**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Nulidad - Acto administrativo precontractual**

Si bien el Tribunal a quo señaló, como fundamento de su decisión de declarar la nulidad del acto de adjudicación, que le asistía razón al Consorcio Nomenclatura D.C. al afirmar que su propuesta había sido descalificada por factores subjetivos a pesar de que ésta se encontraba ajustada a lo requerido en el pliego de condiciones y, por ello, podía participar en el proceso licitatorio, también afirmó, como sustento de dicha determinación, que la modificación de la calificación de los ítems de experiencia de la firma y experiencia de personal del factor técnico de la evaluación que la entidad pública demandada adoptó en la audiencia de adjudicación se hizo variando la metodología establecida para ello en los pliegos de condiciones, de manera que lo resuelto en dicha diligencia respecto de las observaciones que recayeron sobre ese aspecto no puede ser considerado para determinar la calificación final de las propuestas. (…) No obstante, lo anterior, al revisar las pruebas obrantes en el proceso la Sala advierte que la única propuesta que se allegó es la correspondiente al Consorcio demandante, mas no las presentadas por las sociedades GEOCAT LTDA. y SOCA LTDA., circunstancia que impide reevaluar los componentes del factor técnico a los que se ha hecho referencia frente a las objeciones presentadas por los participantes de la Licitación Pública No. 001 del segundo semestre de 1999 a la calificación del Comité Evaluador y, en consecuencia, imposibilita determinar, con base en los pliegos de condiciones, cuál era en realidad la mejor propuesta para los intereses de la Administración.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: HERNAN ANDRADE RINCÓN**

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00081-01(29210)**

**Actor: CONSORCIO NOMENCLATURA D.C.**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE**

**CATASTRO DISTRITAL**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Tema: nulidad acto de adjudicación – indemnización de perjuicios. Necesidad de probar que la propuesta era la más favorable para la Administración.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2004 por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, así:

*“PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 00718 del 26 de octubre de 1999, proferida por el Departamento Administrativo de Catastro Distrital, por la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 001 del 2do semestre de 1999 a la firma GEOCAT LTDA.; de conformidad con la parte motiva del presente fallo.*

*SEGUNDO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.*

*TERCERO: Sin condena en costas”*.

**I.-ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

El Consorcio Nomenclatura D.C., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido y actuando en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para solicitar que se declarara la nulidad de la Resolución No. 00718 de 1999 proferida por el Departamento Administrativo de Catastro Distrital, mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. 001 de 1999 a la sociedad GEOCAT LTDA. Consecuencialmente, pidió que se reconocieran los perjuicios materiales y morales que dicha decisión le habría ocasionado.

**1.1. Hechos.**

Como fundamentos fácticos de su demanda, la parte actora expuso los que la Sala se permite resumir a continuación:

El Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, mediante Resolución No. 450 del 30 de agosto de 1999, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001, para contratar *“la fabricación, suministro e instalación de aproximadamente 19.500 placas viales esquineras, y aproximadamente 58.500 placas domiciliarias para la señalización de vías y predios de algunos sectores de la ciudad”*.

Cuenta el libelo que la licitación se abrió el 15 de septiembre de 1999 y se cerró el 1 de octubre del mismo año y que en ella participaron como proponentes las sociedades GEOCAT LTDA., SOCA LTDA. y el Consorcio NOMENCLATURA LTDA.

Se agregó que la sociedad SOCA LTDA., mediante oficio del 27 de septiembre de 1999, solicitó al Departamento Administrativo de Catastro Distrital la aclaración de algunos criterios de evaluación de las propuestas, entre éstos, los de evaluación financiera y calificación de la experiencia específica, concretamente, en lo relacionado con las certificaciones solicitadas, petición que fue respondida por la entidad demandada mediante oficio de 29 de septiembre del mismo año, ratificando su posición.

Se mencionó que, entre los días 4 y 8 de octubre de 1999, la entidad demandada efectuó los estudios técnicos, económicos y jurídicos de las propuestas presentadas por los proponentes y que, dentro de la oportunidad establecida para el efecto, las sociedades GEOCAT LTDA., SOCA LTDA. y el Consorcio Nomenclatura Ltda. presentaron sus observaciones.

Se indicó que la Contraloría de Santafé de Bogotá, mediante oficio No. 0100-37900 del 19 de octubre de 1999, ordenó que la adjudicación de la licitación se realizara a través de audiencia pública, diligencia que se llevó a cabo el 26 de octubre de 1999 y en la que se tomó la determinación de descalificar la propuesta del Consorcio Nomenclatura D.C., con sustento en que existían inconsistencias en ésta y, a su vez, se adjudicó el contrato a la firma GEOCAT, para lo cual se expidió Resolución No. 00718 de 1999 de la misma fecha.

Expresó la parte actora que para descalificar su propuesta la entidad demandada manifestó que *“la certificación de ‘El Hombre Caimán’ relacionada con la ejecución del contrato en el año 1.995, contiene una fecha diferente a la declarada por la propia firma a través de vía telefónica”* y, además, que en razón de la solicitud formulada por la firma GEOCAT Ltda., se comparó el balance general del Consorcio demandante con los balances de pruebas que reposaban en la Cámara de Comercio, trámite en el que se advirtieron algunas inconsistencias en relación con ese aspecto de la propuesta.

Adicionalmente, señaló que el ítem de experiencia específica se calificó teniendo en cuenta una metodología completamente diferente a la consagrada en los pliegos de condiciones y en el anexo 1.

**1.2. Normas violadas y concepto de violación.**

Consideró la parte actora que con la expedición del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona, la entidad demandada violó las siguientes normas:

El artículo 24, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, ya que los criterios de calificación para los ítems de experiencia específica y capacidad financiera señalados en el pliego de condiciones no fueron los mismos que aplicó la entidad demandada en la audiencia de adjudicación, lo cual, según dijo, generó la decisión de descalificar la propuesta presentada por el Consorcio Nomenclatura Ltda., desconociendo de esta manera el principio de transparencia que debía guiar el proceso de selección.

El artículo 25, numeral 15, de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 222 de 1995, por cuanto el Departamento Administrativo de Catastro Distrital, al evaluar la capacidad financiera del Consorcio, desconoció los estados financieros que presentó debidamente certificados y, además, al haber sido su declaración la única que se confrontó con los estados financieros de la Cámara de Comercio, recibió un trato discriminatorio frente a todos los demás proponentes, incorporando a la evaluación un elemento que no se había previsto en el pliego de condiciones.

Finalmente, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en que en la audiencia pública de adjudicación se modificaron los criterios que se habían establecido en el pliego de condiciones y en el anexo 1 para acreditar y calificar la experiencia específica, aspecto éste a partir del cual infirió que existió una violación a los principios de la contratación estatal[[1]](#footnote-1).

**2. Actuación Procesal.**

La demanda fue interpuesta el 10 de diciembre de 1999[[2]](#footnote-2), en proveído del 10 de febrero de 2000[[3]](#footnote-3), el Tribunal *a quo* la admitió, ordenó la notificación personal al Director Administrativo de Catastro Distrital y al Agente del Ministerio Público[[4]](#footnote-4).

A través de memorial del 26 de junio de 2000, la parte actora presentó adición de la demanda[[5]](#footnote-5), aportando nuevas pruebas documentales, la cual fue admitida en auto de 23 de marzo de 2000, notificado al Director Administrativo de Catastro Distrital y al Agente del Ministerio Público[[6]](#footnote-6).

**3. Contestación de la demanda.**

La entidad demandada no presentó contestación de la demanda.

**4. La sentencia impugnada.**

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia - en el presente asunto - el 2 de septiembre de 2004. El *a quo* resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda y como sustento de su decisión manifestó, en resumen, lo siguiente:

Previo recuento y análisis de las pruebas que obran en el proceso, el Tribunal de primera instancia encontró acreditado que en el trámite de la licitación pública No. 001, se modificó la metodología de evaluación de la experiencia específica, puesto que, según lo indicado en el dictamen pericial sobre el cual sustentó su análisis, existieron diferencias de criterios entre lo expuesto en el pliego de condiciones y en el anexo 1 y lo expresado en la audiencia de adjudicación del 26 de octubre de 1999.

En cuanto a la evaluación de la capacidad financiera, el despacho judicial acogió el concepto emitido en el dictamen pericial realizado en el proceso, de conformidad con el cual en los pliegos de condiciones no se estableció que la información suministrada por la Cámara de Comercio fuese un requisito o criterio de calificación de la propuesta, por lo que consideró que se desconocieron los criterios establecidos inicialmente para la calificación de dicho ítem.

Con base en lo expuesto, el Tribunal de instancia determinó que el Departamento Administrativo de Catastro del Distrito violó el deber de selección objetiva, debido a que la exclusión de la propuesta presentada por el Consorcio Nomenclatura D.C. se produjo como consecuencia de la aplicación de factores subjetivos que no correspondían a los señalados en el pliego de condiciones, razón por la cual declaró la nulidad de la Resolución de Adjudicación No. 00178 de 26 de octubre de 1999.

En relación con el restablecimiento del derecho reclamado en la demanda, señaló que la parte actora no acreditó que, efectivamente, su propuesta hubiera sido la más favorable para la Administración, comoquiera que no se aportaron al proceso las pruebas que demostraran que después de aplicar los criterios objetivos del pliego de condiciones, su oferta hubiera ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad[[7]](#footnote-7).

**5. El recurso de apelación.**

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2004 dentro del proceso de la referencia, por medio del cual se despacharon negativamente las pretensiones de restablecimiento del derecho de la demanda.

Como fundamento de su inconformidad expuso que al haberse declarado la nulidad de la Resolución No. 00718 de 1999 por parte del Tribunal *a quo,* eraclaro quela única calificación válida dentro del proceso licitatorio era la realizada por el Departamento Administrativo de Catastro Distrital durante la etapa de evaluación de las propuestas presentadas por los proponentes, en la que se evidenciaba que la presentada por el Consorcio Nomenclatura D.C. era la más favorable para la Administración.

Destacó que en los documentos de evaluación y calificación de los factores técnicos, administrativos y económicos realizados por la entidad demandada, se encuentra que la propuesta del Consorcio Nomenclatura D.C. ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad con un puntaje de 89.16, mientras que GEOCAT Ltda. obtuvo un puntaje de 88.03 y SOCA Ltda. uno de 72.45, calificaciones que, a su juicio, debieron ser tenidas en cuenta al momento de adjudicar el contrato correspondiente a la licitación pública No. 001 de 1999 y a partir de las cuales concluyó que, efectivamente, su propuesta era la más favorable para la Administración y, por tanto, consideró que las pretensiones económicas de la demanda debían prosperar[[8]](#footnote-8).

**6. El trámite de segunda instancia.**

Inconformes con lo decidido por el Tribunal *a quo* ambas partes interpusieron en su contra recurso de apelación[[9]](#footnote-9), por lo cual, mediante proveído del 9 de septiembre de 2005[[10]](#footnote-10), se les corrió traslado por tres días para que los sustentaran. El recurso de la parte demandante fue debidamente sustentado, mientras que la entidad demandada guardó silencio, razón por la que, a través del auto del 2 de mayo de 2006[[11]](#footnote-11), se admitió el recurso interpuesto por el Consorcio Nomenclatura D.C. y se declaró desierto el de la parte accionada.

Mediante proveído del 13 de junio de 2006[[12]](#footnote-12) se rechazó por improcedente la solicitud de la actora para que se decretaran pruebas en segunda instancia y, en decisión de 1° de agosto del mismo año[[13]](#footnote-13), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos:

**6.1. De la parte demandante.**

La parte actora presentó alegatos de conclusión para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia en cuanto al no reconocimiento de perjuicios materiales y morales, por considerar que las pruebas obrantes en el expediente eran suficientes para demostrar que su propuesta era la más favorable para la Administración, comoquiera que había recibido la mejor calificación en la etapa de evaluación realizada por la entidad demandada.

Además, señaló que los perjuicios materiales fueron tasados en el dictamen pericial rendido en el proceso y comoquiera que éste no fue objetado por ninguna de las partes y el juez de primera instancia lo acogió en su totalidad, aseveró que los valores determinados por la pericia eran los que se debían reconocer a favor del Consorcio demandante[[14]](#footnote-14).

**6.2. De la parte demandada.**

La entidad demanda solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y se la absolviera de toda responsabilidad, aseveró que el proceso licitatorio se realizó respetando los principios de la contratación administrativa y siguiendo los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones, dado que la Administración, en ejercicio de su discrecionalidad, estaba facultada para pedir información a los proponentes y compararla con otras bases de datos para garantizar la veracidad de la información allegada por éstos.

Resaltó, además, que en el expediente no obran pruebas que permitan acreditar la configuración de un daño antijurídico con ocasión de la función estatal, comoquiera que no se demostró que la propuesta del Consorcio demandante hubiera sido la más favorable para la Administración[[15]](#footnote-15)

El Ministerio Público guardó silencio.

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

**II.- CONSIDERACIONES**

**1**. **Competencia.**

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en doscientos tres millones tres mil doscientos ochenta y cuatro pesos ($203’003.284.oo)*,* por concepto de lucro cesante, mientras que el monto exigido al momento de su presentación[[16]](#footnote-16) para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de dieciocho millones ochocientos cincuenta mil pesos ($18.850.000) (Decreto 597 de 1988).

**2. La acción instaurada y su ejercicio oportuno.**

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación debe impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siguiendo para ello las reglas del Código Contencioso Administrativo.

En virtud de lo anterior, para establecer el término de caducidad dentro del cual debía interponerse la presente acción, resulta necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -, en su texto vigente a la fecha de la presentación de la demanda[[17]](#footnote-17) -, que lo señaló en treinta (30) días contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso[[18]](#footnote-18).

La norma anterior debe leerse en conjunto con lo que para el momento en que se surtió el proceso de selección y al momento de la presentación de la demanda establecía el numeral 11 de artículo 30 de la Ley 80 de 1993[[19]](#footnote-19), de conformidad con el cual, si la decisión de adjudicación se adoptaba en audiencia, debía entenderse notificada en estrados a los interesados no favorecidos, de lo contrario, la decisión debía comunicárseles dentro de los cinco (5) días calendario siguientes[[20]](#footnote-20).

Ahora bien,en el evento de que el contrato adjudicado se hubiera celebrado antes de culminar ese término -*30 días-* y **el interesado hubiese tenido conocimiento de esa circunstancia**, se debía incoar la acción contractual por cuyo cauce se le imponía el deber de integrar la pretensión de nulidad de los actos previos con la de la nulidad absoluta del contrato sustentada en la ilegalidad de aquellos, pues la inobservancia de esta última previsión, según lo ha sostenido de manera reiterada esta Sección, acarrearía la ineptitud sustantiva de la demanda[[21]](#footnote-21).

Al respecto, conviene resaltar que esa falta de conocimiento por parte del demandante de la celebración del contrato, impide exigirle al actor la obligación de demandar conjuntamente con la nulidad del acto de adjudicación la nulidad absoluta del contrato. En esos términos se pronunció recientemente la Subsección, así:

“*De otro lado, resulta imperioso precisar que en el caso concreto se desconoce la fecha en que se celebró el contrato producto de la Licitación No. 013-2000, por cuanto dicho dato no se indicó en la demanda.* ***Ese desconocimiento por parte de la demandante, según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Subsección, se erige como un obstáculo que impide exigirle la obligación de demandar conjuntamente la nulidad absoluta del contrato suscrito como resultado del procedimiento de selección y, en tal virtud, tener por configurada una ineptitud sustantiva de la demanda****. Por el contrario, abre paso a analizar la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda”[[22]](#footnote-22)* (Se resalta)

Observa la Sala que en el asunto que ahora se examina no hay prueba de que el actor, al momento de la presentación de la demanda, hubiese tenido conocimiento de la existencia y celebración del contrato correspondiente a la adjudicación realizada mediante el acto administrativo demandado, al punto que no se hizo mención de ese hecho ni en el libelo introductorio y, tampoco, en la contestación de la demanda.

Se advierte que sólo se tuvo certeza de la celebración del contrato en mención y de la fecha de suscripción del mismo, a raíz de la información allegada al proceso con ocasión de la prueba de oficio decretada por el despacho sustanciador el 21 de septiembre de 2016[[23]](#footnote-23), razón por la cual en este caso particular no resultaba posible exigir al demandante que debiera impugnar el contrato junto con el acto de adjudicación, en tanto que, como se indicó, todo lleva a concluir que para la fecha de presentación de la demanda el actor no conocía de la existencia del contrato que suscribieron GEOCAT LTDA. y el Departamento Administrativo de Catastro Distrital.

En este punto, se tiene que la demanda se instauró el 10 de diciembre de 1999, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad, para demandar los actos - proferidos antes de la celebración del contrato - era de treinta (30) díassiguientes a su comunicación, notificación o publicación, acción que era la pertinente, en tanto que como se indicó no hay prueba en el proceso de que el actor hubiese tenido conocimiento, a la fecha de presentación de la demanda, de la celebración del contrato.

Ahora bien, según la información contenida en la parte considerativa de la Resolución No. 00718 de 26 de octubre de 1999, la adjudicación de la Licitación Pública No. 001 del mismo año se realizó en audiencia pública que se surtió en la misma fecha de expedición del citado acto administrativo, por lo que el término de caducidad de la acción en este caso corrió entre el 27 de octubre y el 10 de diciembre de 1999 y, como la demanda se presentó el 10 de diciembre de esa misma anualidad, resulta evidente que fue interpuesta dentro del término legal dispuesto para el efecto.

**3. Aspectos preliminares.**

**- La naturaleza jurídica de la entidad demandada.**

Sobre este aspecto es necesario advertir que a pesar de que por un error de técnica jurídica la demanda se dirigió en contra de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá y en contra del Departamento Administrativo de Catastro Distrital y que el auto admisorio de la misma se notificó a ese Departamento, el cual, para la fecha en que se adelantó la licitación pública No. 001 de 1999, así como para la fecha de la presentación de la demanda, pertenecía a la Administración Distrital y carecía de personería jurídica, lo cierto es que la notificación surtió todos sus efectos jurídicos respecto de la persona jurídica que lo representaba, es decir, el Distrito Capital - Alcaldía Mayor de Bogotá, quien, conforme consta en el expediente, asumió de manera directa la representación de la entidad durante el curso del presente proceso[[24]](#footnote-24).

**4. El objeto de la apelación.**

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue interpuesto en contra del ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, por medio del cual se negaron los perjuicios materiales y morales solicitados en la demanda.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado al aspecto indicado, razón por la cual y dado que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta[[25]](#footnote-25), la Sala debe abstenerse de emitir pronunciamiento alguno en relación con otros aspectos por carecer de competencia para ello, de conformidad con la parte inicial del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil cuyo tenor indica:

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

En consecuencia, comoquiera que la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 00718 de 1999 del Tribunal *a quo* no fue objeto de pronunciamiento alguno por la parte demandante, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con dicho aspecto y solo se revisará si en el presente asunto procede, o no, el restablecimiento a favor del Consorcio demandante.

**5. El caso concreto.**

Como se relató, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resolución No. 00718 del 26 de octubre de 1999; sin embargo, no concedió la pretensión de perjuicios materiales y morales, con fundamento en que no se probó que la propuesta del Nomenclatura D.C. hubiera sido la más favorable para la Administración, argumento que no comparte el demandante, por considerar que en el expediente estaba debidamente acreditado que su propuesta había ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que para el reconocimiento de los perjuicios, cuando se demande la nulidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal, la parte interesada no sólo debe probar que en el proceso se violó el principio de selección objetiva, sino que, a su vez, debe acreditar que su oferta habría sido la más favorable para la Administración.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho:

*“(…) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (…)’*

*‘(...) pese al evento de aplicar los criterios y adicionar los puntos en la calificación del proceso de selección con la perspectiva que define el demandante, ello no comporta que ascienda al primer lugar en el orden de elegibilidad y mérito y, por ende, que resulte ser la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia. En suma, el demandante no acreditó que su propuesta fuese la más favorable para la administración” [[26]](#footnote-26)..*

Y, en posterior oportunidad, también señaló la Sección Tercera:

*“La jurisprudencia de la Sala ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración”[[27]](#footnote-27).*

De conformidad con lo anterior, es preciso entrar a estudiar el acervo probatorio para determinar si la parte actora probó que su propuesta era la más favorable para la Administración.

Con el libelo demandatorio se allegaron los resultados de la evaluación técnica, económica y jurídica que el Departamento Administrativo de Catastro Distrital efectuó en relación con las propuestas presentadas en el curso de la licitación pública No. 001 del segundo semestre de 1999[[28]](#footnote-28), resultados que, a juicio del recurrente, eran suficientes para acreditar que su propuesta era la más favorable para la Administración.

Pues bien, de acuerdo con la información que reposa en el expediente, en la mencionada evaluación los puntajes obtenidos por los proponentes fueron los siguientes:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **proponente** | **factor técnico**  **(45%)** | **factor económico**  **(50%)** | **factor administrativo y operacional**  **(5%)** | **total** |
| **Consorcio Nomenclatura D.C.** | 38,13 | 46,03 | 5 | **89,16** |
| **GEOCAT LTDA.** | 41,66 | 41,37 | 5 | **88,03** |
| **SOCA LTDA.** | 20,25 | 47,20 | 5 | **72,45** |

En el pliego de condiciones[[29]](#footnote-29) se determinó que el factor técnico correspondía al 45% de la calificación total y dicho factor se dividió en los siguientes ítems: *i)* evaluación del equipo (15%), *ii)* evaluación de la muestra (10%), *iii*) experiencia específica de la empresa y técnica del personal (10%), *iv)* metodología de ejecución (5%) y *v)* cronograma y plan de calidad de los trabajos (5%); para un total de 100% en dicho factor, los proponentes obtuvieron la siguiente calificación en el ítem No. 3 del factor técnico *-experiencia específica de la empresa y técnica del personal (10%)-*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **proponente** | **experiencia de la empresa** | **experiencia técnica del personal** |
| Consorcio Nomenclatura D.C. | 6,13 | 1,75 |
| GEOCAT LTDA. | 7 | 2,31 |
| SOCA LTDA. | 6,5 | 1,4 |

Consta en el proceso que los proponentes presentaron observaciones en contra de las mencionadas calificaciones, así:

El Consorcio Nomenclatura D.C. alegó que la propuesta de la firma GEOCAT LTDA. fue calificada de manera errónea en el ítem de experiencia específica. Al respecto señaló que ni las certificaciones de los contratos celebrados, ni las del Director de Proyecto cumplían con los requisitos fijados por el pliego de condiciones y el Anexo No. 1, por lo que concluyó que la calificación de dicho ítem debía ser de cero puntos para la mencionada sociedad. Solicitó, además, que a la firma GEOCAT LTDA. se le disminuyera la calificación en el punto de metodología de ejecución. Argumentos similares presentó respecto de la propuesta de SOCA LTDA. y, en cuanto a la suya, pidió que se le otorgará la mayor puntuación en el factor técnico, por considerar que se evaluaron erróneamente los ítems de experiencia técnica del personal y el de cronograma y plan de calidad de los trabajos[[30]](#footnote-30).

El proponente GEOCAT LTDA., entre otras cosas, solicitó que se le modificara la calificación del componente de colaminación del factor de evaluación técnico, puesto que la entidad demandada había verificado que el referido proceso de la firma era automático y que, por esa razón, la calificación que le correspondía era la máxima de tres puntos y no de dos como se le asignó.

Igualmente, pidió que se modificara la calificación que obtuvo en el componente B. de la experiencia específica - técnica del personal - pues, según aseveró, todos los profesionales destinados al desarrollo del contrato cumplían totalmente con los requisitos de experiencia solicitados, por lo cual por este concepto debía obtener la puntuación mayor y no la que se le asignó - 2,31 -[[31]](#footnote-31).

Respecto de la propuesta presentada por el Consorcio Nomenclatura D.C., presentó las siguientes observaciones:

*“IV. En relación con la firma CONSORCIO NOMENCLATURA D.C., solicitó:*

*(…)*

*DESCALIFICAR la propuesta del consorcio por INCUMPLIR el requisito esencial –de obligatorio cumplimiento- establecido en el numeral 2.2.1.6. de los TÉRMINOS DE REFERENCIA de* ***acreditar la EXPERIENCIA ESPECIFICA de la empresa aportando tres constancias de cumplimiento de contratos relacionados con el objeto del contrato****.*

*(…)*

*b. Revisados los documentos aportados por el ‘CONSORCIO NOMENCLATURA D.C.’ para certificar su EXPERIENCIA ESPECÍFICA se aprecia que a este respecto solo presenta una copia del acta de liquidación del contrato –aportada por la firma NSP DE COLOMBIA referente al contrato 632 de 1998 celebrado por la U.T. GEOCAT LTDA. NSP DE COLOMBIA LTDA. con el D.A.C.D. pero SIN APORTAR las tres citadas certificaciones expedidas por la respectiva entidad, como, reitero, lo exige el numeral 2.2.1.6. de los TÉRMINOS DE REFERENCIA*

*9. En caso de no conceder la anterior petición en su defecto REVISAR y DISMINUIR la calificación del proponente relacionada con la EXPERIENCIA ESPECIFICA de la empresa AJUSTÁNDOLA –exclusivamente como corresponde a los estipulado en el PLIEGO- a la real experiencia específica que pueda acreditar, en su propuesta presentada.*

*(…)*

*Por lo tanto las pruebas aportadas por el CONSORCIO, si no lo descalifican, por lo menos determinan que:*

1. *Aún si fuere computable toda la experiencia que pretende acreditar, ésta únicamente se refiere a una parte del contrato, la FABRICACIÓN DE LAS PLACAS, careciendo por completo de experiencia, en el otro componente igualmente fundamental la ‘MATERIALIZACIÓN’.*
2. *B. Injustificada y arbitrariamente se le asignó un puntaje superior al que legalmente le corresponde conforme a la documentación y certificaciones de experiencia aportadas, perjudicando a los otros proponentes y violando los principios de objetividad y transparencia.*
3. *En consecuencia debe ajustarse su puntaje disminuyéndolo a los niveles acordes con su MÍNIMA experiencia en la fabricación de placas de nomenclatura urbana y su total INEXPERIENCIA en la ‘materialización’.*

*Así mismo como en el ítem anterior –experiencia de la empresa- aplican las mismas consideraciones para precisar los conceptos ‘experiencia específica’ y ‘experiencia en proyectos similares’.*

*(…)*

*El anterior análisis evidencia la inexperiencia del personal e incluso su carencia de formación profesional, demostrando, sin lugar a dudas, que el puntaje asignado erróneamente de 1.75 NO CORRESPONDE a los criterios de calificación establecidos en el Acta de audiencia pública del 20 de septiembre anexo 1 numeral III, según la cual la puntuación que le corresponde legalmente debe ser de cero (0).*

*(…)*

*11 DESCALIFICAR la propuesta del CONSORCIO, por pretender justificar su CAPACIDAD FINANCIERA, con documentos que presentan injustificadas e inaceptables inconsistencias que impiden conocer su realidad financiera y atentan contra los principios fundamentales de la contratación.*

*(…)*

*Se evidencia que los datos correspondientes a las firmas NSP y CONALPLASE muestran DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS no justificadas que inducen a una valoración imprecisa de la información presentada, impidiendo conocer su real situación, con lo cual se incumple los principios contractuales de transparencia, lealtad, buena fe y objetividad, afectando un ítem fundamental en el análisis comparativo de las propuestas –como lo es el financiero- que representa el 30% de la calificación total”.*

Por su parte la sociedad SOCA LTDA. solicitó que se revisara la veracidad de las certificaciones allegadas por el Consorcio demandante, respecto de la experiencia de la empresa y la experiencia específica del director, dado que, aseveró, la calificación otorgada no correspondía con la información contenida en los documentos allegados.

Además, pidió que se reevaluara su propuesta, entre otras cosas, en el ítem de experiencia técnica del personal, por considerar que todos los profesionales propuestos tenían la suficiente experiencia para ejecutar el objeto del contrato.

Las mencionadas observaciones fueron abordadas por el Distrito Capital en la audiencia de adjudicación que se adelantó el 26 de octubre de 1999[[32]](#footnote-32), en la que se resolvió rechazar la propuesta del Consorcio Nomenclatura D.C. “*por aportar documentos que presentan inconsistencias*” y, en consecuencia, aunque se presentaron observaciones que podían llegar a afectar positiva o negativamente la calificación inicial otorgada a este proponente, la entidad se abstuvo de recalificar la oferta.

Adicionalmente, en la audiencia de adjudicación el Distrito Capital, con base en las observaciones presentadas por los proponentes al respecto, modificó la evaluación de las propuestas de las sociedades GEOCAT LTDA. y SOCA LTDA. en lo correspondiente al componente de experiencia de la firma y experiencia personal del factor técnico de la evaluación. Al final señaló que la mejor propuesta era la presentada por la firma GEOCAT LTDA. y, en consecuencia, le adjudicó el contrato correspondiente a la licitación pública No. 001 del segundo semestre de 1999.

Ahora, si bien el Tribunal *a quo* señaló, como fundamento de su decisión de declarar la nulidad del acto de adjudicación, que le asistía razón al Consorcio Nomenclatura D.C. al afirmar que su propuesta había sido descalificada por factores subjetivos a pesar de que ésta se encontraba ajustada a lo requerido en el pliego de condiciones y, por ello, podía participar en el proceso licitatorio, también afirmó, como sustento de dicha determinación, que la modificación de la calificación de los ítems de experiencia de la firma y experiencia de personal del factor técnico de la evaluación que la entidad pública demandada adoptó en la audiencia de adjudicación se hizo variando la metodología establecida para ello en los pliegos de condiciones, de manera que lo resuelto en dicha diligencia respecto de las observaciones que recayeron sobre ese aspecto no puede ser considerado para determinar la calificación final de las propuestas.

En ese contexto y dado que lo resuelto en primera instancia respecto de la nulidad del acto de adjudicación no fue objeto de apelación la Sala debe acogerse a lo decidido al respecto en la mencionada providencia, es decir, no puede otorgarle valor alguno a la modificación que de la calificación de los componentes de experiencia de la firma y experiencia de personal del ítem de evaluación de factor técnico se realizó en la audiencia de adjudicación.

Lo anterior conduce indefectiblemente a concluir que para determinar la calificación final de las propuestas resulta imprescindible resolver nuevamente, con criterios de igualdad y con base en las reglas que rigieron el proceso de contratación, al menos, las objeciones que presentaron todos los proponentes en relación con la calificación de los componentes de experiencia de la firma y experiencia de personal del ítem de evaluación de factor técnico respecto tanto de sus propuesta como de las propuestas de los demás participantes, puesto que de llegar a ser acogidas podrían afectar la calificación total asignada a cada uno de ellos y, por contera, su lugar en el orden de elegibilidad.

La anterior es la razón por la cual no le asiste razón al Consorcio demandante al aseverar que la calificación realizada por el Comité Evaluador en la que recibió la mejor puntuación sea prueba suficiente para demostrar que su propuesta era la más favorable para los intereses de la Administración, pues, como se observa, en contra de dicha evaluación se presentaron observaciones que debían ser valoradas confrontando todas las propuestas con las reglas establecidas desde el inicio del proceso de selección, para, una vez surtido ese proceso, determinar si había lugar o no a variar el orden de elegibilidad.

No obstante, lo anterior, al revisar las pruebas obrantes en el proceso la Sala advierte que la única propuesta que se allegó es la correspondiente al Consorcio demandante, mas no las presentadas por las sociedades GEOCAT LTDA. y SOCA LTDA., circunstancia que impide reevaluar los componentes del factor técnico a los que se ha hecho referencia frente a las objeciones presentadas por los participantes de la Licitación Pública No. 001 del segundo semestre de 1999 a la calificación del Comité Evaluador y, en consecuencia, imposibilita determinar, con base en los pliegos de condiciones, cuál era en realidad la mejor propuesta para los intereses de la Administración.

En consecuencia, dado que la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda dependía de la demostración de que la propuesta presentada por el Consorcio Nomenclatura D.C. era la que debía ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad y que por ello era merecedora a ser seleccionada para celebrar el respectivo contrato y en atención a que la demandante no logró demostrar ese aspecto por falta de pruebas, la Sala debe confirmar la sentencia recurrida en lo que a ese aspecto concierne.

Se recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.* Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga[[33]](#footnote-33) probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera-, no allegó al proceso prueba alguna que permita determinar que su propuesta habría sido la más favorable para la Administración.

**7. No hay lugar a condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 2 de septiembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO.** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 8 -41 C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Reverso folio 41 C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 150 – 152 C. 5. [↑](#footnote-ref-3)
4. Reverso folio 152 C. 5 [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 153 – 155 C. 5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Reverso folio 169, 198 C. 5. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 292 a 311 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls. 313, 340 – 364 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 313, 323 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 338 – 339 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls. 446 – 447 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 474 – 475 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fl. 477 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls. 478 – 495 C. Ppal [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 496 – 497 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-15)
16. 10 de diciembre de 1999, Reverso folio 41 C. 1.. [↑](#footnote-ref-16)
17. 10 de diciembre de 1999 (folio 138 del cuaderno No. 1), es decir, cuando ya había entrado en vigencia de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-17)
18. A través del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en el inciso 2º se dispuso que “*los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación….”* [↑](#footnote-ref-18)
19. Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 [↑](#footnote-ref-19)
20. Numeral 11 de artículo 30 de la Ley 80 de 1993 - Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 - “11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

    El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 14 de septiembre de 2016, expediente: 48.905, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-21)
22. Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 1 de octubre de 2014, expediente: 30.614.

    Sentencia expedida por laSubsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez: “*Por otra parte, se debe tener presente que en este proceso no se tuvo noticia de la fecha de celebración del contrato de obra adjudicado mediante el acto administrativo demandado, puesto que no hubo mención de tal hecho ni en la demanda de la parte actora, ni en la contestación de la demanda por parte del Municipio de Purificación, al paso que sólo se supo que el contrato correspondiente se firmó con el número 176 de 2000, sin conocerse su fecha de celebración, por cuanto este dato se allegó al proceso a través de la Resolución No. 0082 de 20 de marzo de 2001 de la Alcaldía Municipal de Purificación, la cual fue citada por el Consorcio Luis Eduardo Gómez y otro, como anexo de la contestación a la demanda el 17 de febrero de 2003, todo lo cual lleva a concluir que para la fecha de la demanda no se conocía ni se debía conocer por la parte actora, el contrato correspondiente a la adjudicación realizada mediante el acto administrativo acusado y, en consecuencia, en este caso particular no se puede imponer al demandante la carga de haber impugnado el contrato junto con el acto de adjudicación.*

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

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

    *Así las cosas, los hechos probados en este proceso no permiten imputar la falta de una demanda en forma con relación con la integración de la pretensión de nulidad del contrato, el cual –como se observó- no se encontró como celebrado para la fecha de la demanda y, por lo tanto, mal puede configurarse la ineptitud de la demanda. Por el contrario, en este caso no cabe duda acerca del deber de conocer de fondo sobre las pretensiones oportunamente impetradas”.*  [↑](#footnote-ref-22)
23. Fl. 527 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 313 – 322 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 184 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -. Ver también sentencia de unificación proferida el 9 de febrero de 2012 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado bajo el número interno 21060. [↑](#footnote-ref-25)
26. 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. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 13 de 2013 Exp. 25.595. C. P. Stella Conto Diaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fls. 196 – 218 C. Pruebas. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fls. 97 – 146 C. Pruebas. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fls. 184 – 195 C. Pruebas. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fls. 163 - 181 C. Pruebas. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 6 - 56 C. Pruebas. [↑](#footnote-ref-32)
33. Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es in­dispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuan­do no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su deci­sión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados co­mo ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: *“carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”* Ídem. pág 406. [↑](#footnote-ref-33)