



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 250002326000200501092 01
Expediente: (39019)
Actor: CONSORCIO OBRAS 2004
Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ Y OTRO.
Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Temas: Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos precontractuales / Competencia de las entidades estatales para adjudicar en audiencia pública y de manera oficiosa sus procesos de selección de contratistas / Intangibilidad de los pliegos de condiciones una vez cerrada la licitación pública.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección A, el 18 de marzo de 2010, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El actor pretende que se declare la nulidad de la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004, “*Por la cual se profiere el acto de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 de la Secretaría de Educación de Bogotá, Distrito Capital*”, y del contrato 187 de 2004 suscrito entre la referida entidad pública y el

señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba; así como la indemnización de perjuicios, derivados del hecho de no habersele adjudicado el contrato a ese consorcio. Los motivos de inconformidad del actor radicarón en que la Secretaría de Educación de Bogotá, Distrito Capital (en adelante Secretaría de Educación), de manera oficiosa, y careciendo de competencia para el efecto, adjudicó el referido contrato en audiencia pública a un proponente que, en principio, no cumplía con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, pero que resultó como adjudicatario por efecto de una modificación de aquellos durante la etapa de adjudicación del proceso de selección.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 25 de abril de 2005, el señor Juan Carlos Sanabria Rodríguez, en calidad de representante legal del Consorcio Obras 2004, integrado por las HDS Ingenieros Civiles Ltda e INGOS Ltda, a través de apoderada¹, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, se dirigió en contra del Distrito Capital - Secretaría de Educación² y del señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare la nulidad de la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004, proferida por el secretario de educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., "Por la cual se profiere el acto de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-3004 de la Secretaria de Educación de Bogotá, Distrito Capital".

Que como consecuencia de la anterior determinación se declare nulo absolutamente el contrato administrativo celebrado entre la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL y EDGAR HERNANDO OLIVEROS CÓRDOBA. Oferente que resultó favorecido en la adjudicación de la licitación pública LP-SED-SPF-023-2004.

Que como consecuencia de las anteriores determinaciones, se condene a la parte demandada a cancelar a título de indemnización, una suma equivalente a la que hubiera percibido mi poderdante en el evento de que se hubiera ejecutado el contrato, la cual se determinó porcentualmente en

¹ La demanda inicialmente fue presentada con base en las facultades conferidas por el poder otorgado por el señor Juan Carlos Sanabria Rodríguez, quien actuaba como representante legal del Consorcio Obras 2004, sin embargo, el a quo a través de auto del 9 de junio de 2005 (fls. 22 - 23, c1), con el que inadmitió la demanda, ordenó que el poder debía ser otorgado por todos los integrantes del consorcio.

² En el mismo auto referido en el numeral anterior, el a quo ordenó que la corrección de la demanda se dirigiera contra el Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá.

una cifra de más de MIL CIENTO SESENTA (1.160) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, representados en perjuicios materiales y perjuicios morales.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a manera de restablecimiento del derecho conculcado, condénese a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., a indemnizar de manera integral al CONSORCIO OBRAS 2004, todos los daños y perjuicios que se hayan causado en razón y con ocasión de la expedición de la referida Resolución de Adjudicación, de la forma que lo establece el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

De no ser posible cuantificar el monto de todos los perjuicios durante el proceso, las condenas deberán hacerse en abstracto, para lo cual deberá disponerse el trámite respectivo, fijando las pautas o bases a que hubiere lugar, de conformidad con lo establecido en los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Que se condene a la parte demandada a que pague sobre las sumas a que resultare condenada, según la petición anterior, a favor de la actora o de quien represente sus derechos, los índices de devaluación monetaria registrados por el Banco de la República y/o el Departamento Administrativo de Estadística - Dane, durante el curso del proceso y hasta cuando se verifique el pago a título de indemnización monetaria de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Que se condene a la parte demandada o [a] quien haga sus veces al momento de notificación de la presente demanda, a cumplir el fallo que desate la litis dentro del término ordenado por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y 72 de la Ley 446 de 1998.

En caso de que no se dé cumplimiento al fallo dentro del término legal, la parte demandada cancelará a la actora o a quien represente sus derechos, intereses moratorios hasta el momento de su pago, lo anterior de conformidad con el fallo C-188 de 1999 de la Corte Constitucional.

Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar las agencias en derecho que genere el presente proceso, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C - 539 de julio 28 de 1999, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En caso de oposición a la presente demanda, se condene en costas a la Entidad Pública demandada, tal como lo establece el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

1.1. Los fundamentos de hecho

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos que, en síntesis, se expresan a continuación:

La Secretaría de Educación, en la Resolución 4114 del 30 de septiembre de 2004, ordenó la apertura de la Licitación Pública LP-SDE-SPF-023-2004, que tenía por

objeto seleccionar un contratista para la ejecución de las obras de mejoramiento en la institución educativa San Rafael de la ciudad de Bogotá, conforme a los planos, especificaciones y cantidades de obra que serían entregados por ella; con un presupuesto oficial estimado de \$ 1.240.018.933.62.

El proyecto de pliego de condiciones de la licitación fue publicado entre el 13 de septiembre de 2004 y el 22 de septiembre del mismo año, lapso durante el cual los interesados podían presentar sus observaciones.

La licitación se abrió el 20 de octubre de 2004 y se cerró el 30 de noviembre del mismo año. Al proceso se presentaron 8 oferentes.

La Secretaría de Educación evaluó las ofertas presentadas y dio traslado del informe de evaluación a los oferentes entre el 17 y el 23 de diciembre de 2004, para que presentaran sus observaciones. En el informe de evaluación fueron inadmitidas las ofertas presentadas por el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, el consorcio Especialistas SED 023, el consorcio UCA y el consorcio P & P - Construcciones 023.

La propuesta presentada por el Consorcio Obras 2004, ahora demandante, fue admitida en el informe de evaluación sin ninguna observación y obtuvo el máximo puntaje, 1000 puntos.

Entre el 23 y el 28 de diciembre de 2004, la Secretaría de Educación estudió las observaciones presentadas al informe de evaluación. En audiencia pública celebrada el 28 de diciembre de 2004, la misma secretaría dio respuesta a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación.

En la audiencia pública de adjudicación del 28 de diciembre de 2004, se modificó la decisión de rechazar la propuesta presentada por el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, a quien finalmente le fue adjudicado el contrato, mediante la Resolución 5796 de esa misma fecha. La Secretaría de Educación, en dicha audiencia, consideró que el listado de precios de insumos básicos (Anexo 8 - D) no era relevante, por no servir para la comparación de las ofertas y, en tal sentido, modificó el orden de elegibilidad consignado en el informe de evaluación.

Para el actor, esa conclusión contradice el Adendo 2 al pliego de condiciones, que consideró como requisito indispensable el diligenciamiento del Anexo 8 - D, sin lo cual las propuestas serían rechazadas.

La parte demandante adujo que por haber obtenido el máximo puntaje en el informe de evaluación (1000 puntos), debió ser la adjudicataria de la Licitación Pública LP-SDE-SPF-023-2004.

El 30 de Diciembre de 2004, entre la Secretaría de Educación y el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba se celebró el contrato 187, producto de la Licitación Pública LP-SDE-SPF-023-2004.

1.2. Los fundamentos de derecho

Manifestó el actor que la Secretaría de Educación vulneró y desconoció, entre otros, los siguientes artículos:

De la Constitución Política: 6, 29, 121 y 273.

De la Ley 80 de 1993: 24, numerales 5, literal b) y 7; 29 y 30 numeral 10.

Del Decreto 2170 de 2002: 3 y 29.

1.3. Concepto de violación

Según el actor, en la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004 se vulneraron los principios de legalidad y del debido proceso, conforme a los cuales deben adelantarse las actuaciones administrativas. Fundamentó su reproche, principalmente, en el hecho de haber convocado a audiencia pública para la adjudicación de la Licitación Pública LP-SDE-SPF-023-2004, con lo cual la Secretaría de Educación desconoció los artículos 273 de la Constitución Política y 30 numeral 10 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la adjudicación por audiencia pública solo podía realizarse por orden del Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal, previa solicitud de cualquiera de los proponentes.

En pocos términos, en su criterio, la audiencia pública celebrada para la adjudicación del contrato estuvo viciada de nulidad porque no fue ordenada por la Contraloría General de la República, previa solicitud de algún proponente.

Además señaló que la Resolución 5796 violó el principio de transparencia. En su sentir, la propuesta ganadora del proceso licitatorio debió ser la del Consorcio Obras 2004, ya que era la que ocupaba el primer lugar en el orden de elegibilidad, antes de la celebración de la audiencia de adjudicación.

Adujo que la Resolución 5796 de 2004 violó el principio de selección objetiva, porque la Secretaría de Educación decidió, en la audiencia de adjudicación, que la lista de insumos no era un elemento de evaluación, con lo cual desconoció que en esa lista se detallaban los precios ofrecidos por los proponentes, cuya ausencia estaba prevista en el pliego de condiciones como causal de rechazo de las propuestas, en la cual se encuadró el proponente seleccionado.

2. Actuaciones procesales

2.1. Trámite en primera instancia

Mediante auto del 9 de junio de 2005 (fls. 22 - 23 c1), el Tribunal de primera instancia inadmitió la demanda y ordenó su corrección, en relación con los siguientes aspectos: i) La demanda debe dirigirse contra el Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá; ii) el poder para demandar y adelantar las diferentes etapas procesales debe ser otorgado por todas las personas que integraron el consorcio; iii) debe aportarse copia auténtica de la Resolución 5796 de 2004, con su respectiva constancia de notificación; iv) debe aportarse copia auténtica del contrato suscrito entre la Secretaría de Educación y el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba; v) la demanda debe dirigirse también contra el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, favorecido con el proceso de selección, por existir un litis consorcio necesario por pasiva y vi) realizar la estimación razonada de la cuantía.

2.1.1. En escrito del 21 de junio de 2005 (fls. 24 - 52. c1), la apoderada de la demandante dio respuesta al auto del 9 de junio de 2005, así:

Presentó nuevamente el escrito de demanda, dirigido contra el Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá y el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba.

Aportó los poderes y certificados de existencia y representación legal de todos los integrantes del Consorcio Obras 2004.

Incluyó la estimación razonada de la cuantía.

Solicitó que fueran requeridas a la Secretaría de Educación, como pruebas documentales, entre otras, la Resolución 5796 de 2004, el contrato suscrito entre la Secretaría de Educación y el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, el pliego de condiciones y sus respectivas adendas.

2.1.2. En auto del 8 de septiembre de 2005 (fls. 54 - 55, c1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, admitió la demanda y ordenó notificarla a la Secretaría de Educación y al Ministerio Público y emplazar al señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, en los términos del artículo 318 del C.P.C., reformado por el artículo 30 de la ley 794 de 2003; cancelar los gastos de notificación; fijar en lista el proceso por el término de 10 días para los efectos previstos en el artículo 207 del C.C.A., y reconocer personería a la apoderada de la parte actora.

2.1.3. En auto del 24 de noviembre de 2005 (fl. 60, c1), una vez surtido el emplazamiento sin que el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba hubiera comparecido al proceso, el Tribunal dispuso designarle curador *ad - litem*.

2.1.4. En escrito del 11 de enero de 2006 (fls. 65 - 67, c1), la curadora *ad litem* del señor Oliveros Córdoba contestó la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a todas las pretensiones. En síntesis, manifestó como fundamentos de su defensa que el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba cumplió con todas las exigencias de la licitación y ofreció las mejores garantías para la contratación, tal como lo consideraron los delegados de la Secretaría de Educación de Bogotá, es decir, la escogencia del

señor Oliveros Córdoba fue totalmente transparente y se acomodó a los mandatos de la Constitución y la ley.

Así mismo, hizo énfasis en que la demanda no se dirigió contra su defendido, como se desprende del acápite de notificaciones de la misma.

2.1.5. La demanda fue notificada a la Secretaría de Educación (fl. 70, c1) el 19 de enero de 2006.

2.1.6. El 17 de febrero de 2006 (fls. 72 - 83, c1), la Secretaría de Educación contestó la demanda. Se opuso a todas las pretensiones y formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe y la genérica. Manifestó que actuó conforme a las normas contractuales y a las condiciones señaladas en el pliego de condiciones. Insistió en que acogió la sugerencia del comité evaluador en cuanto al retiro del Anexo 8 - D.

Afirmó que la Secretaría de Educación estaba adelantando 6 licitaciones con objetos similares a la Licitación Pública LP-SDE-SPF-023-2004, y en 4 de ellas se decidió que el Anexo 8 - D no era necesario para la comparación de las propuestas y lo retiró a través del Adendo 3.

2.1.7. El 15 de febrero de 2006 (fl. 71, c1), la parte actora presentó escrito de aclaración y corrección de la demanda, respecto al acápite 7 - Pruebas. En él indicó las direcciones de las personas que solicitó fueran llamadas a rendir testimonio

2.1.8. En auto del 14 de septiembre de 2006 (fl. 197, c1), el Tribunal admitió la corrección. Ordenó notificar a la Secretaría de Educación, a la curadora *ad litem* del señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, al Ministerio Público y fijar el asunto en lista por el término de 10 días, para los efectos previstos en el numeral 5 del artículo 207 del CCA.

2.1.9. La curadora *ad litem* (fl. 209, c1) y la Secretaría de Educación (fls.216 -224. c1), en escritos del 11 y 25 de septiembre de 2007,

respectivamente, contestaron el escrito de corrección de la demanda; ambas reiteraron lo expuesto en la contestación inicial.

2.1.10. El Ministerio Público guardó silencio.

2.1.11. Vencido el período probatorio, en auto del 20 de noviembre de 2008 (fl. 239, c1), el Tribunal de primera instancia corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

2.1.12. En escrito del 9 de diciembre de 2008 (fls. 241 - 245, c1), la parte demandante reiteró los argumentos que expuso en la demanda y afirmó que con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso se acreditaron los perjuicios que le fueron causados por la Secretaría de Educación al consorcio Obras 2004, en razón de su actuar irregular.

2.1.13. La Secretaría de Educación, la curadora *ad litem* del señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección A, profirió sentencia el 18 de marzo de 2010 (fls. 251 - 265, c8), en la cual denegó las pretensiones de la demanda. Esa decisión se fundamentó, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

La parte demandante no cumplió con la carga de la prueba necesaria para justificar sus pretensiones; las copias simples aportadas al proceso carecen de valor probatorio, pues no son originales ni tienen la calidad de copias auténticas, situación que impide al fallador examinar su pertinencia y conducencia respecto a los hechos que se pretenden probar. *“No es posible analizar la legalidad y prosperidad de los cargos, con los medios de convicción allegados al plenario en copia hábil u original”.*

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios, derivada de la privación del derecho a celebrar el contrato, estaba condicionada a que el demandante demostrara que formuló la mejor propuesta y, por tanto, que la adjudicación a otro proponente resultó contrario al ordenamiento jurídico porque no se escogió la mejor oferta. En otros términos, para la prosperidad de sus pretensiones la parte interesada debió demostrar que su oferta era más ventajosa que la adjudicada y que las de los demás oferentes, pero en este caso, el consorcio demandante no acreditó tales hechos.

4. Segunda Instancia

4.1 Recurso de apelación

En escrito del 16 de abril de 2010 (fl. 271, c8), la parte demandante manifestó su voluntad de apelar la sentencia del 18 de marzo de ese mismo año.

En escrito del 3 de agosto de 2010, sustentó su recurso (fls. 279 - 285, c8), que fue admitido por esta Corporación en auto del 3 de agosto del mismo año (fl. 294, c8), fundado en los argumentos que, en síntesis, se relacionan a continuación:

Precisó que ratificaba lo expresado en la demanda y en los alegatos de conclusión.

Expresó que todas las pruebas que se aportaron al proceso provenían de un ente público como lo era la Secretaría de Educación y no fueron tachadas de falsedad, de conformidad con el artículo 252 del C.P.C.; por tanto, cumplían con la presunción de autenticidad.

Insistió en que el Consorcio Obras 2004 formuló la mejor propuesta y, por tanto, el acto mediante el cual se adjudicó el contrato a otro proponente fue contrario al ordenamiento jurídico. Según el informe de evaluación, el Consorcio Obras 2004 era el único que contaba con 1000 puntos, el máximo posible en el proceso de selección, mientras que quien resultó finalmente ser adjudicatario no estaba admitido en el proceso de selección.

5. Actuación en segunda instancia

En auto del 3 de mayo de 2011 (fls. 326 - 327, c8), esta Corporación admitió el recurso de apelación y corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido dicho término se debía dar traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, en los términos del inciso 5 del artículo 212 C.C.A.

En escrito del 22 de junio de 2011 (fls. 330 - 336, c8), el Ministerio Público rindió su concepto. Concluyó que al Tribunal Administrativo de Cundinamarca le asistía razón al denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto el material probatorio allegado al proceso no cumplió con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil; precisó que las únicas pruebas allegadas correctamente fueron las aportadas por la parte demandada al contestar la demanda y que de ellas no se derivaba la certeza del desconocimiento de normas en materia de contratación estatal por parte de esa entidad.

Las partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: 1) competencia del Consejo de Estado; 2) acción ejercida y oportunidad de la misma; 3) legitimación en la causa; 4) el caso concreto; 5) adjudicación de licitaciones en audiencia pública, antes de la Ley 1150 de 2007; 6) posibilidad de modificar el pliego de condiciones una vez cerrada la licitación 7) restablecimiento del derecho; 8) costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección A, el 18 de marzo de 2010 (fls. 251 - 265. c8), por cuanto el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que

se presentó la demanda³, asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para “*juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”⁴, cabe precisar que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 144 del Decreto 1421 de 1993, a las entidades del Distrito Capital, entre ellas la Secretaría de Educación, le son aplicables las normas del Estatuto general de contratación pública.

Por su parte, el contrato 187 de 2004, cuya nulidad también se demandó, era de obra pública, modalidad contractual prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; además, la Resolución 5796 de 2004 “*por la cual se profiere el acto de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 de la Secretaría de Educación de Bogotá, Distrito Capital*” fue un acto administrativo proferido con ocasión del proceso licitatorio que dio origen al contrato demandado, regido por el estatuto de contratación de las entidades estatales, Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 75 dispuso que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de contratos estatales era el de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Por otro lado, en razón de la cuantía, la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada en 700 salarios mínimos⁵. Para la época de interposición de la demanda, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia ante esta Corporación, según lo previsto en el numeral 5 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, los procesos promovidos en ejercicio de la acción relativa a contratos cuya cuantía excediera de 500 salarios mínimos.

2. La acción ejercida y oportunidad de la misma

Las pretensiones de la demanda estuvieron orientadas a obtener la declaración de nulidad de la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004, mediante la cual la Secretaría de Educación adjudicó la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 al señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba y del contrato 187 de 2004, producto de esa licitación.

³ 25 de abril de 2005

⁴ La Secretaría de Educación, Distrito Capital, es una entidad del orden central del Distrito Capital. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, tiene el carácter de entidad estatal.

⁵ Conforme con lo establecido en el acápite correspondiente a la estimación razonada de la cuantía (fl. 39, c1)

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó el actor, a título de restablecimiento del derecho, la indemnización de perjuicios.

La acción ejercida fue la de controversias contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, según el cual *“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”*.

En relación con la modificación del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., la Sección Tercera de esta Corporación señaló⁶:

El inciso segundo de la norma transcrita, estableció una innovación considerable en materia de caducidad de las acciones en contra de los actos previos a la celebración del contrato, en tanto los sustrajo de la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses previsto en el art. 136 del C. C. A. para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que sólo podrán impugnarse dentro del término especial de los 30 días, siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso, cualquiera sea la acción que se escoja.

De la misma manera, debe entenderse modificado por la preceptiva anterior el párrafo 1º del art. 77 de la ley 80 de 1993, en tanto la impugnación del acto de adjudicación debe ejercerse dentro del término especial señalado por el art. 87 del C. C. A. y no en el general previsto por el art. 136 (...).

Como la norma lo indica, los actos previos a la celebración del contrato serán susceptibles de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales caducarán en un término de treinta días a partir de su comunicación, notificación o publicación. (...) Estas consideraciones armonizan con las apreciaciones hechas por la Corte Constitucional (...) en la sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001.

A partir de lo indicado por esta Corporación, resulta claro que los actos previos a la celebración del contrato eran susceptibles de las acciones de nulidad y de nulidad y

⁶ Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777. C.P: Ricardo Hoyos Duque.

restablecimiento del derecho, según el caso⁷, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

De otra parte, acerca de la viabilidad de formular la demanda contra el acto de adjudicación cuando la celebración del contrato ocurre con anterioridad al vencimiento del término de 30 días mencionado en la norma, la Sala también observó⁸:

Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado”.

Cabe anotar que la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 expresó:

De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

⁷ Cabe recordar que la escogencia de la acción no puede ser caprichosa o carente de criterio, debe obedecer a los efectos que con la misma el actor pretenda obtener. En otras palabras, la acción procedente dependerá de las pretensiones del actor en cada caso. Al respecto, véase la sentencia con exp 41023 del 25 de julio de 2019, en la que se analizaron los criterios para la escogencia de la acción en cada caso.

⁸ Ibidem.

En conclusión, para la fecha de presentación de la demanda los actos precontractuales debían impugnarse de conformidad con el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, es decir, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, no en los términos generales del plazo de caducidad de 4 meses previsto en el art. 136 del C. C. A. para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Transcurridos esos 30 días, los actos previos al contrato sólo podrían ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta del contrato.

En tal sentido, esta Subsección, en tesis aún vigente, determinó tres “hipótesis espacio temporales de la acción procedente contra los actos previos”⁹, las cuales por su pertinencia, se transcriben a continuación:

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 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

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, radicado 25646. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

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 propósito¹⁰.

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 previos¹¹, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de

¹⁰ 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 un 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.

¹¹ 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.

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 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 correspondiente¹².

Antes de analizar la oportunidad en la presentación de la demanda en el caso concreto, conforme con las hipótesis expuestas y, con fundamento en lo probado en el proceso, la Sala considera necesario precisar que el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80¹³ de 1993, vigente al momento de expedirse la resolución atacada, preveía que en los eventos en los cuales los procesos de selección eran adjudicados en audiencia pública, la respectiva resolución de adjudicación se entendía notificada a los no adjudicatarios en la respectiva audiencia, con independencia de que hubieran asistido o no a ella¹⁴.

¹² 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.

¹³ Derogado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 2009, radicado 17760. CP.: Mauricio Fajardo Gómez.

Considerando lo anterior y teniendo en cuenta que la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 se realizó el 28 de diciembre de 2004 (fls. 188 - 190. c5), debe entenderse que la Resolución 5796 quedó notificada en esa misma fecha; por tanto, el término de 30 días, a que se refiere el inciso segundo del artículo 87 de Código Contencioso Administrativo, corrió entre el 29 de diciembre de 2004 y el 9 de febrero de 2005.

De otro lado, el contrato 187 de 2004, derivado de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, fue celebrado el 31 de diciembre de 2004 (fls. 191 - 199. c5). De ahí, concluye la Sala, que el caso estudiado se ubica en la tercera hipótesis de las referidas por la jurisprudencia de esta Subsección. En consecuencia, la acción procedente para obtener la nulidad del acto de adjudicación y del contrato que de él se derivó era la contractual, en los términos previstos en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que fue la que efectivamente ejerció el actor y el término para interponerla era de treinta días contados a partir del día siguiente a la notificación del acto de adjudicación, por cuanto pretendía no solo la nulidad del contrato sino también la del acto de adjudicación y el restablecimiento del derecho.

Sin embargo, es preciso indicar que la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el día 2 de febrero de 2005, es decir, que a partir del 20 de abril de 2005, fecha en que se expidió la certificación por parte del Procurador Segundo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁵, aún contaba con 7 días para interponer la demanda en tiempo, los cuales vencían el 29 de abril de ese mismo año. Como la demanda se presentó el 25 de abril de 2005, la Sala concluye que el ejercicio de la acción fue oportuno, incluso, para reclamar el restablecimiento patrimonial de los derechos conculcados.

Bajo las premisas indicadas, la Sala analizará los cargos de nulidad manifestados por el actor, en relación con el acto de adjudicación y el contrato.

¹⁵ Para contar el término de caducidad de la acción, debe considerarse lo previsto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 – que señala: “ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.

2.1. Legitimación en la causa

Legitimidad en la causa por activa

En el presente caso, el consorcio Obras 2004 demandó, en el marco de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, la nulidad de la resolución de adjudicación y del contrato celebrado con ocasión de la misma, por considerar que ambos adolecían de vicios de nulidad que afectaron su derecho a ser adjudicatario del referido proceso de selección y de suscribir el respectivo contrato.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Tercera, unificó su jurisprudencia respecto a la capacidad de los consorcios para comparecer, como en el caso que ahora se resuelve, en procesos judiciales en los que se debatieran asuntos de su interés y de los cuales fuera su titular:

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 representante¹⁶.

Apartir de la sentencia de unificación citada, debe considerarse que el hecho de que los consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica propia e independiente de las personas que los componen, tal situación no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos activos o pasivos en un proceso judicial, toda vez que es posible que los consorcios concurren a procesos judiciales como demandantes, como demandados o como intervinientes, siempre y cuando cuenten para el efecto con la debida representación.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SALA PLENA, sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, radicado 19933. CP: Mauricio Fajardo Gómez.

Respecto a la representación de los consorcios en procesos judiciales, la misma sentencia de unificación citada indicó:

[A]unque en el texto de la Ley 80 se encuentran perfectamente claras las limitaciones generales que podrían afectar la representación en asuntos contractuales, al distinguir, de una parte, entre la presentación de la propuesta por oposición a la celebración del contrato y, de otra parte, la representación judicial frente a la representación extrajudicial, de todas maneras, y aquí radica la importancia de lo normado en el parágrafo 1º del artículo 7 de la Ley 80, ninguna diferenciación introdujo el mismo legislador en relación con el alcance de las facultades de los representantes de los consorcios y de las uniones temporales, comoquiera que determinó con precisión que quien sea designado llevará la representación de esas agrupaciones para todos los efectos, cuestión que involucra, precisamente, todas las actuaciones anteriormente aludidas, entre las cuales se encuentran –bueno es reiterarlo-, aquellas actuaciones tanto de índole judicial como extrajudicial.

En tal sentido, el señor Juan Carlos Sanabria Rodriguez, desde el momento de la conformación del consorcio Obras 2004 (Fls. 4 y 5. C4), se encontraba, para todos los efectos, facultado para representarlo.

No obstante, además de lo anterior, cada uno de los integrantes del consorcio, en cumplimiento de los requerimientos hechos por el *a quo* para admitir la demanda (fls. 23 y 23. C1), otorgó poder a la misma apoderada judicial para que representara los intereses del consorcio Obras 2004.

Conforme con lo expuesto, el consorcio Obras 2004 se encontraba legitimado en la causa por pasiva para actuar en el presente proceso.

Legitimidad en la causa por pasiva

La Secretaría de Educación estaba legitimada por ser la entidad precontratante en la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, proceso de selección en virtud del cual fue expedida la Resolución 5796 de 2004 y celebrado el Contrato 187 de 2004, cuya nulidad, en ambos casos, fue demandada por el actor.

Así mismo, encuentra la Sala que el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba está legitimado en la causa por pasiva, en tanto resultó seleccionado en la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 y suscribió, en calidad de contratista, el contrato 187 de 2004.

3. Régimen jurídico aplicable a la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, adelantada por la Secretaría de Educación de Bogotá

En atención de lo anterior y, previo a abordar el estudio de la apelación, la Sala precisará el régimen jurídico que rigió el proceso de selección adelantado por la Secretaría de Educación. Asunto necesario para resolver de fondo la cuestión planteada.

La Secretaría de Educación al momento de abrir el proceso de Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004¹⁷, era una entidad pública perteneciente al nivel central del Distrito Capital de Bogotá, con autonomía administrativa y financiera, creada mediante el Acuerdo 26 de 1955, expedido por el Concejo de Bogotá. Por tanto, estaba sujeta a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, la Secretaría de Educación debía observar, en desarrollo de la plurimencionada Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, las etapas exclusivas, excluyentes y perentorias previstas en la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables al caso concreto y, así mismo, desarrollar todas sus actividades con arreglo a los principios de transparencia, planeación, selección objetiva, economía, eficacia, eficiencia, publicidad y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa y los principios de la contratación pública¹⁸.

En particular, considerando que tanto en la demanda como en la apelación el actor cuestionó el adecuado desarrollo de la licitación pública y la suscripción del contrato derivado de ella, la Sala centrará su atención en la observancia por parte de la demandada de los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso concreto,

¹⁷ La Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 fue abierta mediante la Resolución 4114 del 30 de septiembre de 2004.

¹⁸ Ley 80 de 1993. Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo...*

en particular, lo dispuesto en los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993 que establecieron, respectivamente, el principio de transparencia y las reglas y etapas aplicables a los procesos de licitación pública, ambos de estricto cumplimiento por ser de orden público.

En este punto, la Sala insiste en que las entidades en materia de contratación están sujetas estrictamente a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, es decir, las etapas de preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado son eminentemente regladas. Las entidades están en la obligación de cumplir estrictamente el procedimiento fijado por el orden jurídico y los principios que permean tanto la preparación como la ejecución y la liquidación de los contratos, para garantizar el cumplimiento de los fines estatales que se pretenden satisfacer con la actividad contractual.

En materia de contratación pública emerge con imperante fuerza el principio de legalidad, bajo el conocido aforismo según el cual los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico mientras que las autoridades por su parte solo pueden hacer lo que expresamente les permite la ley, conforme con lo establecido por los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política.¹⁹

En consecuencia, el principio de legalidad es soporte medular de la contratación pública, dado que es presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus manifestaciones (precontractual y contractual), y se concreta en el postulado según el cual ella debe estar conforme con el ordenamiento jurídico.

4. Hechos probados

Como precisión previa, debe la Sala advertir que, contrario a lo considerado por el *a quo*, valorará las pruebas documentales que, en copia simple obran en el proceso,

¹⁹ “ART. 6º- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” “ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

toda vez que la Secretaría de Educación, en su calidad de demandada no cuestionó su veracidad.

Al respecto, la Sala Plena de esta Sección, en providencia del 28 de agosto de 2013²⁰, precisó:

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Conforme con lo anterior y, considerando el acervo documental obrante en el proceso, se tendrán por probados los siguientes hechos, relevantes para resolver el caso concreto²¹:

En el numeral 1.1.2. del pliego de condiciones definitivo se determinó el objeto de la licitación así: *“Seleccionar en igualdad de oportunidades al proponente que ofrezca las mejores condiciones para contratar la ejecución de las obras de mejoramiento integral (reforzamiento y mejoramiento), de acuerdo a los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados por la SED, de la Institución*

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022), M.P.: Enrique Gil Botero.

²¹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas; así mismo, la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 30 de septiembre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00 (REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Educativa Distrital SAN RAFAEL de la localidad No.8 de KENNEDY en la calle 42B No. 781-05 de la ciudad” (fls. 1 - 160. c7).

En el numeral 1.2.7. de los pliegos de condiciones -Aclaraciones a los documentos del proceso-, se estableció que todas las consultas o solicitudes de aclaración a los mismos debían ser presentadas por escrito y hasta cuatro (4) días hábiles antes de la fecha prevista para el cierre; así mismo, que cualquier modificación o adición al pliego de condiciones sería comunicada por escrito mediante adendos y precisó que, en todo caso, solo tendrían validez aquellas modificaciones al pliego de condiciones que fueran incorporadas a este mediante adendo.

En el numeral 1.2.13. del pliego de condiciones se indicó que, en desarrollo del principio de transparencia, la Secretaría de Educación adjudicaría la licitación en audiencia pública.

En el numeral 4.1.3.-criterios de evaluación- del pliego de condiciones, se estableció que se evaluarían los aspectos jurídicos, financieros, técnicos y económicos de las propuestas, según fuera el caso. Los aspectos jurídicos y financieros no otorgaban puntaje pero determinaban la admisibilidad de las propuestas y habilitaban para la evaluación técnica y económica.

En el numeral 4.1.8. -evaluación económica- de los pliegos de condiciones se determinó que la misma se efectuaría de conformidad con lo establecido en los anexos correspondientes a ese aspecto. En principio, los anexos correspondientes a la información económica de las propuestas fueron el 8A- propuesta económica; 8B - presupuesto de obra y 8C - Presupuesto de ajuste de diseños.

Luego, a través de la adenda 2 (fls. 6 – 12, c7) , se adicionó el numeral 3.6.2. - documentos económicos- del pliego de condiciones. En ella se incluyó un nuevo numeral, el 3.6.2.4. - listado de precios de insumos básicos- y un nuevo anexo, el 8D; así (se transcribe de forma literal):

*2.7. Se adiciona al numeral 3.6.2 DOCUMENTOS ECONÓMICOS. Así:
3.6.2.4 LISTADO DE PRECIOS DE INSUMOS BÁSICOS – ANEXO N° 8D
En el Anexo N° 8D los proponentes deberán relacionar el Costo Neto, IVA y el Valor Total para cada uno de los insumos relacionados en el mismo.
Este listado de Precios de Insumos Básicos será la base para desarrollar los A.P.U y para el cálculo de los ítems que surjan en el transcurso del contrato.*

Radicación número:
25000232600020050109201(39019)
Actor: Consorcio Obras 2004
Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Educación
de Bogotá y otro.
Referencia: Acción de Controversias Contractuales

En caso de diferencias entre los precios expresados en los A.P.U y este listado, para efectos de la composición del valor de los ítems adicionales, el valor del insumo será el menor valor expresado ya sea en el A.P.U o en el listado de insumos básicos.

En el evento que surja una actividad adicional que requiera insumos no contemplados en el anexo durante la ejecución del contrato, el valor de estos deberá estar determinado por los precios del mercado previamente aprobados por el interventor.

No se aceptarán modificaciones en los ítems, ni en las unidades, ni las propuestas que no contengan la totalidad de los ítems enunciados en el Anexo N° 8D. Dichos errores darán lugar a que la propuesta sea calificada como no cumple, dando lugar al rechazo económico.

La no presentación del Anexo N° 8D dará lugar al rechazo económico de la propuesta.

Conforme con lo dispuesto en el Adendo 2 y en el Anexo 8D, los proponentes debían relacionar el costo neto, el IVA y el valor total para cada uno de los insumos relacionados en el mismo; este listado sería la base para desarrollar los análisis de precios unitarios (A.P.U.) y para el cálculo de los ítems que surgieran durante la ejecución del contrato.

Por otro lado, el Adendo 2 fue claro en establecer que no se aceptarían modificaciones en los ítems, ni en las unidades, ni en las propuestas que no los contuvieran en su totalidad; esos errores darían lugar a que *“la propuesta sea evaluada como no cumple, dando lugar al rechazo económico”* y en que la no presentación del Anexo 8D daría lugar al rechazo económico de la propuesta.

La Licitación Pública LP-SDE-SPF-023-2004 se abrió el 20 de octubre de 2004 y se cerró el 30 de noviembre de ese mismo año, a las 3.30 pm.

Según el informe de evaluación de propuestas, elaborado por la Dirección de Contratación de la Secretaría de Educación, al proceso de selección se presentaron 8 propuestas correspondientes a: Unión Temporal Iván Giraldo - Inciteco LTDA; Consorcio UCA; Consorcio P & P Construcciones - 023; Edgar Oliveros; Consorcio Especialistas SED 023; Consorcio Obras 2004; Constructora Obras y Proyectos y la Unión Temporal EDRO. (fls. 314 - 317. C5).

En el documento denominado *“Consolidación Evaluación Jurídica, financiera, técnica y económica de la Secretaría de Educación”*, se consignó el siguiente cuadro (fl. 334, c2). :

Radicación número:
25000232600020050109201(39019)
Actor: Consorcio Obras 2004
Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Educación de Bogotá y otro.
Referencia: Acción de Controversias Contractuales

PROPONENTE	JURÍDICA	FINANCIERA	TÉCNICA	ECONOCMICA	PUNTAJE TOTAL	OBSERVACIONES GENERALES
UT. IVÁN GIRALDO - INCITECO LTDA	Adm	Adm	Adm		400	
CONSORCIO UCA	N/Adm	Adm	Adm	N/Adm	0	El proponente no es admisible jurídicamente, además no es admisible económicamente ya que no anexa el formulario 8D - Listado de insumos-.
CONSORCIO P&P CONSTRUCCIONES - 023	Adm	Adm	N/Adm		400	No cumple técnicamente ya que el profesional incluído para control de seguridad industrial no cumple con lo solicitado para la vigencia de su matrícula profesional la cual debió ser expedida con 6 meses de anterioridad y la fecha de expedición es del 3 de octubre de 2003.
EDGAR HERNANDO OLIVEROS CÓRDOBA	Adm	Adm	Adm	N/Adm	0	El proponente no es admisible económicamente ya que no anexa el formulario 8D (Listado de insumos).
CONSORCIO ESPECIALISTAS 023	N/Adm	N/Adm	Adm	N/Adm	0	El proponente no es admisible ni jurídica, ni financiera, ni económicamente ya que no anexa el formulario 8D (Listado de insumos).
CONSORCIO OBRAS 2004	Adm	Adm	Adm		400	
CONSORCIO OBRAS Y PROYECTOS	N/Adm	N/Adm	Adm		0	El proponente no es admisible ni jurídica ni financieramente.
UNION TEMPORAL "EDRO"	Adm	Adm	Adm		0	

El orden de elegibilidad, según el cuadro consolidado de la evaluación (fl. 338, c5), quedó así:

PROponentes no elegibles		
CONSORCIO UCA	N/Adm jurídica ni económicamente.	Ver evaluación específica de cada aspecto.
CONSORCIO P&P CONSTRUCCIONES 023	N/Adm técnicamente	Ver evaluación específica de cada aspecto.
EDGAR HERNANDO OLIVEROS CORDOBA	N/Adm económicamente	Ver evaluación específica de cada aspecto.
CONSORCIO ESPECIALISTAS SED 023	N/Adm jurídica, financiera y económicamente.	Ver evaluación específica de cada aspecto.
CONSORCIO OBRAS Y PROYECTOS	N/Adm jurídica ni financieramente	Ver evaluación específica de cada aspecto.

PROponentes elegibles			
PROponente	PUNTAJE TÉCNICO	PUNTAJE ECONÓMICO	PUNTAJE TOTAL
UNION TEMPORAL IVÁN GIRALDO - INCITECO LTDA	400	503.18	903.18
CONSORCIO OBRAS 2004	400	600	1.000.00
UNION TEMPORAL EDRO	0	136.79	136.79

ORDEN DE ELEGIBILIDAD	
PROponente	PUNTAJE FINAL
CONSORCIO OBRAS 2004	1.000.00
UNIÓN TEMPORAL IVÁN GIRALDO - INCITECO.	903.18
UNION TEMPORAL EDRO	136.79

El 28 de diciembre de 2004, según consta en la respectiva acta (fls. 339 - 422, c5), se llevó a cabo la audiencia de adjudicación de la Licitación Publica LP-SED-SPF-023-2004, en la cual, previa presentación de los asistentes, entrega del informe de recomendación de adjudicación a cada proponente e intervención de cada uno de ellos, la Secretaría de Educación procedió a responder las observaciones presentadas, para, posteriormente, adjudicar el contrato.

En la audiencia de adjudicación intervino el proponente Edgar Hernando Oliveros Córdoba, quien, a la postre, resultó adjudicatario de la licitación. En síntesis, manifestó (fls. 375 – 377, c5): *“Con respecto a esta licitación, me permito solicitar que se habilite la oferta porque está siendo eliminada porque no tenemos el listado de los insumos, es muy clara la parte de las fechas, el Adendo 2 el cual fue conjunto para las licitaciones 19 a 26, en el folio 3 solicitó el listado de insumos Anexo 8-B, pero en el listado de aclaraciones de fecha 26 de noviembre de 2004, en el folio 5 es muy claro que la entidad se comprometió con todos los oferentes a que los oferentes no deberán entregar con su propuesta el listado de insumos, dijeron ‘las aclaraciones relacionadas con este tema se efectuarán mediante adendo’, que es, que al adquirir nosotros los pliegos, existe un compromiso bilateral que así haya existido una omisión de sacarlo mediante adendo, que como lo manifestó un oferente es el único medio legal para el cambio de los pliegos de condiciones, acá la Entidad también está realizando un mandato, es un mandato muy claro firmado por la Entidad, posteriormente sacó el Adendo 3 y el Adendo 4 pero nunca cumplió con este compromiso que hizo en la aclaración 2 de fecha 26 de noviembre. Por tanto, en este evento la Entidad generó una confusión y se entiende que se debe fallar en favor de los oferentes. Apreciación que, anticipa la Sala, no es acertada, como se precisará más adelante.*

La Secretaría de Educación dio respuesta a la observación presentada por el proponente Edgar Hernando Oliveros Córdoba (fls. 399 - 400, c5), así : *“...en cuanto a lo que nos hacen alusión a que no llenan todos los ítems, y como el comité evaluador quitó el Anexo 8D, entonces obviamente ya no procede porque ya no estamos evaluando ese anexo . . .”.*

La Secretaría de Educación se refiere a la respuesta dada al señor Oliveros Córdoba, con ocasión a la observación presentada por él, en idéntico sentido, pero en la licitación 20 que conjuntamente con la 23 adelantaba la entidad demandada, sobre la cual se volverá más adelante y en la cual indicó (se transcribe de forma literal la parte pertinente):

El comité evaluador hizo un amplio debate sobre el tema, y consideró que efectivamente el anexo 8D no es necesario para la comparación objetiva de las propuestas. Complementando la respuesta tenemos 6 licitaciones, con objetos similares y cada una es independiente, tenemos un mismo evaluador que es la Secretaría de Educación, en cuatro de ellas entendimos que el tema de los insumos

no era necesario para la comparación de las propuestas, tanto así que los quitamos en esas cuatro. Generamos cierta inquietud en relación con la aclaración y se presenta cierta contradicción, pero hay algo claro eso no es necesario para comparar las propuestas, además es un elemento requerido para la futura contratación. El artículo 24 de la Ley 80, en virtud del principio de transparencia establece “se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso. 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. Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”. Volvemos al inciso 2 del numeral 15 del artículo 25, dice “No es título suficiente rechazar propuestas por la ausencia de la presentación de un documento que en estricto sentido es requerido para la futura contratación”, en ese orden de ideas como bien anota todo el mundo, supera la ley a los pliegos de condiciones y no tenemos ningún otro camino más que no tener en cuenta el anexo 8D.

... la ley nos dice que si hay alguna situación de esta índole no le hagamos caso, y además nos dice que no podemos rechazar cuando el único título es un documento requerido para la futura contratación.

Posteriormente, la Secretaría de Educación expidió la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004, suscrita por su representante legal, *“Por la cual profiere el acto de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 . . .”*, en la que adjudicó la referida licitación al proponente Edgar Hernando Oliveros Córdoba.

En cumplimiento de lo establecido en la Resolución 5796, la Secretaría de Educación del Distrito y el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, suscribieron el contrato 187 del 31 de diciembre de 2004.

4. El problema jurídico

Una vez revisado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en el que manifestó que ratificaba todos y cada uno de los argumentos presentados en los escritos de demanda y alegatos de conclusión, deberá establecer la Sala si, como lo sostuvo el apelante:

i) La Secretaría de Educación violó el principio de legalidad y el derecho fundamental al debido proceso, puesto que desconoció el contenido del artículo 273 de la Constitución Política, según el cual la adjudicación por audiencia pública solo podía realizarse cuando fuera ordenada por el Contralor General de la República, a condición de que mediara solicitud previa de cualquiera de los proponentes, situación

que no ocurrió en el caso concreto, toda vez que la audiencia pública de adjudicación celebrada el 28 de diciembre de 2004 no fue ordenada por la Contraloría Distrital que sería la competente, por cuanto ningún proponente la solicitó.

ii) La Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004 violó los principios de transparencia y de selección objetiva, porque en la misma audiencia de adjudicación la Secretaría de Educación decidió, a instancia de las observaciones presentadas por el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba, quien resultó adjudicatario del proceso de selección, que el listado de precios de insumos básicos - Anexo 8D- no era necesario presentarlo, ya que no servía para la comparación de las propuestas y, por ende, para realizar la selección objetiva del contratista, desconociendo así que en la Adenda 2 se consideró, por parte de la Secretaría de Educación, que el Anexo 8D era un requisito indispensable para la evaluación de las ofertas, sin el cual las mismas serían rechazadas.

5. Análisis de la Sala

5.1. Nulidad de la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004 y del contrato 187 del 31 de diciembre de 2004, por adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, en audiencia pública

Lo primero que debe precisar la Sala es que la adjudicación de la licitación en audiencia pública fue una instancia prevista por la entidad desde el pliego de condiciones, para proveer al proceso de selección de un mecanismo de garantía de transparencia y publicidad en la gestión contractual²².

En tal sentido, la adjudicación en audiencia pública de la licitación LP-SED-SPF-023-2004, en principio, no conllevó la vulneración de ninguna garantía para quienes

²² Al respecto, señaló la Entidad en pliegos de condiciones, numeral 1.2.13.- ADJUDICACIÓN-, lo siguiente: “La adjudicación del contrato se hará dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en la que haya concluido el plazo de traslado de las evaluaciones a los proponentes. En desarrollo del principio de transparencia, la Secretaría de Educación D.C. adjudicará la Licitación en audiencia pública. La fecha de la audiencia de adjudicación podrá ser consultada en internet en la siguiente dirección www.bogota.gov.co/contratación y será comunicado por escrito a quien(es) haya(n) presentado oferta.

participaron en ese proceso de selección; por el contrario, como se indicó, constituyó un esfuerzo por parte de la entidad para proveer el proceso de mecanismos de transparencia y publicidad.

Sin embargo, no desconoce la Sala que para la fecha en la que se llevó a cabo la audiencia pública esta misma Corporación, mediante providencia de 27 de noviembre de 2003, confirmada en auto de 13 de mayo de 2004, había suspendido provisionalmente el artículo 3 del Decreto 2170 de 2002²³, que otorgaba competencia a las entidades públicas para ordenar la celebración de audiencias públicas para la adjudicación de sus procesos de licitación, por encontrar que esa disposición reglamentaria invadía competencias que tenían reserva de ley.

Para la Sala es evidente que el artículo 3 del decreto 2170 de 2002, contradice las normas constitucionales y legales citadas, razón por la cual se procederá a decretar la suspensión provisional del mismo, por las siguientes razones:

Tanto el art. 273 de la Constitución como el numeral 10 del art. 30 de la ley 80 de 1993, establecen que la adjudicación de una licitación debe realizarse en audiencia pública cuando así lo solicite cualquiera de los proponentes al Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes. Así mismo, la ley señaló las personas que debían intervenir en ella: el jefe o representante de la entidad, o en quien delegue, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

Cuando el artículo 3 del decreto 2170 de 2002, al reglamentar las audiencias de adjudicación amplía la posibilidad de que se realicen de oficio si así lo decide la entidad estatal, excede la norma reglamentada. Igualmente, al establecer las reglas para la celebración de dicha audiencia pública invade un campo que la Constitución en el art. 273 le reservó a la ley. Por consiguiente, deberá suspenderse en forma provisional sus efectos, a excepción de lo dispuesto en el parágrafo de la norma, como quiera que reglamenta un asunto diferente.²⁴

²³ Cabe precisar que para el 28 de diciembre de 2004, fecha de celebración de la audiencia pública de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, no estaba vigente el artículo 5 del Decreto 287 de 1996, que preveía que la decisión de que la adjudicación de una licitación tuviera lugar en audiencia pública, podía ser ordenada, además del Contralor General de la República en los términos previstos en el artículo 273 de la Constitución Política, también podía serlo de oficio por la entidad estatal.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 27 de noviembre de 2003, Exp. 25.206. Confirmado posteriormente por la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA del 3 de diciembre de 2007, radicados acumulados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447). CP: Ruth Stella Correa Palacio.

En consecuencia, en términos de jerarquía normativa, debía ser una ley²⁵ la que estableciera los casos en que procedía la adjudicación de procesos de licitación en audiencia pública y las condiciones en que la misma debía realizarse, por cuanto no correspondía al Gobierno Nacional determinar, por vía de reglamento, su procedencia en un caso concreto. Es decir, se suspendió una norma por exceder facultades reglamentarias, pero en forma alguna se prohibió a las entidades públicas la posibilidad de, en aras de garantizar los principios de publicidad y transparencia que rigen la contratación administrativa, realizar audiencias públicas para adjudicar sus licitaciones; no entenderlo así representaría un contrasentido conceptual y lógico.

Para concluir, con la adjudicación en audiencia pública de la Licitación LP-SED-SPF-023-2004, la Secretaría de Educación no vulneró los principios de legalidad, debido proceso y economía, que rigen la contratación pública en Colombia. Esto por cuanto ese ente público no omitió ninguna de las etapas o reglas de la licitación pública, no incluyó procedimientos adicionales; no incurrió en ninguna prohibición constitucional o legal; ni vulneró las garantías o derechos de quienes participaron en ella. En otras palabras, la Secretaría de Educación tenía la obligación constitucional y legal de adjudicar la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 y así lo hizo, sin vulnerar ningún derecho, principio o garantía.

5.2. Nulidad de la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004 y del contrato 187 del 31 de diciembre de 2004, por violación de los principios de transparencia y selección objetiva

Manifestó el apelante en su recurso que la Secretaría de Educación violó el principio de selección objetiva, puesto que decidió en la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 que la lista de insumos no era un elemento de selección objetiva, desconociendo que en ese listado se debía detallar

²⁵ La Ley 80 de 1993, en su Artículo 30, numeral 10, determinó, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el Artículo 273, las condiciones bajo las cuales se realizaría la audiencia de adjudicación de licitaciones y quiénes podrían participar en ella; guardando silencio respecto de otros eventos en los que procedía. Situación diferente a lo ocurrido en la Ley 1150 de 2007, en la que el legislador expresamente dispuso que además de los eventos previstos en el artículo 273 de la Constitución Política, todos los procesos de licitación serían adjudicados en audiencia pública.

el precio de los materiales, los equipos y las actividades necesarias para la ejecución de la obra y que, así mismo, se estableció por parte de la entidad demandada, a través del Adendo 2, como requisito objetivo de inadmisión de las propuestas, es decir, que el oferente que no lo presentara incurriría en una de las causales de rechazo previstas en el pliego de condiciones.

Resaltó, que esa modificación al pliego de condiciones debió hacerse utilizando el mismo procedimiento por medio del cual se creó, es decir, a través de un adendo, lo cual no ocurrió.

Insistió en que la oferta presentada por el proponente a quien se le adjudicó el contrato no aportó el listado de insumos y por esa razón fue inicialmente rechazada, sin que la entidad hubiera exigido su subsanación en el momento previsto por el pliego de condiciones o por la ley para ello.

Consideró, que, con su actuación, la entidad demandada violó los principios de transparencia y de selección objetiva y, en consecuencia, solicitó que la sentencia de primera instancia fuera revocada y, que, en su lugar, fueran despachadas favorablemente las pretensiones de su demanda.

Para la Sala, conforme con lo probado en el proceso, resulta claro que, en el Adendo 2, la Secretaría de Educación incluyó, dentro de los documentos económicos, el Anexo 8D, cuya no presentación daría lugar *al rechazo económico de la propuesta*. En relación con lo establecido en el Adendo 2, cabe precisar que su contenido no fue modificado por un adendo posterior, único medio válido para realizar modificaciones al pliego de condiciones²⁶, y, en consecuencia, su contenido permaneció incólume hasta la finalización del proceso de selección.

En efecto, la Secretaría de Educación expidió 2 adendos más, el 3 del 9 de noviembre de 2004 y el 4 del 26 de ese mismo mes y año, respecto de los cuales se debe precisar lo siguiente:

²⁶ En el numeral 1.2.7. -Aclaraciones a los documentos del proceso-, del pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, se lee: *en todo caso, solo tendrán validez aquellas modificaciones al pliego de condiciones que sean incorporadas a este mediante adendo*”.

Con el adendo 3, la entidad demandada pretendió, entre otras modificaciones, suprimir el numeral 2.7 adicionado al pliego por el Adendo 2. Sin embargo, en ese adendo la entidad demandada indicó expresamente que su contenido se circunscribía a las Licitaciones Públicas 19, 21, 22 y 26 de 2004, no así a la 23, objeto de la controversia en el presente caso: “. . . *El Secretario de Educación del Distrito Capital, en uso de sus facultades legales y, en especial, las consignadas en el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, procede a integrar a las Licitaciones Públicas LP-SED-SPF-019-021-022-026-2004, el siguiente adendo:..*”.

Por su parte, el Adendo 4 que modificó los pliegos de condiciones exclusivamente para la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, no se refirió en parte alguna al numeral 2.7., toda vez que modificó únicamente los numerales 1.2.8. y 5.1.8., con respecto a las unidades de medida de algunos ítems del Anexo 8B - presupuesto de obra-, 5.2.1., con respecto a las unidades de medida de algunos ítems del Anexo Técnico 1 -Cantidades de obra- y, finalmente, expresó que *“las demás condiciones se mantienen”*.

Lo anterior, fue reconocido por la misma Secretaría de Educación, quien en respuesta a la observación del señor Oliveros Córdoba, durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación, celebrada el 28 de diciembre de 2004, expresó:

El comité evaluador hizo un amplio debate sobre el tema, y consideró que efectivamente el anexo 8D no es necesario para la comparación objetiva de las propuestas. Complementando la respuesta tenemos 6 licitaciones, con objetos similares y cada una es independiente, tenemos un mismo evaluador que es la Secretaría de Educación, en cuatro de ellas entendimos que el tema de los insumos no era necesario para la comparación de las propuestas, tanto así que los quitamos en esas cuatro.

Es cierto, como lo manifestó la entidad, que cada una de las licitaciones que para ese momento adelantaba, si bien tenían objetos similares, eran independientes, por tanto las modificaciones al pliego de condiciones tenían que estar contenidas en adendos y referirse de manera expresa a la respectiva licitación.

Así pues, los requisitos establecidos en el numeral 2.7., adicionado al pliego de condiciones por el Adendo 2, no fueron modificados ni suprimidos para la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, como erróneamente pareció entenderlo el señor Oliveros Córdoba, y, en consecuencia, por haberse adherido al pliego de condiciones y constituirse en parte inescindible de él, todas las propuestas debían

ajustarse a sus exigencias, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993²⁷, según el cual, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones.

Sin embargo, conforme con lo consignado en el informe de evaluación, denominado por la entidad como “Informe de Adjudicación de Propuestas (fls. 314 - 338, c5)”, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1.2.10. del pliego de condiciones, la propuesta presentada por el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba no contenía el referido Anexo 8D solicitado en el numeral 2.7 del Adendo 2.

Al respecto, la entidad demandada, en una de las respuestas a las observaciones hechas al informe de evaluación, conforme al numeral 1.2.12. -traslado de observaciones- de los pliegos de condiciones (fl. 324, c5), expresó:

*OBSERVACIONES DEL CONSORCIO P&P CONSTRUCCIONES A:
PROPONENTE 2: CONSORCIO UCA
PROPONENTE 4: EDGAR HERNANDO OLIVEROS CÓRDOBA
PROPONENTE 5: CONSORCIO ESPECIALISTAS SED 023*

Observación: El proponente solicita se rechacen los proponentes 2. Consorcio UCA, 4. Edgar Hernando Oliveros Córdoba y 5. Consorcio Especialistas SED 023, ya que la no presentación del anexo 8D da lugar al rechazo económico de la propuesta.

Respuesta: Procede: En el Adendo 2, numeral 2.7, se especifica que se rechaza económicamente las propuestas que no presenten el anexo 8D, en consecuencia las propuestas 2 Consorcio UCA, 4 Edgar Hernando Oliveros Córdoba y 5. Consorcio Especialistas SED 023 se rechazan económicamente”.

No obstante lo anterior, en la audiencia de adjudicación llevada a cabo el 28 de diciembre de 2004, y con ocasión de la intervención del señor Oliveros Córdoba, la Secretaría de Educación decidió no tener en consideración el Anexo 8D, cuya presentación fue exigida en el numeral 2.7 del adendo 2, el cual, como se dijo, por su propia condición, modificó el pliego de condiciones y se adhirió a él formando un solo cuerpo normativo²⁸ y, en consecuencia, consideró admisible su propuesta y le adjudicó la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004.

²⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 30. Numeral 6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia...

²⁸ Recuérdese que en el numeral 1.2.7. del pliego de condiciones se estableció que cualquier modificación o adición al pliego de condiciones sería comunicada por escrito mediante adendos y que, en todo caso, solo tendrían validez las modificaciones efectuadas en esa forma.

En otras palabras, la Secretaría de Educación durante la audiencia pública de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 decidió dejar sin efectos los requerimientos exigidos en el numeral 2.7 del Adendo 2, por considerar que dicho anexo no era necesario para la comparación objetiva de las propuestas²⁹, que, además, era un documento requerido para la futura contratación, actuación que la apelante consideró como irregular por ir en contra del principio de selección objetiva, toda vez que la presentación de la lista de insumos era un requisito objetivo de admisión de la propuesta, es decir, que el oferente que no la presentara incurría en una de las causales de rechazo prevista en el pliego de condiciones.

Así las cosas, se analizará si la actuación de la entidad demandada se ajustó a los pliegos de condiciones y a la normatividad vigente aplicable a la Licitación pública LP-SED-SPF-023-2004.

Como punto de partida, debe precisar la Sala que los pliegos de condiciones se constituyen en el marco normativo que gobierna tanto el proceso de selección de contratistas como la ejecución contractual misma y en los que se establecen, por mandato de la Ley 80 de 1993³⁰, las reglas objetivas, justas, claras y completas que garantizarán los principios de planeación, transparencia y selección objetiva que rigen las actuaciones contractuales y cuya observancia resulta obligatoria e ineludible tanto para las entidades estatales como para los proponentes y contratistas, de tal suerte que cualquier acto administrativo o actuación que los desconozca estará viciado de nulidad. Al respecto, ha dicho la Sala³¹:

Resulta evidente la importancia que el pliego de condiciones reviste dentro del procedimiento de selección de contratistas, a tal grado que constituye su columna vertebral y de manera pacífica ha sido aceptada su naturaleza y relevancia por la jurisprudencia de la Sección, que lo ha calificado como acto administrativo constitutivo de la ley del procedimiento de selección y así

²⁹ En las respuestas de la Entidad a las observaciones presentadas por los proponente al informe de evaluación, la entidad manifestó: “El proponente Edgar Oliveros solicita ser habilitado por el Anexo 8D, a esto ya se le dio respuestas” (Fl. 400. C5 - Respuestas a las observaciones de la Licitación 023). En La respuesta a la que hace mención la Entidad, se lee: “... el comité evaluador hizo un amplio debate sobre el tema y consideró que efectivamente el Anexo (D no es necesario para la comparación objetiva de las propuestas. Complementando la respuesta, tenemos 6 licitaciones, con objetos similares y cada una es independiente, tenemos un evaluador que es la Secretaría de Educación, en cuatro de ellas entendimos que el tema de los insumos no era necesario para la comparación de las propuestas, tanto así que las quitamos de esas 4.”.

³⁰ Literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2015, expediente 25296, CP: Danilo Rojas Betancourth.

mismo, ley del futuro contrato³², en la medida en que determina no sólo las etapas y requisitos que se deben agotar y cumplir en las actuaciones adelantadas para la escogencia del contratista de la administración, sino los derechos y obligaciones que se derivarán para las partes del negocio jurídico objeto de la adjudicación, tornándose, una vez expedido por la entidad, en obligatorio no sólo para los oferentes sino para ella misma y por lo tanto resulta intangible, es decir inmodificable, salvo en aquellos casos en los que sea necesario efectuar la aclaración de puntos oscuros o ambiguos, que impidan una interpretación uniforme por los proponentes y ello sólo es posible, antes del cierre de la respectiva licitación o concurso, pues una vez éste se produce y se inicia la etapa de evaluación de las ofertas, la intangibilidad del pliego de condiciones se torna absoluta. Esta última característica, hace que surja para la administración la carga de claridad y precisión, consistente en la asunción de las consecuencias que se deriven de la elaboración y redacción del pliego, de tal manera que de presentarse cláusulas contradictorias, ambiguas o confusas, las mismas deberán interpretarse en contra de la administración, que fue quien lo elaboró, teniendo en cuenta que previo a su confección, ha debido cumplir la entidad con el deber de planeación que está inmerso en cualquier actividad contractual que adelante y que implica establecer con antelación a la apertura de los procesos de selección de contratistas, todos los elementos de juicio necesarios para la obtención de una contratación eficaz y eficiente.

En síntesis, conforme a la prolífica y pacífica jurisprudencia al respecto, el pliego de condiciones es la ley del proceso de selección y del futuro contrato, por tanto una vez se expide y se abre la licitación, la entidad que licita está obligada a respetar sus términos, sin que haya lugar a introducir modificaciones al mismo, mucho menos, cuando la licitación se ha cerrado y ha entrado en la etapa de evaluación y calificación de las ofertas, momento en el cual el pliego se torna definitivamente inmodificable³³.

En efecto, en la etapa de evaluación de las propuestas, así la entidad advirtiera algún defecto en los pliegos de condiciones, no podría so pretexto de corregir el fallo o para facilitar su tarea, modificar los factores de admisión, calificación y

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, CP. Alier E. Hernández Enríquez; reiterada en sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15475, CP. Mauricio Fajardo Gómez, en la cual se dijo: "(...) el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general (...), igualmente, una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría cierta suerte de 'mutación' en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado mismo".

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, expediente 24271, C.P. Danilo Rojas Betancourt; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

ponderación, los cuales debió aplicar tal y como fueron establecidos³⁴. Si en el pliego de condiciones se consignaron exigencias que impedían la selección objetiva, las consecuencias de tal circunstancia debieron ser soportadas por la entidad, sin que pudiera trasladarlas a los proponentes cumplidos, ni enmendarlas mediante modificaciones extemporáneas.

Por su parte los proponentes u oferentes, en consideración de lo establecido en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, para que fueran favorecidos con la selección de sus propuestas debieron dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos establecidos en el pliego de condiciones, so pena de que, al no cumplirlos, la entidad se viera obligada a rechazarlas o eliminarlas.

No obstante lo anterior, es importante señalar que para el momento en que se adelantó la Licitación pública LP-SED-SPF-023-2004, el estatuto contractual vigente era la Ley 80 de 1993, la cual preveía en el numeral 15 de su artículo 25 que el incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación o al proponente, innecesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no sería un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazarlas. En consecuencia, en vigencia de dicha ley, el único título válido para rechazar las propuestas presentadas en un proceso de selección era el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, fueran necesarias para compararlas³⁵. Es decir, que las entidades estatales no podían rechazar propuestas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para su comparación.

En tal sentido, a diferencia de la Ley 1150 de 2007³⁶, en la que el legislador en el párrafo 1 del artículo 5 expresamente señaló que todos los requisitos de la propuesta que no fueran susceptible de asignación de puntaje podrían ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación, la Ley 80 de 1993, aplicable al presente caso, no definió expresamente cuáles eran esos requisitos.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de octubre de 2019, expediente 39945.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059

³⁶ *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*

Sin embargo, la Ley 80 de 1993 en los numerales 7 y 8 de su artículo 30 estableció, para la entidades licitantes, precisos deberes de establecer en los pliegos de condiciones plazos para: i) realizar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para evaluar las propuestas, ii) solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estimaran indispensables y iii) que los proponentes presentaran observaciones frente a los informes de evaluación, sin que tal facultad representara para ellos la posibilidad de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas; toda vez que, como se dijo, el numeral 6º del artículo en comento determinó como condición para que las propuestas fueran susceptibles de elección que se refirieran y sujetaran a todos y cada uno de los puntos previstos en el pliego de condiciones.

Así las cosas, la Ley 80 de 1993 exigía para los proponentes la sujeción estricta a los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y para las entidades licitantes la obligación de solicitar las aclaraciones y explicaciones que estimara indispensables para adjudicar debidamente el proceso de selección, sin que el cumplimiento de tal solicitud representara para aquellos, se insiste, la posibilidad de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

En consecuencia, correspondía a la respectiva entidad diferenciar en los pliegos de condiciones cuáles requisitos eran meramente formales, es decir, no necesarios para la comparación de las propuestas cuyas deficiencias podían ser subsanadas y cuáles eran sustanciales, necesarios para la comparación de las mismas, cuyas deficiencias no podían ser subsanadas y por tanto darían lugar a su rechazo³⁷.

Para tales efectos y ante el vacío de la norma, por vía jurisprudencial se determinaron tres (3) tipos de requisitos predicables tanto de las propuestas como de los proponentes: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los proponentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las propuestas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales

³⁷ Como en efecto lo hizo la entidad en el numeral 2.7 del adendo, en el que precisó, sin asomo de duda, que la no presentación del anexo 8D daría lugar al rechazo económico de la oferta (fls. 6 - 12, c7).

que *“atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”*³⁸.

Bajo tal distinción, considera la Sala que el listado de los insumos necesarios para la ejecución de la obra se encuadraba dentro de los requisitos objetivos de las propuestas, toda vez que no tenía relación con las calidades, idoneidad o condiciones de los proponentes, tampoco eran necesarios para la protocolización del contrato; por el contrario, hacía parte de los criterios de evaluación económica y fue considerado por la Secretaría de Educación como un elemento objetivo para la comparación de las ofertas, toda vez que le permitía precisar en detalle el presupuesto de obra (Anexo 8B) ofertado por cada uno de los proponentes.

El Listado de Precios de Insumos Básicos, se constituía así mismo en un documento esencial para el cumplimiento del principio de planeación y una garantía presupuestal y de control de costos para evitar incrementos drásticos e inusitados durante la ejecución del contrato.

Lo anterior se corrobora con lo expresado por la Secretaría de Educación en el Adendo 2, numeral 2.7 (fls. 6-12 c7), en el cual manifestó que *“Este listado de precios de insumos básicos será la base para desarrollar los A.P.U. y para el cálculo de los ítems que surjan en el transcurso del contrato. . . No se aceptarán modificaciones en los ítems, ni en las unidades, ni las propuestas que no contengan la totalidad de los ítems enunciados en el Anexo 8D. Dichos errores darán lugar a que la propuesta sea evaluada como no cumple, dando lugar al rechazo económico”*.

En síntesis, el Listado de Precios de Insumos Básicos hacía parte de la evaluación económica de las ofertas y, si bien de manera autónoma no otorgaba puntos, sí era un elemento importante para la verificación del presupuesto de obra que sí otorgaba puntaje, razón por la cual no podía ser considerado como un requisito meramente formal, aislado o referente a la futura contratación por cuanto nada tenía que ver con su legalización.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324.

No obstante lo anterior, no desconoce la Sala que dicho listado no otorgaba puntaje, sino la condición de admisibilidad en el proceso de selección, lo cual, en principio, le otorgaba la condición de subsanable, es decir, que la entidad licitante tenía la carga, ante sus imprecisiones, de requerir su corrección y ante su ausencia, solicitar su aporte.

Así las cosas, en el caso concreto, ante la ausencia de ese requisito en la propuesta del señor Oliveros Córdoba, la entidad demandada tenía la carga ineludible de requerirlo, de conformidad con el mandato del numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y según el numeral 1.2.10 del pliego de condiciones, pero no obviarlo, porque tal conducta representaría un desconocimiento de precisos mandatos legales y de las reglas del proceso de selección establecidas en el pliego de condiciones, que como quedó dicho, es la ley del proceso de selección y por tanto, se erige como normatividad vinculante, lo que significa que cualquier desviación o desconocimiento de sus preceptos genera que el acto administrativo o actuación así concebidos estuvieran viciados de nulidad.

Por otro lado, con su actuación la Secretaría de Educación vulneró el principio de intangibilidad de los pliegos de condiciones, según el cual no era posible modificarlos una vez cerrada la licitación, es decir, una vez entregadas las ofertas; mucho menos, como ocurrió en el caso concreto, vencida la etapa de evaluación³⁹.

Para la Sala, resulta reprochable que en plena audiencia pública de adjudicación, la Secretaría de Educación haya dejado sin efectos las exigencias del numeral 2.7 del Adendo 2, es decir, haya modificado su propio pliego de condiciones cuando ya no tenía competencia para ello⁴⁰, con lo que afectó sustancialmente el orden de elegibilidad de las propuestas, al punto de que uno de los proponentes que no cumplía con los requisitos que hasta ese momento se exigían resultó adjudicatario del proceso de selección, con lo cual, además de desconocer su propias reglas, permitió que ese proponente durante el desarrollo de la etapa de evaluación de la licitación, mejorara su oferta, desconociendo la prohibición que en forma expresa

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2015, expediente 25296, CP: Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁰ El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prevé que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios; es decir, una vez vencido el término para realizar determinada actuación, prevista en los pliegos de condiciones o en la ley, la administración pierde la competencia para hacerlo.

prevé el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁴¹, en desmedro de los oferentes que, de buena fe, sí cumplieron todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Por último, para la Sala resulta insuficiente la motivación de la entidad expresada en el acta de adjudicación de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 (fls. 339 - 422, c5), toda vez que no expresó en ella, como mínimo, en forma sumaria, los fundamentos jurídicos, técnicos o financieros que soportaron su decisión, condición que desconoció las exigencias del artículo 35 del C.C.A., según el cual los actos administrativos que afectan situaciones jurídicas particulares deben ser debidamente motivados⁴²; del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que estableció como responsabilidad a cargo de las entidades elaborar adecuadamente los pliegos de condiciones que rigen sus procesos de licitación; por tanto los defectos que en ellos se presentaran le serían estrictamente imputables a estas, y del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual las entidades no pueden tomar decisiones de plano, sin una fórmula de juicio.

En efecto, los argumentos de la Secretaría de Educación, según los cuales el Anexo 8D no era necesario para la comparación objetiva de las propuestas y, además, era un elemento requerido para la futura contratación, se quedan cortos por carecer de fundamentación.

Bajo tales circunstancias, para la Sala no cabe duda de que la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004, por la cual se adjudicó la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004, es ilegal y, por tanto, debe ser declarada su nulidad y de manera consecuente, también la nulidad del contrato 187 del 31 de diciembre de 2004, derivado de la primera, con fundamento en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80

⁴¹ Artículo 30.- De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas (reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996): 8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

⁴² El artículo 35 del CCA, vigente para la época de los hechos, establecía, en relación con la adopción de decisiones por las autoridades administrativas, que "Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares (...)". El actual CPACA, en su artículo 42 reitera esta disposición, aunque ampliando su espectro, en los siguientes términos- "Art 42 - Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

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”*.

6. La mejor propuesta.-

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala⁴³ ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir adelante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, supuestos necesarios para demostrar que fue irregularmente despojado de su derecho a ser adjudicatario de la licitación pública y que, por tal motivo, debe ser indemnizado.

En tal sentido, una vez revisada la propuesta presentada por el demandante, verificado el cumplimiento de los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones y considerando el informe de evaluación elaborado por la Secretaría de Educación, para la Sala la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 debió ser adjudicada al consorcio Obras 2004, por ser el proponente que ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad, una vez agotada la etapa de evaluación de las propuestas, conforme con lo previsto en los numerales 1.2.10, 1.2.11 y 1.2.12 del pliego de condiciones y que las observaciones hechas a su propuesta en la

⁴³ Ver, entre otras: sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056; sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 14169; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783; sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13.355; y sentencia del 19 de septiembre de 1994, exp. 8.071, entre otras.

audiencia de adjudicación, por otros proponentes, fueron desestimadas por la Secretaría de Educación.

En tal sentido, según las pruebas que obran en el proceso, en la evaluación preliminar efectuada por la entidad licitante para comparar las diferentes propuestas, el Consorcio Obras 2004 fue calificado con el máximo puntaje, es decir, 1.000 puntos de 1.000 posibles, mientras que la propuesta del señor Oliveros Córdoba, la cual resultó favorecida con la adjudicación, fue declarada inicialmente como *“no admisible económicamente”*, lo cual significa que si la propuesta presentada por este último se hubiera mantenido descalificada, como en efecto debió ocurrir, la primera habría ganado ampliamente el proceso de selección, por ser la propuesta más favorable para los intereses de la administración, determinada por la ponderación de los factores previstos en los respectivos pliegos de condiciones.

Por lo tanto, la Sala considera que al Consorcio Obras 2004 se le vulneró el derecho que obtuvo de ser adjudicatario del proceso de selección y que, por ende, debe ser indemnizado por los perjuicios que le fueron causados como consecuencia del desconocimiento de tal derecho, por haber sido privado de manera irregular de su derecho a celebrar el contrato derivado de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004.

7. La indemnización de los perjuicios solicitados por el consorcio demandante

Como se indicó anteriormente, el consorcio Obras 2004 tiene derecho al restablecimiento de su derecho, por haber sido privado de ser el adjudicatario de la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004 y, de manera consecuente, a celebrar el contrato derivado de ella, no obstante haber presentado la mejor propuesta.

En tal sentido, la Sala considera necesario indicar que en asuntos similares al que aquí se resuelve, el Consejo de Estado ha reconocido, únicamente, la utilidad dejada de percibir por el actor, al no habersele adjudicado el contrato.

La jurisprudencia de esta Sala⁴⁴, ha indicado:

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 la medida del daño, por lo general.

Así las cosas, conforme con lo señalado por la jurisprudencia vigente, en el presente caso debe indemnizarse al consorcio Obras 2004 por el monto correspondiente al 100% de la utilidad dejada de percibir, es decir, el monto correspondiente al lucro cesante.

Al respecto, en la información obrante en el Anexo 9 de la propuesta (fl. 170, c4), se observa, conforme a lo requerido en el pliego de condiciones, la discriminación del porcentaje de A.I.U., en el que la utilidad proyectada correspondió al 5.00%, del costo directo del contrato, estimado este último en \$944.480.389.33, lo que arroja una utilidad esperada de \$47.224.019.47, suma que, conforme con lo expresado, corresponde al valor a reconocer al consorcio demandante a título de lucro cesante; valor que debe ser actualizado, considerando el valor de la utilidad esperada desde

⁴⁴ Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13792.

*Radicación número:
25000232600020050109201(39019)
Actor: Consorcio Obras 2004
Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Educación
de Bogotá y otro.
Referencia: Acción de Controversias Contractuales*

la fecha en la que habría finalizado la ejecución del contrato y hasta la fecha en la que se profiera la presente providencia:

El plazo del contrato 187 del 31 de diciembre de 2004, se pactó, conforme con su cláusula sexta, en 240 días calendario para la ejecución de la obra y 120 días adicionales para su liquidación. Plazo que se contabilizaría a partir de la suscripción del acta de inicio entre el contratista y el interventor del contrato; sin embargo, en el expediente no reposa ninguna información que permita establecer la fecha de inicio del contrato, por lo que la Sala, acogiendo lo decidido en casos similares⁴⁵, considerará como tiempo prudencial para el efecto, un mes, contado a partir de la fecha de celebración del contrato, es decir, desde el 31 de diciembre de 2004, por lo que el término de 240 días calendario se contarán a partir del 31 de enero de 2005 y, en consecuencia, se tendrá como fecha en la que se debía finalizar la ejecución de la obra el 30 de septiembre de ese mismo año.

Así las cosas, la suma de \$47.224.019.47 se actualizará desde el 30 de septiembre de 2005 y, hasta la fecha de la presente providencia, teniendo en cuenta el índice de precios vigente en cada momento, con base en la siguiente fórmula:

$R = Rh \times If / Ii$, donde R es la suma a actualizar, If es el índice final de precios, mientras que Ii, es el índice inicial de precios.

$$\frac{47.224.019 \times 104.24}{58.46}$$

Así el valor actualizado es de \$ 84.205.127.28.

En consecuencia, conforme con lo expuesto, la Secretaría de Educación deberá pagar al Consorcio Obras 2004 la suma de \$ 84.205.127.28, a título de utilidad esperada, único daño acreditado en el proceso.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, radicado 39066. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

8. 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:

REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección A, el 18 de marzo de 2010, conforme con lo expuesto en la presente providencia y, en su lugar, **SE DECIDE:**

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución 5796 del 28 de diciembre de 2004, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá *“Por la cual se adjudicó la Licitación Pública LP-SED-SPF-023-2004”*.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato 187 del 31 de diciembre de 2004, celebrado entre la Secretaría de Educación de Bogotá y el señor Edgar Hernando Oliveros Córdoba.

TERCERO: CONDÉNASE a la Secretaría de Educación de Bogotá a pagar, a favor del consorcio Obras 2004, ochenta y dos millones cuatrocientos trece mil cuatrocientos ochenta y dos pesos con setenta y seis centavos (\$84.205.127.28).

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Radicación número:
25000232600020050109201(39019)
Actor: Consorcio Obras 2004
Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Educación
de Bogotá y otro.
Referencia: Acción de Controversias Contractuales*

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO