la licitación pública debían presentar con su propuesta una póliza de seriedad con una vigencia de 4 meses contados a partir del cierre de la licitación, para garantizar que si el contrato les era

⁵² El inciso fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

⁵³ Advierte la Sala que, si bien el decreto 4828 de 2008 dispuso en el inciso final del numeral 7.1 del artículo 7 que “La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última” y el decreto 734 de 2012 que lo derogó reprodujo esa norma en el numeral 5.1.7.1 del artículo 5.7.1, éstas disposiciones no son aplicables al caso por ser posteriores a la licitación pública MC-PU-05-2000 y porque, en todo caso, al momento de presentación de las propuestas todas contaban con garantía de seriedad de la oferta. El decreto 734 de 2012 fue derogado por el decreto 1510 de 2018, que no reprodujo esa norma.

adjudicado lo formalizarían en los términos y plazos señalados en el pliego de condiciones.

Dispuso también en el inciso tercero de ese mismo numeral que Metrocali S.A. podía solicitar la ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la propuesta hasta antes de la fecha límite de evaluación y, a su vez, en el inciso quinto previó que la garantía de seriedad que no estuviera vigente a la fecha de la adjudicación invalidaría la propuesta, consecuencia que reiteró en el numeral 1.26, al señalar que ésta tendría una validez igual a la del término indicado para la garantía de seriedad.

A partir de estas normas del pliego de condiciones es posible colegir que era una obligación de los proponentes presentar la garantía de seriedad de sus ofrecimientos con una vigencia de, al menos, 4 meses contados a partir de la fecha de cierre de la licitación, que la entidad licitante podía solicitar su prórroga hasta antes de la fecha límite de la evaluación, pero que, en todo caso, al momento de la adjudicación las pólizas respectivas debían estar vigentes, so pena de que no pudiera adjudicársele el contrato a quien no cumpliera con esta condición, pues, como ya se analizó, cuando el pliego de condiciones hizo alusión a la validez de la propuesta se refirió a su habilitación para participar en el proceso de selección.

Se deriva también de lo anterior que, si bien la entidad pública se reservó la facultad de solicitar la ampliación de las propuestas hasta la fecha límite de la evaluación, esta disposición no relevó a los proponentes de cumplir con la obligación que en cabeza suya estableció la ley –art. 19 de la ley 80 de 1993- y, de manera concordante con ella, el pliego de condiciones, de mantener la garantía de sus ofrecimientos durante todo el proceso de selección y, por esa vía, de conservar su habilitación para participar en él.

Ahora bien, consta en el proceso que, según lo previsto en el numeral 1.11 del pliego de condiciones, el 15 de diciembre de 2000 se cerró la licitación pública MC-PU-05-2000 y, por tanto, las pólizas que se acompañaron a las propuestas debían estar vigentes, al menos, hasta el 15 de abril de 2001, condición que, según la información que consta en el proceso, fue cumplida por el 6 de los 7 proponentes que participaron en la licitación pública⁵⁴, así:

⁵⁴ Así surge de las pólizas que obran a folios 95 a 100 del cuaderno 1 y 80 a 86 del cuaderno de pruebas. En el proceso no obra la garantía de seriedad de la oferta de la unión temporal Estyma S.A. – Proinco Ltda., por lo cual no puede aseverarse que estuviera vigente para esa fecha.

- Agremiexclas S.A. (adjudicataria): póliza 001802454, vigencia: 15 de diciembre de 2000 al 30 de abril de 2001.

- Sainc Ingenieros Civiles S.A.: póliza 1234913, vigencia: 15 de diciembre de 2000 al 20 de abril de 2001.

- Construcciones Civiles S.A.: póliza C-A0016440, vigencia: 15 de diciembre de 2000 al 15 de abril de 2001.

- Consorcio Jaime Carmona Soto – Latinco S.A.: póliza 9545905, vigencia 15 de diciembre de 2000 al 10 de mayo de 2001.

- Luis Gabriel Nieto García, póliza 001903523, vigencia: 15 de diciembre de 2000 al 30 de mayo de 2001.

- Consorcio Ramírez Hormaza: póliza 2000690757, vigencia: 15 de diciembre de 2000 al 24 de mayo de 2001.

En el numeral 1.34.1 del pliego de condiciones⁵⁵ se dispuso que el plazo para realizar la evaluación de las propuestas vencía el 23 de febrero de 2001; sin embargo, mediante, resolución 27 del 22 de febrero de ese mismo año⁵⁶, se prorrogó el término por 30 días calendario (hasta el 25 de marzo de 2001) y, posteriormente, mediante resolución 49 del 26 de marzo de 2001⁵⁷, se volvió a ampliar el plazo por 5 días que vencieron el 30 de marzo de 2001, cuando se rindió el informe de evaluación⁵⁸.

Según lo dispuesto en el numeral 1.34.3 del pliego de condiciones, frente a la evaluación de las propuestas los participantes podían presentar sus observaciones dentro de los 5 días hábiles siguientes, es decir, hasta el 6 de abril de 2001 y la adjudicación debía realizarse dentro de los 40 días calendario siguientes al vencimiento del plazo para presentar observaciones, esto es, hasta el 16 de mayo de 2001, fecha en que, mediante oficio SG-01-129, se notificó la prórroga de la fecha de la audiencia de adjudicación hasta el 21 de esas calendas, día en el que se llevó a cabo la audiencia.

⁵⁵ Folio 33 del cuaderno 1.

⁵⁶ Folio 65 de cuaderno 1.

⁵⁷ Folios 64 y 65 del cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 2 del cuaderno 1.

El anterior panorama pone de presente que era absolutamente previsible que, con ocasión de las prórrogas que sufrió el proceso de selección, la adjudicación no se realizaría dentro de los cuatro meses inicialmente previstos y que, por ello, las garantías de seriedad que iban a vencer antes de la finalización de la licitación debían ser prorrogadas, aun cuando la entidad no lo solicitara, no solo porque de manera clara se indicó en el pliego de condiciones que la habilitación de las propuestas dependía de la vigencia de las pólizas y que, por ello, aquellas que no estuvieran amparadas al momento de la adjudicación no podían ser beneficiadas con esa decisión, sino, principalmente, porque, según lo dispone la ley, la obligación de garantizar sus ofrecimientos durante todo el proceso de selección corresponde, como es apenas lógico, a los proponentes y no a la entidad pública licitante.

En este orden de ideas se colige también que, como las garantías de seriedad inicialmente cumplieron lo exigido en el pliego de condiciones, esto es, se otorgaron con una vigencia de 4 meses contados a partir del cierre de la licitación, su ampliación hasta la fecha de adjudicación no era, en estricto sentido, una subsanación de la propuesta, sino que correspondía a una obligación que debía cumplir cada proponente, al margen de que la entidad se lo solicitara o no.

Este razonamiento permite concluir, además, que no le asistió razón al Tribunal al señalar que era violatorio de los principios de confianza legítima e igualdad sancionar a los proponentes por las omisiones e irregularidades en las que, según consideró, habría incurrido la entidad pública al no solicitar la ampliación de las pólizas, pues, se insiste, la carga de mantener amparados los ofrecimientos se atribuye a los proponentes; igualmente, permite colegir que no le asistió razón al a quo al indicar que permitir que se prorrogara la vigencia de las pólizas habría implicado que los ofrecimientos se mejoraran, pues, como ya se vio, las propuestas cumplieron inicialmente el requisito consignado en el pliego de condiciones, por lo cual ampliar su vigencia hasta la fecha de adjudicación no comportaba una subsanación, sino el cumplimiento de un deber del proponente.

En todo caso, aun si en gracia de discusión se aceptara que la prórroga de las pólizas hubiese correspondido a una subsanación de la propuesta, lo cierto es que esa “subsanación” era procedente por tratarse de un requisito habilitante y, además, porque hacerlo no tenía la virtualidad de mejorar las propuestas, puesto que no asignaba puntaje y, por tanto, no solo podía, sino que debía realizarse, pero en este caso no se hizo.

Así las cosas, si bien le asistió razón a Metrocali S.A. en cuanto a que la exigencia de mantener vigente la garantía de seriedad no era un factor de calificación y que, por ello, su incumplimiento no era suficiente para rechazar las propuestas que dejaron vencer la póliza antes de la finalización del proceso de selección, esa circunstancia no facultaba a la entidad para inaplicar la consecuencia que ella misma previó para ese supuesto, dado que el hecho de que un requisito sea subsanable, no significa que pueda obviarse su cumplimiento, sino que, en caso de presentar falencias, puede y debe ser corregido de manera que acate las reglas de la selección.

5.3. La nulidad de la resolución 78 del 21 de mayo de 2001 y del contrato MC-OP-04-2001

Al estudiar la naturaleza y finalidad de la garantía de seriedad de la oferta en los procesos de selección de las entidades públicas, se concluyó que esta exigencia que tiene un origen legal no es meramente formal, sino que se trata de un aspecto esencial que desarrolla el principio de economía que rige este tipo de procesos, puesto que permite a las entidades contratantes tener un buen grado de certeza en cuanto a que la propuesta que sea escogida en el proceso se materializará con la celebración del contrato, o, en caso contrario, que se repararán los daños causados por no suscribirlo.

En ese contexto, teniendo en cuenta que es la ley –art. 25, numeral 19- la que exige a los proponentes presentar garantía de seriedad de sus ofrecimientos y que, según se analizó, esta exigencia solo puede entenderse cumplida si la propuesta se garantiza por todo el tiempo que dure el proceso de selección, la Sala encuentra que la resolución 78 del 21 de mayo de 2001, en lo que concierne al grupo III, está viciada de nulidad por violar esa disposición legal y por violar también los numerales 1.25 –inciso quinto- y 1.26 del pliego de condiciones que la desarrollaron, puesto que el contrato se adjudicó a Agremezclas S.A., a pesar de que la garantía de seriedad que amparaba sus ofrecimientos había vencido el 30 de abril de 2001, esto es, un mes antes de la fecha de adjudicación del contrato.

Por consiguiente, la Sala accederá también a declarar la nulidad del contrato de obra pública MC-OP-04-2001, celebrado entre Metrocali S.A. y Agremezclas S.A. como consecuencia de la resolución 78 del 21 de mayo de 2001, pues, al declarar la nulidad del acto de adjudicación en el que se fundó, se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, según el cual, “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando (...) 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

5.4. Reconocimiento de prestaciones ejecutadas

La ley 80 de 1993 no previó que en el caso de los contratos de tractos sucesivo deba procederse, como consecuencia de la declaratoria de su nulidad, a las restituciones mutuas, sino que en su artículo 48 estableció un régimen de reconocimiento de prestaciones ejecutadas, al señalar que la declaración de nulidad de uno de tales contratos no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones que se hubieren ejecutado hasta el momento de esa declaratoria⁵⁹.

Frente a esta norma es oportuno precisar que sus efectos solo incumben a las partes del contrato, en este caso, a Metrocali S.A. y Agremezclas S.A.; por tanto, no resulta aplicable respecto del consorcio demandante, puesto que no fue el contratista del negocio jurídico cuya nulidad se declara y, por ello, ningún reconocimiento le correspondería en relación con las prestaciones que se hubieran podido ejecutar en desarrollo de aquél.

Ahora, aunque el contrato MC-OP-042001 es de tracto sucesivo, en tanto que su objeto consistió en “ejecutar (...) todas las obras y trabajos necesarios para la construcción de la carrera 70 entre calle 15 y autopista Simón Bolívar (calle 25) y demás obras complementarias ...”⁶⁰, la Sala no adoptará ninguna determinación en relación con el reconocimiento de prestaciones ejecutadas, toda vez que, además de que no cuenta con los elementos de juicio suficientes para hacerlo⁶¹, a la fecha en que se profiere esta decisión el negocio jurídico ya debió haberse ejecutado y liquidado, lo cual se puede inferir de manera razonada a partir del contenido del contrato mismo, puesto que en la cláusula quinta las partes fijaron su plazo de ejecución en 5 meses y en la cláusula cuadragésima primera estipularon que la liquidación debía adoptarse de manera bilateral en 4 meses y, de manera unilateral, según la ley, en 2 meses; por tanto, como el contrato se celebró en 2001, resulta razonable colegir que a 2018, cuando se profiere la presente providencia, el negocio jurídico ya debió terminarse y liquidarse.

5.5. Restablecimiento del derecho

⁵⁹ Los artículos 1746 y 1525 del Código Civil prevén, como efecto de la declaración de nulidad, la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes.

⁶⁰ Folio 2 del cuaderno de pruebas.

⁶¹ En el expediente reposa copia del contrato, pero no obra prueba alguna que dé cuenta acerca de su ejecución.

La jurisprudencia de la Sala⁶² ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponde, si quiere salir adelante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, que, efectivamente, su propuesta era la mejor.

A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, corresponde a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino demostrar también que su propuesta se ajusta en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que es la mejor para los intereses de la administración, pues esos supuestos son los que demostrarían su derecho a ser la adjudicataria del respectivo proceso de selección y, por tanto, a la indemnización.

En este caso, se acreditó la ilegalidad de la resolución de adjudicación, por violación del numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y de los numerales 1.25 –inciso quinto- y 1.26 del pliego de condiciones.

Considera la Sala que, a pesar de que no se cuenta con todas las propuestas que participaron en el proceso de selección, en este caso no era necesario que todas ellas obraran en el expediente, puesto que, a partir del contenido de las pólizas de seriedad que las acompañaron, es posible establecer que las únicas que se mantuvieron habilitadas hasta el momento de la adjudicación y, por tanto, las únicas que podían ser favorecidas con esa decisión, fueron las del consorcio demandante, que ocupó el tercer lugar en el orden de elegibilidad, y la del señor Luis Gabriel Nieto García, que ocupó el último lugar en ese orden.

En lo que concierne a la propuesta de la unión temporal Estyma S.A. – Proinco Ltda., que ocupó el cuarto lugar en el orden de elegibilidad, aun cuando no se cuenta la póliza respectiva, es posible concluir que al momento de la adjudicación tampoco esa garantía de seriedad estaba vigente, pues así se infiere de lo manifestado por la apoderada de esa unión temporal en la audiencia de adjudicación, cuando dijo: “Teniendo en cuenta lo anterior la entidad en este momento no tiene ninguna propuesta que

⁶² Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera: de 4 de junio de 2008 (rad. 14169 y rad. 17783), de 26 de abril de 2006 (rad.16041), de 3 de mayo de 1999 (rad. 12344), de 13 de mayo de 1996 (rad. 9474), de 26 de septiembre de 1996 (rad. 9963), de 17 de marzo de 1995 (rad. 8858) y de 30 de enero de 1995 (rad. 9724).

sea válida para adjudicar la licitación indicada en la referencia, que a la fecha **ningún oferente** tiene vigente dicha garantía, y de acuerdo con la ley y el pliego de licitación a estas alturas ya no se podrán ampliar las vigencias de las garantías ..." ⁶³ (destaca la Sala).

En relación con dicha manifestación, aunque se observa que es imprecisa en cuanto a que todas las propuestas tuvieran vencida la garantía de seriedad, pues en el proceso se acreditó que dos de las siete se mantuvieron garantizadas durante todo el proceso de selección, la Sala considera que debe dársele plena credibilidad frente a la propuesta de Estyma S.A. – Proinco Ltda., puesto que lo dicho provino de su apoderada, que debía conocer con precisión el estado de la propuesta que representaba.

Así, entonces, dado que las demás propuestas no podían ser adjudicatarias del contrato, por no tener vigente la garantía de seriedad de sus ofrecimientos, la propuesta del consorcio Ramírez Hormaza pasa a ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad, con un puntaje de 982,50 y la del señor Luis Gabriel Nieto García el segundo lugar, con un puntaje de 747,09, calificaciones éstas que, según se desprende de las respuestas que el comité evaluador presentó frente a las observaciones de la evaluación ⁶⁴, no fueron objetadas, por lo cual es posible inferir de manera razonable que el puntaje que se les otorgó es el que efectivamente les correspondía.

En relación con ese aspecto, a partir de las evaluaciones realizadas por el comité, se puede extraer que en la primera evaluación, de marzo de 2001, la propuesta del consorcio demandante obtuvo una calificación de 977.50 puntos y la del señor Luis Gabriel Nieto García obtuvo una de 747.09 puntos ⁶⁵, así:

- En cuanto a la evaluación financiera, la propuesta del consorcio Ramírez Hormaza obtuvo la calificación máxima prevista para este factor de calificación, esto es, 150 puntos, mientras que la propuesta del señor Luis Gabriel Nieto García obtuvo una calificación de 130 puntos, en consideración a que en el ítem de índice de endeudamiento solo obtuvo 30 puntos de 50 posibles ⁶⁶.

- En cuanto a la evaluación técnica, la propuesta del consorcio Ramírez Hormaza obtuvo una calificación de 587.92, de 600 puntos posibles para ese factor, pues del puntaje máximo que correspondía al ítem de "presentación de la propuesta" (10 puntos) obtuvo la mitad y en el componente de "evaluación de ítems" se le asignó

⁶³ Folio 53 del cuaderno de pruebas.

⁶⁴ Folios 25 a 48 y 68 a 71 del cuaderno de pruebas.

⁶⁵ Folio 391 del cuaderno 1.

⁶⁶ Folios 376 a 379 del cuaderno 1.

una calificación de 187, 92 de 200 posibles, mientras que la propuesta del señor Luis Gabriel Nieto García, en relación con ese mismo componente, obtuvo una calificación de 34.65, lo que llevó a que su calificación total para este factor de la evaluación ascendiera a 434,65 de los 600 posibles⁶⁷.

- En cuanto a la evaluación del factor "precio", se tiene que, de los 250 puntos máximos posibles, la propuesta del consorcio demandante obtuvo 244,58, mientras que la del señor Luis Gabriel Nieto García obtuvo 182,44⁶⁸.

- En los ítems no mencionados expresamente para cada factor de la calificación, las propuestas obtuvieron la puntuación máxima posible.

Según se desprende del documento por medio del cual el comité evaluador contestó las observaciones presentadas respecto de esta primera evaluación, frente a las propuestas que se estudian el único cuestionamiento se dio en relación con el factor de evaluación técnica, específicamente, en lo relacionado con el ítem de "presentación de la propuesta", para solicitar que se calificaran con la máxima puntuación posible -10 puntos-, pedimento al que Metrocali S.A. accedió frente a todos los proponentes, al considerar que el mencionado criterio no era necesario para la comparación de las propuestas⁶⁹; en consecuencia, en la evaluación del 16 de mayo de 2001 la calificación de la propuesta del consorcio Ramírez Hormaza aumentó 5 puntos⁷⁰, para un total de 982,50⁷¹, mientras que la del señor Luis Gabriel Nieto García se mantuvo en 747,09⁷², puesto que en la evaluación inicial ya se le habían asignado los 10 puntos correspondientes a ese ítem⁷³.

Posteriormente, en el curso de la audiencia de adjudicación, los proponentes presentaron nuevas observaciones, pero ninguna de ellas dirigida a aumentar o disminuir la calificación de las propuestas del consorcio Ramírez Hormaza y del señor Luis Gabriel Nieto García, por lo cual sus puntajes se mantuvieron⁷⁴.

En este contexto, considera la Sala que la información que obra en el proceso es suficiente para establecer que la propuesta del consorcio Ramírez Hormaza era la

⁶⁷ Folios 380 a 388 del cuaderno 1.

⁶⁸ Folios 389 y 390 del cuaderno 1.

⁶⁹ Folio 26 del cuaderno de pruebas.

⁷⁰ Folio 400 del cuaderno 1.

⁷¹ Folio 410 del cuaderno 1.

⁷² Ídem.

⁷³ Folio 381 del cuaderno 1.

⁷⁴ Folio 68 a 71 del cuaderno de pruebas.

mejor para los intereses de la administración, toda vez que, según la información contenida en las evaluaciones, su propuesta cumplió con las exigencias del pliego de condiciones y, además, dentro de las propuestas hábiles, la suya fue la que mayor puntaje obtuvo.

Advierte la Sala que, si bien en el expediente no obra la única propuesta con la que podía confrontarse la del consorcio Ramírez Hormaza (con la que sí se cuenta), lo cierto es que, a partir del contenido de las evaluaciones realizadas por el comité evaluador y las respuestas dadas por éste frente a aquellas, es posible inferir de manera razonada que las calificaciones de estos dos proponentes se ajustaron a los pliegos, tanto que no fueron objetadas por ellos mismos, ni por ningún otro participante en el proceso de selección; de hecho, el consorcio demandante y el señor Luis Gabriel Nieto García no presentaron objeciones frente a aquellos ítems en los que no fueron calificados con la mayor puntuación (como tampoco lo hicieron los demás proponentes), lo que sugiere que estuvieron de acuerdo con el puntaje que respecto de ellos les fue asignado e, igualmente, en relación con los ítems respecto de los cuales les fue asignado el mayor puntaje sus propuestas no fueron objeto de observación alguna por parte de los demás participantes en el proceso de selección.

Así las cosas, encuentra la Sala demostrado que la propuesta presentada por el consorcio demandante era la más favorable para los intereses de la administración y que, por tal razón, merecía ser la adjudicataria de la licitación pública MC-PU-05-2000; sin embargo, como ello no ocurrió, tiene derecho a que se le indemnice por los perjuicios que le fueron causados al habersele privado del derecho que le asistía de celebrar el respectivo contrato con Metrocali S.A.

5.6. La indemnización de perjuicios materiales solicitados por la demandante

Para analizar este punto, considera la Sala pertinente recordar que como elemento esencial para la procedencia de la responsabilidad contractual del Estado, según los mandatos del artículo 90 de la Constitución Política, se requiere de la exigencia del daño antijurídico en el patrimonio de un particular⁷⁵, por lo cual se impone determinar de manera precisa en qué consistió el daño causado al contratista.

Al respecto, es claro que el daño causado al consorcio demandante consiste en haberlo privado del derecho que tenía a ser adjudicatario y a celebrar el contrato y a ejecutarlo en su totalidad, perjuicio que se concretó en no haber percibido la utilidad

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163.

que esperaba obtener como resultado de la ejecución del contrato que hubiera celebrado (lucro cesante).

La indemnización a que está obligada la administración debe responder a las pruebas que permitan cuantificar, de manera precisa, el monto del perjuicio cuya reparación se demanda, lo cual impone señalar que la entidad contratante está obligada a reconocer el ciento por ciento (100%) de la ganancia o utilidad que el consorcio demandante tenía derecho a obtener por razón de la celebración y ejecución del contrato.

Así ha discurrido la Sala desde tiempo atrás⁷⁶:

“Definido como está en el sujeto al que se priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al decreto ley 222 de 1983. Ahora la Sala considera que, dada la naturaleza de perjuicio FUTURO y CIERTO, en las más de las veces del quantum del mismo **es determinable mediante la valoración de las propuesta que contiene por lo general LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS EN QUE INCURRIRÁ EL OFERTANTE** de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir, la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo.

“(…)

“El monto exacto de la utilidad esperada podrá determinarse dejando de lado los valores correspondientes a los costos directos e indirectos e que habría de incurrir el contratista para ejecutar el objeto contratado, toda vez que, como bien se afirmó en la sentencia No. 11344, no es dable reconocer al proponente privado ilegal e injustamente de la adjudicación de valores o costos relativos a inversiones o gastos que no realizó, precisamente por la imposibilidad de celebrar y ejecutar el contrato. Cuando se dispone una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación de contrato y de haberlo celebrado y ejecutado. El resarcimiento entendido como la ‘reparación que corresponde a la medida del daño’ solo se configura mediante el pago al damnificado del 100% del valor esperado por concepto de utilidad, toda vez que es esa medida del daño, por lo general” (destaca la Sala).

Este criterio es aplicable al sub-examine, toda vez el perjuicio deviene de no haber adjudicado el contrato a quien había presentado la mejor propuesta, ya que se está privando a la demandante de su derecho a percibir la utilidad lícita y plena que por la

⁷⁶ Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13792.

ejecución del contrato le hubiera podido corresponder y, por tanto, procede el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por este concepto mediante el pago del 100% de la utilidad o lucro cesante.

A folio 295 del cuaderno 1 obra el análisis del AIU de la propuesta que presentó el consorcio Ramírez Hormaza para el grupo III de la licitación pública MC-PU-05-2000, documento en el que discriminó los costos de administración, los de imprevistos y la utilidad esperada, calculada ésta última sobre un porcentaje del 6.80% de los costos directos del contrato, estimados en \$1.646'635.003, para una utilidad esperada de \$111'971.180, suma que, según lo expresado, es la que corresponde reconocer a favor del consorcio demandante a título de lucro cesante.

Ahora bien, debe proceder la Sala a actualizar el valor de la utilidad que esperaba recibir el consorcio demandante desde la fecha en la que habría finalizado la ejecución del contrato, momento en que la utilidad se habría percibido, y hasta la fecha en que se profiere la presente providencia:

En la cláusula quinta de contrato MC-OP-04-2000, celebrado entre Metrocali S.A. y Agremezclas S.A. el 7 de junio de 2001, se estipuló que el plazo del contrato sería de cinco meses contados a partir de la fecha de entrega del anticipo; sin embargo, como no obra en el expediente información acerca del momento en que se hizo dicha entrega, la Sala estima que un tiempo prudencial para tales efectos no podía superar un mes contado a partir de la celebración del contrato, por lo cual el término de cinco meses se contará a partir del 7 de julio de 2001 y, en consecuencia, se tendrá como fecha en la que se debía finalizar la ejecución de negocio jurídico el 7 de diciembre de ese mismo año.

En consecuencia, la suma de \$111'971.180 se actualizará desde el 7 de diciembre de 2001, hasta la fecha de la presente providencia, teniendo en cuenta para ello el índice de precios vigente en cada momento, con base en la siguiente fórmula:

$$RA = VH \times \frac{\text{Índice final (noviembre de 2018)}}{\text{Índice inicial (diciembre de 2001)}}$$

Índice inicial (diciembre de 2001)

$$RA = \$111'971.180 \times \underline{142.84}$$

RA= \$239'681.753

Así pues, de acuerdo con lo antes expuesto, la entidad demandada deberá pagar a la demandante la suma de **\$239'681.753**.

Finalmente, se precisa que, si bien la parte demandante solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a Metrocali S.A. a pagarle "los daños antijurídicos que le fueron causados, **entre ellos**, las sumas de dinero que hubiera percibido en el caso de haberle sido adjudicado el contrato y permitido ejecutarlo, a lo que tuvo derecho en razón de la utilidad presupuestada tal como se presenta en esta demanda ...", lo cierto es que el único daño que se encuentra acreditado es el que concierne a la pérdida de utilidad esperada; por tanto, en lo demás la pretensión será negada.

6. Condena en costas

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

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 27 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en su lugar, se dispone:

1.- DECLÁRASE la nulidad del acto de adjudicación de la licitación pública MC-PU-05-2000, contenido en la resolución 78 del 21 de mayo de 2001, únicamente en lo que al grupo III corresponde.

2.- DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato MC-OP-04-2001, celebrado entre Metrocali S.A. y Agremezclas S.A.

3.- CONDÉNASE a Metrocali S.A. a pagar, a favor del consorcio Ramírez Hormaza, la suma de doscientos treinta y nueve millones seiscientos ochenta y un mil setecientos cincuenta y tres pesos (\$239'681.753).

4. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TECERO: En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA