**SUBSANABILIDAD – Ofertas – Marco normativo**

Debe señalarse que de conformidad con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 durante el plazo para la elaboración de los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas, las entidades estatales podrán pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estimen indispensables. Sin embargo, lo anterior no supone la posibilidad para los proponentes de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. (…) Esa regla tenía su contrapeso en la imposibilidad de las entidades estatales de rechazar las propuestas por aspectos puramente formales, en cumplimiento de la máxima constitucional que impone privilegiar el fondo sobre la forma. Así lo explicó esta Corporación, al precisar el alcance del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que habilitaba el rechazo de las propuestas por la falta de requisitos que impidieran la comparación de las propuestas. (…) todas aquellas exigencias sustantivas no podían subsanarse, so pena de que se modificaran las propuestas, en tanto de esa forma se trasgredían los principios de transparencia, economía e igualdad entre los proponentes, en tanto ello implicaba el desconocimiento de las exigencias del pliego de condiciones, la naturaleza preclusiva y perentoria de los términos de los procesos de selección cualquier otro tipo de ventaja para algún proponente.

**DICTAMEN PERICIAL – Objeción – Error grave**

Teniendo en cuenta que la prueba pericial incurrió en un error grave, es claro que no existe prueba que permita determinar que la propuesta de la parte actora era la mejor. Ahora, aun cuando se cuentan con todas las propuestas, lo cierto es que los aspectos técnicos y financieros que impone la determinación de la mejor propuesta, impone una limitante al juez que no puede superar a través de sus propios conocimientos. En todo caso, la carga de la prueba recaía en la parte actora, quien se limitó a estarse a lo establecido en un dictamen defectuoso. En esos términos, mal podría pensarse que satisfizo su carga. Lo cual releva al juez de suplirla, so pena de desequilibrar la relación procesal. Por lo tanto, se impone negar las pretensiones de restablecimiento de la demanda. (…) Podría pensarse en un comienzo que en el sub lite la eliminación del proponente que ocupaba el primer lugar, generaba que la sociedad actora ocupara ese primer orden de elegibilidad y, por lo tanto, estaría satisfecha la carga de probar que es la mejor propuesta; sin embargo, ese ejercicio no corresponde a lo dispuesto en los pliegos de condiciones. (…) como la propuesta que le fue evaluada a la actora correspondió a su propuesta básica, cuando ella sostenía que su alternativa resultaba ser la más favorable, debe señalarse que la entidad no la consideró conveniente, en tanto no resultaba la más económica. En tal sentido, debe decirse, con base en lo expuesto en el párrafo anterior, que efectivamente la propuesta alternativa resultaba ser más económica que las demás propuestas básicas; sin embargo, determinar si la propuesta básica debió ser evaluada pasa por establecer si desde el punto de vista financiero y económico era la más favorable, aspecto que escapa al conocimiento del juez. Por ejemplo determinar si la variación técnica resultaba igual a la propuesta técnica básica exigida supone un conocimiento técnico para develar tal respuesta, sin que exista una prueba en tal sentido. (…) la sentencia del a quo será revocada para en su lugar (i) declarar probada la objeción por error grave propuesta; (ii) declarar la nulidad del acto administrativo de adjudicación demandado, (iii) y negar las demás pretensiones de la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00372-01(31871)**

**Actor: SOCIEDAD PROCOPAL S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

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

Temas: La acción procedente para demandar la legalidad de los actos administrativos de adjudicación durante la vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998; prosperidad de la objeción por error grave; modificación de las propuestas a través de las aclaraciones solicitadas por la entidad estatal.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 28 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, Sala Segunda de Decisión (fls. 418 a 444, c. ppal, segunda instancia), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fl. 444, c. ppal, segunda instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Procopal S.A. demandó la nulidad de la resolución n.° 0787 del 10 de noviembre de 1994, a través de la cual el Departamento de Antioquia adjudicó a la sociedad Topco S.A. la Licitación Pública DM-E-SR-94, que tenía como finalidad la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Don Matías-Entrerríos-Santa Rosa.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 15 de marzo de 1995 (fl. 189, c. ppal), la sociedad Procopal S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contenida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Departamento de Antioquia (fls. 161 a 189, c. ppal)[[1]](#footnote-1).

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 162 a 175, c. ppal):

1.1.1. El 9 de junio de 1994, mediante la resolución n.° 0356, el Departamento de Cundinamarca abrió la licitación pública DM-E-SR-94 para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Don Matías-Entrerríos-Santa Rosa.

1.1.2. El plazo para presentar propuestas se fijó desde el 19 hasta el 29 de agosto de 1994.

1.1.3. El 23 de agosto de 1994 se llevó a cabo la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones. En la respectiva acta se recomendó revisar la forma de evaluación de las propuestas alternativas. Igualmente, se adicionó en seis días más el cierre de la licitación, por solicitud unánime de los proponentes.

1.1.4. Como consecuencia de la observación formulada en la audiencia arriba referida, el Departamento de Antioquia expidió la adenda n.° 4, por medio de la cual se fijó el procedimiento para la evaluación de las propuestas alternativas. En esa adenda se estipuló que la entidad pública revisaría las propuestas alternativas desde el punto de vista técnico y económico, con el fin de escoger la que más le resultara conveniente y la que sería objeto de evaluación.

1.1.5. El 6 de septiembre de 1994 se cerró la licitación pública.

1.1.6. Hasta el 27 de septiembre siguiente, la entidad territorial demandada tenía plazo para adjudicar. En ese lapso se solicitaron aclaraciones a los proponentes, pero las solicitadas a la sociedad Topco S.A., adjudicataria, significaron la modificación de su propuesta, en tanto le permitieron precisar el valor de sus materiales granulares, al señalar que estaban incluidos en el precio de otras actividades que no siempre comprendían ese tipo de materiales; además, esa forma de calcular el precio de los materiales granulares significó la incorporación de precios artificialmente bajos en los *ítems* 7, 8 y 38.

1.1.7. El 28 de septiembre de 1994, sin recibir respuesta a las aclaraciones solicitadas, el Departamento de Antioquia dio traslado del informe de evaluación.

1.1.8. El 4 de octubre de 1994, la sociedad actora solicitó a la demandada que se precisaran las razones para no evaluar su propuesta alternativa. El 25 de octubre siguiente, la Oficina Jurídica de la demandada le manifestó a la actora que una vez revisada la viabilidad técnica y económica se evaluaría la alternativa. El 3 de noviembre de 1994, el Departamento manifestó a la actora que su propuesta alternativa no se evaluaría, toda vez que no resultaba sustancialmente económica.

1.1.9. El 10 de noviembre de 1994 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación. En esa oportunidad, con todos los reparos que existían sobre la capacidad de Topco S.A. y que fueron conocidos por la demandada antes de la adjudicación, así como la modificación de su propuesta, además sin evaluar la propuesta alternativa de la actora, el Departamento de Antioquia adjudicó la licitación pública a la referida sociedad, por medio de la resolución n.° 0787 de la fecha en mención.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 176, c. ppal):

*1) Que la resolución n.° 0787 del 10 de noviembre de 1994 proferida por el Gobernador de Antioquia por medio de la cual se adjudicó la licitación pública DM-E-SR-94 para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Don Matías-Entrerríos-Santa Rosa, es NULA PARCIALMENTE EN CUANTO HACE RELACIÓN A LA ADJUDICACIÓN A LA SOCIEDAD TOPCO S.A. (artículo primero).*

*2) Como consecuencia de la anterior declaración, se restablezca el derecho del demandante por haber presentado la propuesta más favorable a la luz de los pliegos, condenando al Departamento-Valorización a que se le indemnicen los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) sufridos por Procopal S.A., por las actuaciones del Departamento, sumas que deberán ser debidamente actualizadas para la fecha de pago, reconociendo a favor de Procopal S.A:, intereses moratorios, comerciales, desde la fecha de la adjudicación del contrato.*

*Las sumas a pagar se discriminan así:*

*a) A TÍTULO DE DAÑO EMERGENTE:*

*GASTOS DE PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA OFERTA:*

*GASTOS*

*Valor del pliego $500.000*

*Valor póliza de seriedad $2.462.400*

*GASTOS $2.962.400*

*OTROS*

*Valor honorarios de abogados $10.000.000*

*GRAN TOTAL $12.962.400*

*LUCRO CESANTE*

*Valor de propuesta alternativa $12.447.719.194*

*Porcentaje de utilidad de la propuesta 5.0%*

*Total utilidad esperada $622.385.960*

*INDEXACIÓN: Las sumas anteriores y las que se demuestren en el proceso deberán ser debidamente actualizadas a la fecha del pago.*

*INTERESES: Adicionalmente la demandada será condenada a pagar a favor de la demandante los intereses moratorios comerciales que corran por las sumas debidas, desde el momento de la adjudicación del contrato. Así mismo de acuerdo con lo estipulado en el Código Contencioso Administrativo, la entidad demandada también deberá pagar los intereses moratorios que corran desde la fecha de la sentencia hasta el momento del pago.*

**1.1.3. Concepto de la violación**

La parte actora (fls. 177 a 185, c. ppal) estimó desconocidos los artículos 2, 6, 13, 25, 29 y 333 Superiores y los artículos 24, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993.

La actora fundamentó el concepto de la violación de esas normas en que la sola presentación de una propuesta alternativa daba derecho al proponente para que la misma se calificara. Lo contrario significaba desconocer el ordenamiento jurídico y las normas del proceso de selección. Aun en el hipotético de que las previsiones del pliego fueran imprecisas sobre la calificación de ese tipo de propuestas, la administración, como responsable de la elaboración de esas reglas, es la llamada a soportar las consecuencias que esa situación generara.

De igual forma, la parte actora refirió que los hechos narrados en la demanda complementan el concepto de la violación, en tanto la propuesta ganadora no fue la mejor.

**1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

1.2.1. El Departamento de Antioquia contestó extemporáneamente (fl. 274, c. ppal, auto del 14 de noviembre de 1997).

1.2.2. La sociedad Topco S.A., aunque fue notificada personalmente de la demanda (fl. 244, c. ppal), no contestó la demanda.

**1.3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte actora, además de reiterar los fundamentos de su demanda, estimó que la prueba pericial da cuenta de los errores en la evaluación en que incurrió la demandada y que la oferta de Procopal S.A. era la mejor (fls. 356 a 362, c. ppal).

Por su parte, la demandada precisó que después de la valoración de la propuesta alternativa de la actora, la descartó porque no resultaba favorable para la entidad demandada, tal como imponía el pliego de condiciones para tales efectos; aclaró que si bien la propuesta de Topco S.A. no tenía los precios de materiales granulares, esa sociedad precisó que los mismos estaban incluidos en el valor de los equipos y en los derechos de explotación, y frente a la prueba pericial insistió que estaba plagada de subjetividades, tal como lo expuso en su objeción por error grave (fls. 363 a 370, c. ppal 2).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 28 de abril de 2005, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo (fls. 418 a 444, c. ppal, segunda instancia):

*Como la esencia del debate está signada en lo fundamental por el hecho de “no haberse tenido en cuenta la calificación de la propuesta alternativa” formulada por la actora, entre otros aspectos, al no ser aprobada “debido a que el Departamento-Valorización no la consideró sustancialmente económica”, según palabras del libelo demandatorio (fl. 168), será menester indagar tanto en la jurisprudencia como en la ley que se decanta sobre la noción de “propuesta alternativa” o simplemente como “alternativas” (…).*

*No obstante la norma antes transcrita* [refiere al numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993]*, la sociedad demandante insistió, tal como se lo plantea en el hecho 14 de la demanda (fl. 167), al solicitar explicaciones respecto a la razón que tuvo la entidad pública para calificar la propuesta de Procopal “considerando la denominada propuesta básica u original, en lugar de la alternativa como era su obligación de acuerdo con lo dispuesto en los pliegos”.*

*Explicación que se solicitó teniendo en cuenta que el numeral 1.14.1 de la adenda número 4 del pliego de condiciones (fl. 38), decía lo siguiente:*

*“Para el proponente que presente alternativa (s), el Departamento-Valorización revisará su contenido técnico y económico, tomará la que considere más conveniente si la hay, y esta será la propuesta sujeta a calificación”.*

*Visto lo allí puntualizado, la Sala observa que la administración no estaba compelida u obligada a calificar o evaluar la “propuesta alternativa” planteada por Procopal S.A., pues su actuar en este campo no estaba ni está condicionada por la ley a que debiera adjudicar el contrato a quien haya presentado la “alternativa”, pues como se probó, la entidad accionada para acometer la evaluación pertinente de las propuestas, optó por la “básica u original” contenida en los pliegos.*

*Más aún, del mismo pliego de condiciones o términos de referencia contenido en la adenda n.° 3 (fl. 29) y referido a la “Preparación y Presentación de la Propuesta”, se parafrasea textualmente el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, excepción hecha de la expresión “o términos de referencia” que corresponde a la primera parte de la citada disposición legal.*

*Advierte la Sala y así lo constata, que el criterio de evaluación determinante para la adjudicación de la licitación de autos por la demandada, obedeció sustancialmente al evento consignado tanto en el pliego inicial como en la adenda n.° 4 (fl. 37) que a la letra establece:*

*“En caso de presentarse empate o una equivalencia entre dos o más propuestas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio y, en caso de persistir el empate por la igualdad en precios, será determinante el plazo.*

*“Se consideran equivalentes las propuestas que no difieran en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas”.*

*Fue entonces la anterior regla de juego la que determinó la adjudicación de la licitación a Topco S.A., tal como se colige del numeral 12 del acto impugnado (res. 0787 de 1994), el cual refundiera los numerales 6 y 8 del mismo y que definiera finalmente el criterio básico que orientara la adjudicación, esto es, por presentarse un caso de equivalencia de tres propuestas como en efecto aconteció, constituyendo finalmente la favorabilidad el “más bajo precio” ofrecido por la sociedad antes mencionada.*

*Para la Sala no se alcanza a estructurar la desviación de poder imputada a la resolución 0787 de 1994, por cuanto como ya se lo dijo, los criterios de adjudicación de la Licitación Pública DM-E-SR-94 tuvieron como soporte los pliegos de condiciones incluidas sus adendas y la ley, razón por la cual se mantendrá la legalidad de la resolución atacada y se dispondrá en consecuencia la desatención de las súplicas de la demanda.*

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 24 de junio de 2005, la parte demandante interpone y sustenta su recurso de apelación (fls. 446 a 450, c. ppal, segunda instancia).

Como fundamentos de su apelación (fls. 358 a 364, c. ppal 3), sostiene que (i) dentro de la solicitud de aclaraciones, la demandada permitió que Topco S.A. mejorara su propuesta, en tanto el valor de los materiales granulares, según la respuesta de la referida sociedad, se encontraba inmerso dentro de las actividades de explotación, cargue, transporte interno y trituración. Lo anterior resulta inviable porque algunas de esas actividades no comprenden materiales granulares, de lo que se sigue que se cobrarían incluso en esos eventos. Lo cierto es que las demás propuestas, en cumplimiento de lo estipulado en el numeral 4.4. párrafo 15 del pliego de condiciones, sí discriminaron el valor de los materiales granulares. Además, esa forma de calcular el precio de los materiales granulares significó la incorporación de precios artificialmente bajos para los *ítems* 7, 8 y 38.

(ii) La demandada desconoció lo regulado en el pliego respecto de la evaluación de las propuestas alternativas, toda vez que aun cuando la alternativa de la actora era más económica y con dos meses de plazo menos, tal como en su momento lo reconoció la demandada, pero que desconoció el comité evaluador, estimó sin fundamento que no resultaba sustancialmente más económica.

La parte actora estimó que los anteriores cargos están probados con los testimonios rendidos en el proceso, los cuales fueron desestimados de forma superflua por el *a quo*, así como por el peritaje, cuyas conclusiones son contundentes frente a las irregularidades advertidas, hasta el punto de que no fueron objetadas. El peritaje concluyó que la puntuación de Procopal S.A. debió ser de 771.58 puntos, al tiempo que de la de Topco S.A. de 761.04 puntos, y que la propuesta de Topco debió ser descalificada por violación del numeral 3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, en relación con el cálculo de los precios de los materiales granulares.

**2. ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 458 a 470, c. ppal, segunda instancia).

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

Como dentro de la controversia está una entidad estatal[[2]](#footnote-2), el Departamento de Antioquia, es de conocimiento de esta jurisdicción. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[3]](#footnote-3).

De otro lado, en cuanto a la procedencia de la acción instaurada, debe señalarse que para el año 1995, cuando se presentó la demanda (fl. 189, c. ppal), aún no estaba en vigencia la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por la Ley 446 de 1998, pero sí lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que prescribía que el acto de adjudicación sería pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del citado código, que fue la acción ejercitada.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada expidió el acto administrativo cuestionado y su contraparte fue proponente dentro del proceso de selección donde se originó ese acto jurídico.

**1.3. La caducidad**

Frente a la caducidad de la acción se tiene que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, antes de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, disponía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos, como el que en esta oportunidad se demanda, era de cuatro meses, contados a partir de su comunicación, notificación o publicación[[4]](#footnote-4).

En ese orden, como la resolución 0787 del 10 de noviembre de 1994 se adjudicó en audiencia pública (fls. 7 a 10, c. ppal), en la cual participó el actor (fl. 9, c. ppal) y, por consiguiente, según el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se notificó por estrados, es claro que desde ese día y el 10 de marzo de 1995, cuando se presentó la demanda (fl. 189, c. ppal), el término de los cuatro meses no había expirado y, por lo tanto, la acción fue presentada en tiempo.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El estudio de fondo de la Sala se concretará en determinar (i) si como consecuencia de la aclaración solicitada por la demandada, la sociedad Topco S.A. modificó su propuesta en un aspecto sustancial, particularmente, en el precio de los materiales granulares; (ii) si esa forma de calcular ese precio significó la incorporación de valores artificialmente bajos para los *ítems* 7.8 y 38, y (iii) si la demandada desconoció lo regulado en el pliego respecto de la evaluación de las propuestas alternativas.

De encontrarse probada alguna de las anteriores circunstancias se impondrá determinar si dan lugar a la nulidad absoluta del acto administrativo demandado; si la propuesta de la actora fue la mejor, y, de ser el caso, reconocer los perjuicios correspondientes.

**3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN**

**3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección**

De entrada, precisa advertir que para el 9 de junio de 1994 (fl. 7, c. ppal, texto de la resolución de adjudicación n.° 0787 del 10 de noviembre de 1994), cuando el Departamento de Antioquia abrió la licitación pública DM-E-SR-94, a través de la resolución 0356, estaba vigente la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5), contentiva del régimen jurídico contractual de las entidades estatales, como lo es la demandada, por lo que este es el régimen jurídico aplicable al presente asunto.

**3.2. Del trámite de la Licitación Pública DM-E-SR-94**

De entrada es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Además, las documentales se allegaron en copias auténticas y simples, siendo posible valorar estas últimas de acuerdo a la postura actual de la jurisprudencia de la Sección[[6]](#footnote-6). De las pruebas aportadas se tiene:

3.2.1. El 9 de junio de 1994, mediante la resolución n.° 0356, el Departamento de Antioquia abrió la licitación pública DM-E-SR-94 para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Don Matías-Entrerríos-Santa Rosa (fl. 7, c. ppal, texto de la resolución de adjudicación n.° 0787 del 10 de noviembre de 1994).

3.2.2. En el pliego de condiciones del mencionado proceso de selección se reguló (fls. 541 a 739, c. 3)[[7]](#footnote-7):

*SECCIÓN I*

*INFORMACIÓN GENERAL (…)*

*1.9. PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA[[8]](#footnote-8)*

*La propuesta deberá presentarse con precios en moneda colombiana, de acuerdo con el formulario de propuesta* (sic) *anexo. Las cantidades de obra estipuladas en dicho formulario son aproximadas; las dimensiones, localización y cantidades de obra definitivas se determinarán durante el período de construcción.*

*Los proponentes presentarán su propuesta en forma completa, clara e incondicional con base en las especificaciones de este pliego de condiciones y en los planos, especificaciones y documentos anexos.*

*Los proponentes presentarán precios unitarios y valores parciales para cada ítem de acuerdo con las cantidades estimadas que aparecen en el formulario de la propuesta. Se entiende que los precios que ofrezcan los proponentes se refieren al pago de los trabajos debidamente terminados, de acuerdo con las especificaciones, planos, detalles, métodos y sistemas constructivos.*

*Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condiciones para la adjudicación[[9]](#footnote-9).*

*En el caso de presentar alternativas estas deberán tener el correspondiente soporte técnico (…).*

*Será obligatoria la presentación del formulario de propuesta suministrado por el Departamento-Valorización el cual es inmodificable por parte de los oferentes, a menos que se trate de una propuesta alternativa, la cual podrá presentarse, siempre y cuando no signifique condicionamiento alguno para adjudicación; en caso de presentarse propuesta alternativa, esta deberá diligenciarse en un formulario independiente, además de la solicitada por el Departamento-Valorización cuya presentación es de carácter obligatorio.*

*En la propuesta no podrán fijarse condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato; en caso de hacerlo, el proponente responderá por ello, sin que haya lugar a indemnización alguna a su favor (…).*

*1.11. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA*

*Los documentos descritos en este numeral deberán anexarse a la propuesta; de no hacerlo en esta oportunidad, el Departamento-Valorización, en virtud de la ley, se reserva el derecho de solicitar las aclaraciones conducentes a habilitar algún documento, siempre y cuando dicha aclaración no dé lugar a modificación o adición de las condiciones o requerimientos que sirvan como base para la comparación de propuestas.*

*Los documentos deberán anexarse a la propuesta en el orden descrito:*

*1.11.1. Documentos esenciales para la comparación de propuestas (…):*

*6. Formulario de propuesta, con precios unitarios, valores parciales, valor total de la propuesta y plazo de ejecución, debidamente firmado por el proponente (…).*

*7. Análisis completo y detallado de los precios unitarios de todos los ítemes (sic) (…).*

*1.13. RECHAZO DE PROPUESTAS*

*Serán rechazadas las propuestas que no cumplan con las normas vigentes de la contratación estatal y con los requisitos exigidos en este pliego de condiciones, que sean esenciales para la comparación de propuestas.*

*1.14. EVALUACIÓN DE PROPUESTAS Y NORMAS DE SELECCIÓN[[10]](#footnote-10)*

*Una vez cerrada la licitación, se procederá a efectuar los estudios técnico, económico y jurídico de las propuestas, con el fin de definir cuáles se encuentran ajustadas a la Ley y a las exigencias de este pliego de condiciones. Las propuestas que de acuerdo con estos estudios no se ajustaren a ello, serán rechazadas (…).*

*Para la evaluación de las ofertas se tendrán en cuenta los siguientes criterios y puntajes máximos asociados:*

*CRITERIO PUNTAJE MÁXIMO*

*1.14.1. Precio 650*

*1.14.2. Experiencia en obras similares o afines 100*

*1.14.3. Distribución equitativa de los contratos 60*

*1.14.4. Programa de trabajo e inversión 50*

*1.14.5. Equipo ofrecido 50*

*1.14.6. Administración, imprevistos y utilidades 40*

*1.14.7. Cumplimiento en contratos anteriores 30*

*1.14.8. Ingeniero residente 20*

*TOTAL 1000*

*De acuerdo con el puntaje obtenido por cada uno de los proponentes, se establecerá un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato. En caso de presentarse un empate o una equivalencia entre dos o más propuestas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio y, en caso de persistir el empate por la igualdad de precios, será determinante el plazo.*

*Se consideran equivalentes las propuestas que no difieran en más del cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas.*

*(…)*

*1.14.1. PRECIO[[11]](#footnote-11)*

*El Departamento-Valorización se reserva el derecho a rechazar propuestas que presenten precios que no estén acordes con los costos reales del mercado en el momento de la presentación de la propuesta, en cuyo caso, no se continuará con el proceso de su evaluación.*

*El precio tendrá una asignación de seiscientos cincuenta (650) puntos como máximo, distribuidos en el valor total de la propuesta (400 puntos), y los precios unitarios de los ítemes* (sic) *más representativos (250 puntos).*

*Para el proponente que presente alternativa (s), el Departamento-Valorización revisará su contenido técnico y económico, tomará la que considere más conveniente si la hay, y esta será la propuesta sujeta a calificación.*

*SECCIÓN IV*

*CONDICIONES PARTICULARES (…)*

*4.4. FUENTES DE MATERIALES[[12]](#footnote-12) (…)*

*Todos los materiales y suministros,* (sic) *que se requieran para la ejecución de las obras serán suministrados por el contratista, y los costos de adquisición, explotación, extracción, cargue, transporte, almacenamiento y utilización serán incluidos en el precio unitario que se estipula para cada ítem* (se subraya)*.*

3.2.3. El 23 de agosto de 1994 se llevó a cabo la audiencia aclaratoria de pliegos de condiciones. En ella se acordó modificar el numeral 1.9 en el párrafo correspondiente a las propuestas alternativas (fl. 321, c. 3); sin embargo, si bien se modificó el numeral 1.9, a través de la adenda n.° 3 del 26 de agosto de 1994, en esa modificación no se trató la forma de evaluación de las propuestas alternativas, sino al modificar por medio de la adenda n.° 4 del 31 de agosto de 1994 el numeral 1.14.1., sobre el precio, al indicar que *“el proponente que presente alternativa (s), el Departamento-Valorización revisará su contenido técnico y económico, tomará la que considera más conveniente si la hay, y esta será la propuesta sujeta de evaluación”* (fl. 493, c. 2, lo anterior puede verificarse en los apartes transcritos en esta providencia del pliego de condiciones).

3.2.4. El 6 de septiembre de 1994, dentro de la audiencia de cierre de la licitación pública en estudio se presentaron seis propuestas, incluida la de la parte actora (fls. 317 y 318, c. 3).

3.2.5. En la propuesta presentada por Topco S.A., en el formulario de análisis de precios unitarios, *ítems* 7, 8 y 38 no aparecen relacionados los materiales granulares con su descripción, unidad, precio unitario, cantidad y valor por unidad, como se establecía en el referido formulario (fls. 39, 40 y 75, c. 1).

3.2.6. En el resumen de evaluación de las propuestas Topco S.A. ocupó el primer lugar de elegibilidad con 771.58 puntos y el segundo fue la actora, sociedad Procopal con 761.04 puntos (fl. 437, c. 3). De la misma forma se observa que en el cuadro denominado Comparación por Grupos, Precios Básicos, se compararon los precios de la propuesta básica y alternativa de Procopal S.A., entre los de otros proponentes (fl. 339, c. 3).

3.2.7. El 26 de septiembre de 1994, el Departamento de Antioquia solicitó a Topco S.A., entre otras aclaraciones, precisar *“el valor de materiales granulares en los ítems 7, 8 y 38 ya que en el análisis de precios no aparecen valorados. Sobra resaltar la importancia de esta aclaración frente a la incidencia de estos ítems en el contexto de la obra”* (se destaca) (fl. 521, c. 3).

3.2.8. El 25 de octubre de 1994, en el informe técnico de evaluación de propuestas se anotó que Topco S.A. *“5. Aclar[a] el valor de los materiales granulares en planta de los ítemes* (sic) *7, 8 y 38. Al respecto se hace un análisis en la parte correspondiente a las observaciones que hacen algunas firmas”*. Más adelante, en el mismo documento, se pone de presente que Procopal S.A., además de pedir que se le evalúe su propuesta alternativa, observó la propuesta de Topco S.A. por la aclaración referida, en tanto estimó que se incumplió el pliego de condiciones que exigía precisar el valor de los materiales granulares y, además, de esa forma se modificó la propuesta (fl. 413, c. 3). La entidad demandada respondió (fls. 413 y 414, c. 3):

*Aunque la respuesta a esta observación es más jurídica que técnica, sí es importante tener en cuenta la siguiente:*

*- Al proponente Topco S.A. se le pidió aclaración a este respecto y respondió en los términos del análisis unitario de las propuestas, argumentando que el suministro de los materiales granulares, es la suma de los precios unitarios de la maquinaria y equipo que participa en la fabricación del material, de acuerdo con esta distribución:*

*5.1. 7. Suministro, colocación y compactación de material de subbase*

*Costo directo material granular: 2.992 $M3 y equivale a sumar el análisis del precio unitario el costo de:*

*Trituradora FACO-ALLS-CHALMER 1.641 $/M3*

*Dumper Volvo: 1.007 S/M3*

*Retroexcavadora CAT: 344 $/M3*

*5.2 8. Suministro, colocación y compactación de material de base*

*Costo directo material granular: 4.632 $/M3 y equivale a suma del análisis del precio unitario el costo de:*

*Trituradora FACO-ALLIS-CHALMER 3.281 $M3*

*Dumper Volvo: 1.007 $M3*

*Retroexcavadora: 344 $M3*

*5.3. 38. Carpeta de concreto asfáltico: suministro transporte, colocación y comparación*

*Costo directo material: $4.922/M3 y equivale al valor de la trituradora FACO-ALLIS-CHALMER*

*Si comparamos estos precios con los costos directos de producción normales en el mercado nuestro, nos encontramos con:*

*- Producir 1 M3 de subbase, considerando sólo la maquinaria y el equipo cuesta $2.300 vs 2.992 $/M3 que contempla Topco S.A.*

*- Producir 1 M3 de base considerando sólo la maquinaria y equipo cuesta $4000/M3 vs 4.632 que presenta Topco S.A.*

*- Producir 1 M3 de material granular para concreto asfáltico, considerando sólo la maquinaria y equipo, cuesta $4.300 vs 4.992 que analiza Topco S.A.*

*Implica lo anterior que el Proponente Topco S.A. estaría cobrando por los derechos de salida o derechos de explotación entre $600 y 650 por M3 de material granular, valor compatible con lo presentado por el Consorcio Pavicol Ltda.-Construcción A.P., única propuesta que permite este tipo de comparación; sin embargo no está claramente especificado en la propuesta.*

3.2.9. El mismo 25 de octubre de 1994, la Asesora Jurídica le comunicó al Director Técnico, ambos funcionarios de Valorización Departamental de Antioquia, que resultaba viable la observación de Procopal S.A. para que se tuviera en cuenta su propuesta alternativa y, en consecuencia, *“el Departamento-Valorización deberá revisar su viabilidad técnica y económica, y de encontrarla factible, deber entrar a evaluarse, al igual que las demás alternativas presentadas por los otros proponentes son susceptibles de calificación con idénticas premisas”* (fl. 59, c. ppal).

3.2.10. El 28 de octubre de 1994, mediante acta n.° 28, el Comité de Apoyo de Obras y Consultoría recomendó contratar con Topco S.A., teniendo en cuenta que su propuesta y las de Procopal S.A., Consorcio Explanan Ltda-Conco y Consorcio Pavicol resultaban equivalentes, en tanto su puntaje máximo no difería entre ellas de un 5%, se imponía adjudicarle a la propuesta más económica, esto es la de Topco S.A. (fl. 77, c. ppal).

3.2.11. El 3 de noviembre de 1994, el Director Técnico y el Director de Valorización del Departamento de Antioquia le manifestaron a la sociedad actora que, entre otras observaciones, su *“solicitud de que se les evalúe la alternativa presentada, no fue aprobada, debido a que el Departamento-Valorización no la consideró sustancialmente económica”* (fl. 93, c. ppal). Igualmente, se anexó el resultado final de la evaluación donde Topco S.A. ocupaba el primer lugar con 771.58 puntos y Procopal el segundo lugar con 761.04 puntos (fl. 95, c. ppal).

3.2.12. El 10 de noviembre de 1994, dentro de la audiencia pública de adjudicación, la sociedad actora Procopal S.A., entre otras observaciones, ratificó su solicitud para que se le evaluara su propuesta alternativa y, además, que la propuesta de Topco S.A. fue modificada al permitirle precisar el valor de los materiales granulares, cuando omitió indicarlo en el respectivo formulario, como lo exigía el pliego de condiciones. Al respecto, la demandada respondió (fl. 139, c. ppal):

*Frente a las alternativas, el doctor Arango manifiesta que se hizo análisis y que tal como se le respondió por escrito al proponente, no se consideró sustancialmente favorable desde el punto de vista económico (…).*

*Con respecto a los precios, informa que la Dirección Técnica de Valorización hizo una profunda investigación, realizó un análisis y llegó a la conclusión que los precios si bien es cierto hay unos altos y otros bajos, dentro del contexto de cada propuesta están acordes con los del mercado.*

Dentro del acta de la audiencia pública de adjudicación acogió el concepto del Comité de Apoyo de Obras y Consultoría contenido en el acta n.° 28 del 28 de octubre de 1994, que recomendó adjudicar a Topco S.A. (fl. 144, c. ppal).

3.2.13. El mismo 10 de noviembre de 1994, mediante resolución n.° 0787, el Departamento de Antioquia adjudicó la Licitación Pública n.° DM-E-SR-94 a la sociedad Topco S.A. Para el efecto, la demandada consideró:

*6. Que según consta en acta número 28 del Comité de Apoyo de Obras y Consultoría, previa exposición de todos y cada uno de los criterios de evaluación de las propuestas y de la distribución porcentual de los mismo, con base en los estudios presentados por parte del Departamento Administrativo de Valorización, el análisis técnicos de las propuestas arrojó el siguiente resultado:*

*Proponente Puntaje*

*Topco S.A. 771.58*

*Procopal S.A. 761.04*

*Consorcio Excavar Ltda-Conco Ltda-*

*Explanan Ltda. 752.76*

*Consorcio Pavicol Ltda.-Construcciones*

*A.P. Ltda. 646.82*

*Trainco 332.98*

*Concorpe S.A.-Proing Ltda. 190.98*

*7. Que según lo previsto en el Pliego de Condiciones para la Licitación Pública DM-E-R-94, de acuerdo con el puntaje obtenido para cada uno de los proponentes se establecería un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato, y que en caso de presentarse un empate a una equivalencia entre dos o más propuestas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio y, en caso de persistir el empate por la igualdad en precios, sería determinante el plazo, considerándose equivalentes las propuestas que defieran en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas.*

*8. Que el Comité de Apoyo de Obras y Consultoría en sesión del 28 de octubre de 1994, según consta en la citada acta número 28 determinó que se presentó equivalencia entre tres de las propuestas a saber:*

 *Puntaje Valor*

*Topco S.A. 771.58 $10.960.484.577*

*Procopal S.A. 761.04 $12.960.391.842*

*Consorcio Excarvar Ltda-*

*Conco Ltda-Expanan Ltda 752.76 $12.803.032.952*

*En virtud de lo cual recomendó adjudicar a la firma Topco S.A. el contrato para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Don Matías-Entrerríos-Santa Rosa, en una longitud de 40 kilómetros, por un valor de $10.960.484.577 y un plazo de 30 meses, por ser de las tres propuestas equivalentes la de más bajo precio.*

*9. Que el concepto del Comité de Apoyo de Obras y Consultoría fue informado al Consejo de Gobierno en sesión del 8 de noviembre de 1994 según consta en acta 2.021 de esa fecha, En dicha sesión, el Director y Director Técnico del Departamento Administrativo de Valorización hicieron una presentación detallada de las propuestas presentadas y de las evaluaciones y puntajes que obtuvo cada una de ellas.*

*10. Que por decisión del señor Gobernador del Departamento se convocó a audiencia pública en el Salón del Consejo de Gobierno del Centro Administrativo Departamental para el día 10 de noviembre de 1994 a las 6:00 de la tarde, y en su calidad de presidente, procedió a la apertura de la audiencia, concedió el uso de la palabra a los representantes del Consorcio Pavicol Ltda-Construcciones A.P. Ltda, Procopal S.A., Excarvar Ltda.-Conco Ltda-Explanan Ltda, Topco S.A., al Director y al Director Técnico del Departamento Administrativo de Valorización y posteriormente el Secretario de Obras Públicas informó sobre la recomendación del Comité de Apoyo de Obras y Consultoría.*

*11. Que las inquietudes presentadas por los contratista en la audiencia, se les dio respuesta inmediata por parte de los funcionarios del Departamento Administrativo de Valorización, las cuales además habían sido ya dadas previamente por escrito.*

*12. Po lo anterior, con fundamento en la evaluación de las propuestas que tal como se desprende del numeral 6 y 8 determinó la equivalencia de tres de las presentadas por no diferir en más de un cinco por ciento (5%), en la recomendación del Comité de Apoyo de Obras y Consultoría, en el informe al Consejo de Gobierno, en lo ocurrido en la Audiencia Pública y teniendo en cuenta que conforme al numeral 1.14 del pliego de condiciones en caso de presentarse equivalencia entre dos o más propuestas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio.*

3.2.14. Los siguientes testigos declararon ante el *a quo* así: (i) el señor Manuel Vicente Zuluaga, quien formó parte del grupo que estructuró la propuesta de la sociedad actora, insistió en las irregularidades de la propuesta de Topco S.A. en línea con los argumentos de la demanda; la señora María del Rosario Palacio Sánchez, funcionaria del Departamento de Antioquia, además de precisar que participó dentro del proceso de selección en estudio, refiere genéricamente a los trámites propios de ese tipo de trámite, sin precisar detalles en particular, y el señor Saúl de Jesús Posada Ochoa, funcionario del Departamento de Antioquia, explicó que la adjudicación se fundamentó en los estudios realizados por el Comité y que determinó que la mejor propuesta fuera de la Topco S.A. y precisó que la evaluación se hizo sobre las propuestas básicas de los proponentes, no así sobre sus alternativas (fls. 277 a 284, 288 a 292, c. ppal). Los anteriores testimonios serán objeto de valoración conjunta con los otros medios probatorios, toda vez que aun cuando pueden considerarse como testigos sospechosos por la vinculación laboral que tuvieron con las partes en litigio, lo cierto es que ello automáticamente no desdice su valor probatorio, sino que el juez deberá valorarlos de forma más estricta[[13]](#footnote-13).

3.2.15. El 23 de septiembre de 2003, el perito José Luis Gutiérrez Flórez, abogado de profesión, rindió el dictamen solicitado (fls. 319 a 322, c. ppal). La prueba fue solicitada por la parte actora para determinar (i) si se debía calificar la propuesta alternativa de Procopal S.A., en lugar de su básica, como ocurrió; (ii) si Topco S.A. omitió la valoración de los materiales granulares, si ello daba lugar a la descalificación de la propuesta y cuál sería el orden de elegibilidad de las propuestas; (iii) si los precios unitarios de los ítems 7, 8 y 38 correspondían a los del mercado y, de no ser así, si daban lugar a descalificar la propuesta de Topco S.A.; (iv) los riesgos e implicaciones para la comunidad de que el adjudicatario careciera de una fuente de materiales, y (v) establecer las razones para que Procopal S.A. fuera la adjudicataria del proceso de selección en estudio (fls.188, c. ppal).

Al primer interrogante, el perito manifestó que *“[d]ebido a que la empresa TOPCO S.A., en ningún momento presentó propuestas alternativas, por lo que los puntajes debieron de ser a la inversa o sea, que Procopal S.A., debiera de haber obtenido 771.58 y la empresa Topco S.A. haber quedado con un puntaje de 761.04 que fue el puntaje que le adjudicaron a la demandante en este caso. De haber sido adjudicataria dicha licitación ceñida a la Ley 80 de 1993, o ley de contratación administrativa y en donde se violaron los artículos 27-28-29 y 30 de dicha ley. Por consiguiente al violar dichos artículos se perjudicó enormemente en el puntaje final a la compañía demandante ya que dichos puntajes debieron ser a la inversa”* (fl. 320, c. ppal).

Sobre el segundo interrogante, sostuvo que se violó el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993 respecto de los *ítems* 7, 8 y 38 de los pliegos de condiciones, en tanto se le permitió variar su propuesta con la aclaración que rindió sobre los precios de los materiales granulares, oportunidad que no tuvo ningún proponente (fls. 320 y 321, c. ppal).

Frente al tercer interrogante, concluyó que el Departamento de Antioquia fue advertido de las irregularidades cometidas por Topco S.A. en los precios de los *ítems* 7, 8 y 38 sin que las atendiera, en perjuicio de la parte actora, hasta el punto que de haberse observado sería la adjudicataria del proceso (fl. 321, c. ppal).

En cuanto al cuarto interrogante, el perito estimó que los riegos e implicaciones con la adjudicación realizada se concretaban en la falta de transparencia, la creación de intereses políticos entre funcionarios públicos y el desprestigio de los funcionarios responsables (fls. 321 y 322, c. ppal).

Por último, afirmó que dadas las ventajas en el precio y el plazo de la propuesta alternativa de la propuesta de Procopal S.A. se evidencia que *“los funcionarios encargados de la adjudicación del contrato o no lo vieron o se hicieron los ciegos ante este presupuesto”* (fl. 322, c. ppal).

Finalmente, precisó que para rendir el dictamen se consultó *“varias personas expertas tanto en contratación como en la realización de obras públicas”* (fl. 322, c. ppal).

3.2.15.1. Una vez se corrió traslado del dictamen pericial (fl. 331, c. ppal), el Departamento de Antioquia solicitó al perito aclarar el alcance todas sus respuestas. Así, (i) frente al primer interrogante, solicitó se precisara si la presentación de propuesta alternativa era opcional u obligatoria. De ser opcional, por qué se cuestiona esa falencia de Topco S.A. Cuáles fueron los criterios para definir el nuevo orden de elegibilidad; no se consideró que en los cuadros de evaluación se calificaron las propuestas alternativas presentadas; (ii) sobre la segunda pregunta, solicitó precisar porque se viola el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, cuando este refiere al tema del Registro Único de Proponentes, y (iii) en cuanto al tercer, cuarto y quinto interrogante, cuestionó la falta total de fundamentos de la respuesta (fls.332 a 334, c. ppal).

3.2.15.2. En la aclaración, el perito se limitó a señalar que las normas citadas eran claras y que el Departamento de Antioquia debió calificar la propuesta alternativa de la actora, en tanto fue una de las que se presentó al proceso; aclaró que el artículo violado en la respuesta segunda era el artículo 23 y no el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993; estimó que se benefició a Topco S.A. al brindarle la oportunidad de mejorar su propuesta, cuando se le permitió aclarar su propuesta frente a los precios de los materiales granulares, y aclaró que para sus conclusiones sólo tuvo en cuenta las propuestas de Topco S.A. y Procopal, en tanto las demás no tenían posibilidad de ganar (fls. 340 a 344, c. ppal).

3.2.15.3. El Departamento de Antioquia objetó por error grave el dictamen (fls. 410 a 413, c. ppal), toda vez que *“el perito determina que la propuesta de la sociedad demandante es la mejor, se limita a hacer unas apreciaciones subjetivas y sin contenido valedero para llegar a esa conclusión, además, no tuvo en cuenta las evaluaciones realizadas por el Departamento de Antioquia-Valorización Departamental, no tienen una base sólida para determinar quién tenía el mayor puntaje. Tampoco es de recibo la calificación de ciegos a los funcionarios encargados de la adjudicación”* (fl. 412, c. ppal).

3.2.15.4. Para resolver sobre la objeción, precisa señalar que los reparos frente a la pericia se concretaron en su falta de fundamentación. Sin embargo, no sólo se observa que las conclusiones del dictamen carecen de todo sustento, hasta el punto que se tratan de meras aseveraciones del perito sin ningún tipo de respaldo, sino que además fue rendida por un profesional sin conocimientos técnicos o financieros, como lo exigía determinar la mejor propuesta en el presente asunto. En ese orden, no se trata simplemente de un defecto de fundamentación o de que el dictamen se hubiera ocupado de temas jurídicos reservados al juez, sino que el peritaje puede considerarse de forma razonable como errado, en tanto quien lo rindió ni siquiera tenía los conocimientos necesarios.

La Sala ha sostenido que *“la falta de fundamentación del dictamen impide determinar si las conclusiones del peritaje son precisas o pudieran ser otras, mutatis mutandi el dictamen es incompleto y, por consiguiente, insuficiente para probar. Por su parte, el error grave es aquel que permite señalar sin ambages que el sentido del peritaje sería otro, es decir, hay un dictamen completo pero equivocado[[14]](#footnote-14)”*[[15]](#footnote-15).

En el *sub lite*, además de existir un dictamen incompleto, por su falta de fundamentación, estamos frente a uno que ni siquiera debió rendirse, en tanto el numeral 3 del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil exige al perito manifestar bajo la gravedad de juramento que tiene los conocimientos necesarios para rendir la experticia. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de recurrir a la ayuda de auxiliares u otros técnicos, pero siempre bajo la responsabilidad y dirección del perito (numeral 2 del artículo 237 *ejusdem*), es decir, este siempre será el responsable de lo aseverado en el dictamen. Sin embargo, en el *sub lite* difícilmente se podría responsabilizar al perito sobre las aseveraciones técnicas y financieras que hace, toda vez que ni siquiera son del resorte de su profesión.

Vale aclarar que si bien frente a las aseveraciones de los peritos por fuera del marco de su ocupación o profesión, la Sala ha desestimado que ese tipo de circunstancias comporte un error grave[[16]](#footnote-16), lo cierto es que en el presente asunto ese defecto es de tal entidad que impacta todo el dictamen, al punto de volverlo inútil como medio probatorio.

En ese orden, se declarará probada la objeción por error grave. En consecuencia, el Tribunal *a quo* iniciará de oficio el incidente del numeral 4 del artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de adelantar el trámite para determinar la posibilidad de excluir al perito de la lista de auxiliares de la justicia y se ordenará que se reintegre lo pagado por la pericia rendida los términos del inciso segundo del artículo 239 *ejusdem*, en el evento de que se hubieran cancelado los respectivos honorarios.

**3.3.3. El caso concreto**

**3.3.3.1. Los cargos de nulidad.** El primer cargo que se analizará será el relacionado con la aclaración de la propuesta de la sociedad Topco S.A. En efecto, según la parte actora, la demandada permitió que, durante la etapa de evaluación de las propuestas, la sociedad adjudicataria modificara el precio de los materiales granulares, al solicitarle aclaración sobre un aspecto que su propuesta omitió. Por su parte, la demandada estimó que su actuación no constituyó ninguna modificación a la propuesta, sino que permitió aclarar que los precios de los materiales granulares estaban contenidos dentro del valor de los equipos y los derechos de explotación.

Al respecto, debe señalarse que de conformidad con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 durante el plazo para la elaboración de los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas, las entidades estatales podrán pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estimen indispensables. Sin embargo, lo anterior no supone la posibilidad para los proponentes de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Esa regla tenía su contrapeso en la imposibilidad de las entidades estatales de rechazar las propuestas por aspectos puramente formales, en cumplimiento de la máxima constitucional que impone privilegiar el fondo sobre la forma. Así lo explicó esta Corporación, al precisar el alcance del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que habilitaba el rechazo de las propuestas por la falta de requisitos que impidieran la comparación de las propuestas, cuando señaló[[17]](#footnote-17):

*Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa ápoca prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.*

*Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.*

*Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental[[18]](#footnote-18), y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa[[19]](#footnote-19). Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.*

*Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:*

*i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:*

*“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”*

*Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia;* ***es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla***(se destaca)*.*

En suma, en los términos de las normas citadas, se podría concluir que las entidades estatales estaban obligadas a subsanar todas aquellas irregularidades formales. Ahora, todas aquellas exigencias sustantivas no podían subsanarse, so pena de que se modificaran las propuestas, en tanto de esa forma se trasgredían los principios de transparencia, economía e igualdad entre los proponentes, en tanto ello implicaba el desconocimiento de las exigencias del pliego de condiciones, la naturaleza preclusiva y perentoria de los términos de los procesos de selección cualquier otro tipo de ventaja para algún proponente.

En ese orden corresponde determinar si la exigencia de establecer los materiales granulares en el formulario de análisis de precios unitarios resultaba ser una exigencia formal o de fondo.

De entrada precisa llamar la atención sobre que la exigencia en comento es parte de un formulario que se denominaba *“análisis de precios unitarios”*. Lo anterior pone de presente que se trataba de una exigencia relacionada con aspecto sustantivo del contrato a celebrarse, como lo es su precio, factor de evaluación, en los términos del numeral 1.14 del pliego de condiciones.

En esa dirección se tiene que el numeral 1.9 del pliego de condiciones exigía que los *“proponentes presentarán precios unitarios y valores parciales para cada ítem de acuerdo con las cantidades estimadas que aparecen en el formulario de la propuesta”*. Más adelante, en ese mismo numeral, se disponía que resultaba *“obligatoria la presentación del formulario de propuesta suministrado por el Departamento-Valorización el cual es inmodificable por parte de los oferentes”*. Igualmente, en el *ítem* 1.11, numeral 7, dentro de los documentos esenciales de la propuesta, se exigió la presentación de un análisis *“completo y detallado de los precios unitarios de todos los ítemes (sic)”*. De igual forma, el numeral 1.13 dispuso como causal de rechazo el incumplimiento de los requisitos esenciales para la comparación. Finalmente, el numeral 4.4., al regular las fuente de materiales, en su párrafo 15, obligaba que *“los materiales y suministros, (sic) que se requieran para la ejecución de las obras serán suministrados por el contratista, y los costos de adquisición, explotación, extracción, cargue, transporte, almacenamiento y utilización serán incluidos en el precio unitario que se estipula para cada ítem”*.

Es preciso destacar que las demandadas tampoco cuestionan la existencia de la obligación de presentar los precios de los materiales granulares. Por el contrario, su comportamiento dentro del proceso de selección demostró que se trataba de una exigencia del pliego de condiciones, toda vez que una vez le fue solicitada la aclaración por parte de la entidad demandada, la sociedad Topco S.A. procedió a efectuarla en el sentido de señalar que esos precios estaban comprendidos dentro del equipo necesario para su explotación.

Ahora, no puede aseverarse que la aclaración realizada por la sociedad Topco S.A. le permitiera disponer unos precios menores a los ofrecidos por los proponentes. Tampoco se puede afirmar que ello no ocurriera. Lo único que está probado en tal sentido es que la entidad demandada, el 25 de octubre de 1994, en las respuestas a las observaciones del informe de evaluación, sostuvo que los precios fijados en la aclaración resultaban razonables frente a los precios del mercado, incluso *“compatibles”* con los de la parte actora en la relacionado con los derechos de explotación (fls. 413 y 414, c. 3).

Sin embargo, lo cierto es que sí se puede afirmar que constituyó una oportunidad para subsanar un defecto o exigencia sustantiva, en tanto el pliego impuso la obligación de establecer ese tipo de valores en el análisis de precios desde la presentación de la propuesta. En consecuencia, permitir que se subsanara significó desconocer las reglas del proceso de selección.

Pero no se trata sólo de un desconocimiento formal de los pliegos de condiciones, sino que permitir que se subsanen ese tipo de defectos, indispensables para estructurar el precio de lo ofrecido, cierne serias dudas sobre la transparencia del proceso, toda vez que se coloca en una situación de desventaja a los demás proponentes, en tanto al cumplir con esa exigencia desde la presentación de la propuesta, como lo exigía el pliego, ponía en evidencia uno de los factores de evaluación, como lo era el precio de su propuesta.

Además, la fórmula utilizada por Topco S.A. para calcular el precio de los materiales granulares deja serias dudas. En efecto, al contemplar sólo el valor de la maquinaria que se requiere para fabricar el material granular, se dejaron por fuera todos los factores que podrían jugar en el precio de ese bien, como lo son transporte, mano de obra, en fin. Todo apunta que se utilizaron esos valores para fijar un precio razonable, pero sin que reflejara de manera clara y certera el valor real de lo ofrecido, en tanto todos sus costos indirectos no están plenamente establecidos.

En los términos expuestos, se declarará la nulidad de la resolución n.° 0787 del 10 de noviembre de 1994. La Sala se releva del estudio de los demás cargos de nulidad, en tanto la violación evidenciada resulta suficiente para sustentar la decisión anulatoria.

**3.3.3.2. La mejor propuesta.** Teniendo en cuenta que la prueba pericial incurrió en un error grave, es claro que no existe prueba que permita determinar que la propuesta de la parte actora era la mejor. Ahora, aun cuando se cuentan con todas las propuestas, lo cierto es que los aspectos técnicos y financieros que impone la determinación de la mejor propuesta, impone una limitante al juez que no puede superar a través de sus propios conocimientos. En todo caso, la carga de la prueba recaía en la parte actora, quien se limitó a estarse a lo establecido en un dictamen defectuoso. En esos términos, mal podría pensarse que satisfizo su carga. Lo cual releva al juez de suplirla, so pena de desequilibrar la relación procesal. Por lo tanto, se impone negar las pretensiones de restablecimiento de la demanda.

No obstante, en otras oportunidades, sobre la posibilidad de valerse de las evaluaciones de la entidad demandada, cuando sobre ellas no recae objeción distinta de la que se resuelve en el fondo del asunto, esta Corporación ha sostenido[[20]](#footnote-20):

*En efecto, en el proceso está acreditado que Andina de Construcciones SA., presentó oferta en ese proceso de selección, y que al ser evaluada obtuvo el puntaje que se acaba de indicar, y que los dos (2) puntos que le faltaron para obtener el máximo puntaje en la licitación no los alcanzó porque en el informe de evaluación de ofertas –que obra a fls. 7 a 24 del anexo 1- el Comité Evaluador declaró que se le restaban por la sanción que le impuso el municipio en ese contrato, en el factor de selección denominado “cumplimiento en contratos anteriores durante los últimos cinco años”, que tenía un puntaje máximo de 10 puntos, pero obtuvo 8 por la razón anotada.*

*En estas condiciones, el informe de evaluación concluyó que el orden recomendado de adjudicación ubicaba en el primer lugar a la Unión Temporal Trainco SA.-Pervel ltda., con 98,76 puntos; y en segundo lugar al consorcio Andina de Construcciones ltda.–Concorpe SA., con 98 puntos, y los restantes participantes –siete más- a partir de allí en orden descendente.*

*En este horizonte, no queda la menor duda de que si al actor no se le hubieran restado los dos (2) puntos habría obtenido el máximo puntaje -100-, y necesariamente se le habría adjudicado el contrato –no cabe duda de eso-, de allí que no se requieren mayores elucubraciones para entender que la oportunidad pérdida por la parte apelante provino de la aplicación de la sanción de multa que le impuso el Municipio de Medellín con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994.*

*No obstante, cabe advertir que la tesis general de la Sala, en virtud de la cual quien alega el derecho que tiene a ser indemnizado porque su oferta es la mejor en un proceso de selección debe acreditar tal circunstancia, demostrando con otra evaluación de todas las ofertas que efectivamente debió ocupar el primer lugar[[21]](#footnote-21),* ***tiene en este caso un matiz que necesariamente hay que aplicar, por lógico****.*

*En efecto,* ***cuando la misma entidad que hizo la evaluación de las ofertas es quien en el informe respectivo permite inferir este hecho, bien porque el actor ocupa el primer lugar en el proceso o porque es fácil colegirlo –como en el caso concreto-, es innecesario evaluar las demás ofertas que participaron en el proceso de contratación para llegar a esta conclusión, así que resulta inútil, desde el punto de vista probatorio, exigir pruebas adicionales y especiales, pues ésta es suficiente para desentrañar lo ocurrido****, toda vez que el juez puede llegar a esa conclusión apoyado en el mismo informe de evaluación, que en el caso concreto ni siquiera es objeto de discusión acerca de la correcta aplicación que hizo de las fórmulas y criterios de evaluación previstos en el pliego de condiciones de la licitación.*

*Incluso, la parte apelante no discute que la evaluación de las ofertas corresponda a las reglas objetivas previstas en el pliego de condiciones de la licitación No. 024; lo que alega es que por haberse impuesto las multas –finalmente anuladas- no obtuvo el primer lugar; lo que para la Sala no admite duda, por indiscutible y objetivo. De hecho, el municipio, al contestar la demanda, ni siquiera alega que el Área Metropolitana hubiera evaluado mal las ofertas, así que el debate en este proceso no consiste en demostrar algún error en la evaluación de las mismas o en la adjudicación, sino que se contrae a establecer si efectivamente los dos (2) puntos que le restaron al apelante, en esa licitación, le habían permitido o no ocupar el primer lugar en la evaluación y por tanto se le habría adjudicado el contrato, aspecto cuya prueba –se insiste- no necesita de una nueva evaluación de todas las ofertas, y tampoco de un peritazgo para resolver esta cuestión, porque es evidente que la razón por la cual el consorcio Andina de Construcciones-Concorpe SA. obtuvo 98 puntos de 100, fue la reducción de dos (2) puntos por las multas reportadas por el Municipio de Medellín, con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994, y que de no haberse aplicado este castigo habría ocupado el primer lugar en esa licitación, necesaria e inevitablemente, con 100 puntos* (Se destaca y subraya)*.*

En consecuencia, podría pensarse en un comienzo que en el *sub lite* la eliminación del proponente que ocupaba el primer lugar, generaba que la sociedad actora ocupara ese primer orden de elegibilidad y, por lo tanto, estaría satisfecha la carga de probar que es la mejor propuesta; sin embargo, ese ejercicio no corresponde a lo dispuesto en los pliegos de condiciones.

En efecto, en el numeral 1.14, sobre la evaluación de las propuestas y las normas de selección, modificado a través de la adenda n.° 4 del 31 de agosto de 1994 (fls. 491 a 497, c. 2), se estableció que en caso de empate o equivalencia entre dos o más propuestas, el primer criterio de desempate sería el más bajo precio y de persistir el empate se recurriría al plazo.

En ese orden, de acuerdo con el Comité de Apoyo de Obras y Consultoría las propuestas de Topco S.A., Procopal S.A., Consorcio Explanan Ltda-Conco y Consorcio Pavicol resultaban equivalentes (fl. 77, c. ppal, acta n.° 28 del 28 de octubre de 1994); sin embargo, al revisar los puntajes otorgados se observa que la propuesta del Consorcio Pavicol no estaba dentro del mencionado 5%. Por lo tanto, para determinar la mejor propuesta, en los términos del numeral 1.14 citado[[22]](#footnote-22), sólo se tendrán en cuenta las demás ofertas mencionadas en este párrafo.

Así las cosas, analizados los precios de las propuestas equivalentes, pero con la exclusión de Topco por la nulidad aquí declarada, se tiene que Procopal ofreció como precio de su propuesta básica la suma de $12.972.386.244 (fl. 25, c. 3) y en su propuesta alternativa la suma de $12.447.719.194 (fl. 30, c. 3), y Explanan ofertó como valor de su propuesta la suma de $12.803.032.951 (fl. 202, c. 1). Como puede observarse la propuesta más económica era la de Explanan y no la de la actora.

Ahora, como la propuesta que le fue evaluada a la actora correspondió a su propuesta básica, cuando ella sostenía que su alternativa resultaba ser la más favorable, debe señalarse que la entidad no la consideró conveniente, en tanto no resultaba la más económica. En tal sentido, debe decirse, con base en lo expuesto en el párrafo anterior, que efectivamente la propuesta alternativa resultaba ser más económica que las demás propuestas básicas; sin embargo, determinar si la propuesta básica debió ser evaluada pasa por establecer si desde el punto de vista financiero y económico era la más favorable, aspecto que escapa al conocimiento del juez. Por ejemplo determinar si la variación técnica resultaba igual a la propuesta técnica básica exigida supone un conocimiento técnico para develar tal respuesta, sin que exista una prueba en tal sentido.

En los anteriores términos, la sentencia del *a quo* será revocada para en su lugar (i) declarar probada la objeción por error grave propuesta; (ii) declarar la nulidad del acto administrativo de adjudicación demandado, (iii) y negar las demás pretensiones de la demanda[[23]](#footnote-23).

3.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el 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, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 28 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, Sala Segunda de Decisión, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia, la cual quedará así:

***PRIMERO: DECLARAR*** *probada la objeción por error grave. En consecuencia, el Tribunal a quo iniciará de oficio el incidente del numeral 4 del artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de adelantar el trámite para determinar la posibilidad de excluir al perito de la lista de auxiliares de la justicia y se ordenará que se reintegre lo pagado por la pericia rendida los términos del inciso segundo del artículo 239 ejusdem, en el evento de que se hubieran cancelado los respectivos honorarios.*

***SEGUNDO: DECLARAR*** *la nulidad de la resolución 0787 del 10 de noviembre de 1994, por medio de la cual el Departamento de Antioquia adjudicó la Licitación Pública n.° DM-E-SR-94 a la sociedad Topco S.A.*

***TERCERO:*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

***CUARTO:*** *Sin costas.*

**SEGUNDO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**Aclara y salva parcialmente el voto**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrado Magistrado

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00372-01(31871)**

**Actor: SOCIEDAD PROCOPAL S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

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

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 3 de octubre de 2016, expongo a continuación las razones que me llevaron a salvar el voto parcialmente, en lo que tiene que ver con la negativa a evaluar la propuesta alternativa presentada por la parte actora y reconocer los perjuicios causados.

La sociedad Procopal S.A. demandó la nulidad de la resolución n.° 0787 del 10 de noviembre de 1994, a través de la cual el departamento de Antioquia adjudicó a la sociedad Topco S.A. la Licitación Pública DM-E-SR-94, que tenía como finalidad la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Don Matías-Entrerríos-Santa Rosa.

Mediante sentencia del 28 de abril de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquía-Sala de Descongestión, negó las súplicas de la demanda. Consideró que, en los términos del pliego de condiciones, la administración no estaba obligada a calificar  o evaluar la propuesta alternativa, en cuanto optó por la oferta básica. Sin perjuicio de que el departamento diera cumplimiento al pliego en cuanto dispuso que *“En caso de presentarse empate o una equivalencia entre dos o más ofertas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio”* y *“se consideran equivalente las propuestas que no difieran en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas”*. Y en este caso la adjudicataria fue la mejor calificada y la de más bajo precio.

La parte actora apeló la decisión, por cuanto la demandada i) permitió que Topco mejorara su propuesta, pues el valor de los materiales granulares lo imputo a las actividades de explotación, cargue y transporte; ii) desconoció el pliego, en cuanto no evaluó la propuesta económica, más aún la desestimó con el argumento de que no resultaba sustancialmente económica, sin justificación la razón de su dicho.

La posición mayoritaria revocó la decisión para, en su lugar, declarar probada la objeción por error grave del dictamen pericial y ordena reintegrar los honorarios; declarar la nulidad de la resolución n.º 0787 de 10 de noviembre de 1994 que adjudicó el contrato a  la sociedad Topco S.A. y negar el restablecimiento del derecho.

En lo que tiene que ver con el error grave, la objeción prosperó por cuanto quien profirió la experticia fue un abogado y no un experto en ingeniería como correspondía.

En relación con el fondo del asunto, se encontró probada la falsa motivación, en la medida en que la demandada permitió que la adjudicataria corrigiera el precio, en respuesta a las observaciones del informe de evaluación, tanto que sostuvo que los precios fijados resultaban razonables frente a los precios del mercado, de modo que es claro que le permitió corregir la propuesta en un aspecto sustancial, cuando lo cierto es que los precios unitarios debían fijarse desde la presentación de la propuesta en el formulario ofrecido por el departamento de valorización, el cual era inmodificable.

No obstante lo anterior, la Sala negó el reconocimiento de perjuicios, pues, comoquiera que prosperó la objeción por error grave, el demandante no pudo demostrar que su propuesta era la mejor.

De la decisión se destacan los siguientes apartes:

*“****3.3.3.2. La mejor propuesta.*** *Teniendo en cuenta que la prueba pericial incurrió en un error grave, es claro que no existe prueba que permita determinar que la propuesta de la parte actora era la mejor. Ahora, aun cuando se cuentan con todas las propuestas, lo cierto es que los aspectos técnicos y financieros que impone la determinación de la mejor propuesta, impone una limitante al juez que no puede superar a través de sus propios conocimientos. En todo caso, la carga de la prueba recaía en la parte actora, quien se limitó a estarse a lo establecido en un dictamen defectuoso. En esos términos, mal podría pensarse que satisfizo su carga. Lo cual releva al juez de suplirla, so pena de desequilibrar la relación procesal. Por lo tanto, se impone negar las pretensiones de restablecimiento de la demanda.*

*No obstante, en otras oportunidades, sobre la posibilidad de valerse de las evaluaciones de la entidad demandada, cuando sobre ellas no recae objeción distinta de la que se resuelve en el fondo del asunto, esta Corporación ha sostenido[[24]](#footnote-24):*

*En efecto, en el proceso está acreditado que Andina de Construcciones SA., presentó oferta en ese proceso de selección, y que al ser evaluada obtuvo el puntaje que se acaba de indicar, y que los dos (2) puntos que le faltaron para obtener el máximo puntaje en la licitación no los alcanzó porque en el informe de evaluación de ofertas –que obra a fls. 7 a 24 del anexo 1- el Comité Evaluador declaró que se le restaban por la sanción que le impuso el municipio en ese contrato, en el factor de selección denominado “cumplimiento en contratos anteriores durante los últimos cinco años”, que tenía un puntaje máximo de 10 puntos, pero obtuvo 8 por la razón anotada.*

*En estas condiciones, el informe de evaluación concluyó que el orden recomendado de adjudicación ubicaba en el primer lugar a la Unión Temporal Trainco SA.-Pervel Ltda., con 98,76 puntos; y en segundo lugar al consorcio Andina de Construcciones Ltda.–Concorpe SA., con 98 puntos, y los restantes participantes –siete más- a partir de allí en orden descendente.*

*En este horizonte, no queda la menor duda de que si al actor no se le hubieran restado los dos (2) puntos habría obtenido el máximo puntaje -100-, y necesariamente se le habría adjudicado el contrato –no cabe duda de eso-, de allí que no se requieren mayores elucubraciones para entender que la oportunidad pérdida por la parte apelante provino de la aplicación de la sanción de multa que le impuso el Municipio de Medellín con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994.*

*No obstante, cabe advertir que la tesis general de la Sala, en virtud de la cual quien alega el derecho que tiene a ser indemnizado porque su oferta es la mejor en un proceso de selección debe acreditar tal circunstancia, demostrando con otra evaluación de todas las ofertas que efectivamente debió ocupar el primer lugar[[25]](#footnote-25),* ***tiene en este caso un matiz que necesariamente hay que aplicar, por lógico****.*

*En efecto,* ***cuando la misma entidad que hizo la evaluación de las ofertas es quien en el informe respectivo permite inferir este hecho, bien porque el actor ocupa el primer lugar en el proceso o porque es fácil colegirlo –como en el caso concreto-, es innecesario evaluar las demás ofertas que participaron en el proceso de contratación para llegar a esta conclusión, así que resulta inútil, desde el punto de vista probatorio, exigir pruebas adicionales y especiales, pues ésta es suficiente para desentrañar lo ocurrido****, toda vez que el juez puede llegar a esa conclusión apoyado en el mismo informe de evaluación, que en el caso concreto ni siquiera es objeto de discusión acerca de la correcta aplicación que hizo de las fórmulas y criterios de evaluación previstos en el pliego de condiciones de la licitación.*

*Incluso, la parte apelante no discute que la evaluación de las ofertas corresponda a las reglas objetivas previstas en el pliego de condiciones de la licitación No. 024; lo que alega es que por haberse impuesto las multas –finalmente anuladas- no obtuvo el primer lugar; lo que para la Sala no admite duda, por indiscutible y objetivo. De hecho, el municipio, al contestar la demanda, ni siquiera alega que el Área Metropolitana hubiera evaluado mal las ofertas, así que el debate en este proceso no consiste en demostrar algún error en la evaluación de las mismas o en la adjudicación, sino que se contrae a establecer si efectivamente los dos (2) puntos que le restaron al apelante, en esa licitación, le habían permitido o no ocupar el primer lugar en la evaluación y por tanto se le habría adjudicado el contrato, aspecto cuya prueba –se insiste- no necesita de una nueva evaluación de todas las ofertas, y tampoco de un peritazgo para resolver esta cuestión, porque es evidente que la razón por la cual el consorcio Andina de Construcciones-Concorpe SA. obtuvo 98 puntos de 100, fue la reducción de dos (2) puntos por las multas reportadas por el Municipio de Medellín, con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994, y que de no haberse aplicado este castigo habría ocupado el primer lugar en esa licitación, necesaria e inevitablemente, con 100 puntos (Se destaca y subraya).*

*En consecuencia, podría pensarse en un comienzo que en el sub lite la eliminación del proponente que ocupaba el primer lugar, generaba que la sociedad actora ocupara ese primer orden de elegibilidad y, por lo tanto, estaría satisfecha la carga de probar que es la mejor propuesta; sin embargo, ese ejercicio no corresponde a lo dispuesto en los pliegos de condiciones.*

*En efecto, en el numeral 1.14, sobre la evaluación de las propuestas y las normas de selección, modificado a través de la adenda n.° 4 del 31 de agosto de 1994 (fls. 491 a 497, c. 2), se estableció que en caso de empate o equivalencia entre dos o más propuestas, el primer criterio de desempate sería el más bajo precio y de persistir el empate se recurriría al plazo.*

*En ese orden, de acuerdo con el Comité de Apoyo de Obras y Consultoría las propuestas de Topco S.A., Procopal S.A., Consorcio Explanan Ltda-Conco y Consorcio Pavicol resultaban equivalentes (fl. 77, c. ppal, acta n.° 28 del 28 de octubre de 1994); sin embargo, al revisar los puntajes otorgados se observa que la propuesta del Consorcio Pavicol no estaba dentro del mencionado 5%. Por lo tanto, para determinar la mejor propuesta, en los términos del numeral 1.14 citado[[26]](#footnote-26), sólo se tendrán en cuenta las demás ofertas mencionadas en este párrafo.*

*Así las cosas, analizados los precios de las propuestas equivalentes, pero con la exclusión de Topco por la nulidad aquí declarada, se tiene que Procopal ofreció como precio de su propuesta básica la suma de $12.972.386.244 (fl. 25, c. 3) y en su propuesta alternativa la suma de $12.447.719.194 (fl. 30, c. 3), y Explanan ofertó como valor de su propuesta la suma de $12.803.032.951 (fl. 202, c. 1). Como puede observarse la propuesta más económica era la de Explanan y no la de la actora.*

*Ahora, como la propuesta que le fue evaluada a la actora correspondió a su propuesta básica, cuando ella sostenía que su alternativa resultaba ser la más favorable, debe señalarse que la entidad no la consideró conveniente, en tanto no resultaba la más económica. En tal sentido, debe decirse, con base en lo expuesto en el párrafo anterior, que efectivamente la propuesta alternativa resultaba ser más económica que las demás propuestas básicas; sin embargo, determinar si la propuesta básica debió ser evaluada pasa por establecer si desde el punto de vista financiero y económico era la más favorable, aspecto que escapa al conocimiento del juez. Por ejemplo determinar si la variación técnica resultaba igual a la propuesta técnica básica exigida supone un conocimiento técnico para develar tal respuesta, sin que exista una prueba en tal sentido.*

*En los anteriores términos, la sentencia del a quo será revocada para en su lugar (i) declarar probada la objeción por error grave propuesta; (ii) declarar la nulidad del acto administrativo de adjudicación demandado, (iii) y negar las demás pretensiones de la demanda[[27]](#footnote-27)”.*

Al respecto, pongo de presente mi inconformidad. Aunque acompaño los argumentos sobre la prosperidad de la objeción por error grave y la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, considero que procedía reconocer los perjuicios causados, consistentes en la utilidad dejada de percibir. Esto, si se considera que, al margen de que el dictamen no pudiera ser valorado, lo cierto era que la prueba documental indicaba, en primer término, que las propuestas de Topco S.A. y Procopal S.A. eran las mejores para los intereses públicos y de ello da cuenta el Comité de Evaluaciones y el acto de adjudicación. A lo que se suma que ambas eran equivalentes, pues se encontraban en el margen del 5% del puntaje máximo obtenido. En ese orden considero que el juez estaba obligado a evaluar la propuesta presentada por la actora, inclusive la alternativa, no valorada por la entidad, sin argumento razonable.

En este orden, procedía evaluar la propuesta alternativa, porque así se dispuso en el pliego de condiciones, el cual, como regla del proceso de selección, vincula a las partes. En la actuación se encuentra acreditado que, no obstante la omisión de la entidad pública, la sociedad Procopal S.A. ocupó el segundo orden de elegibilidad y su propuesta alternativa era la más económica frente a los demás proponentes, incluso al promediarse el valor de la oferta básica y la alternativa, se mantenía su posición y favorabilidad. De ahí que, en atención al estudio integral del material probatorio obrante en el proceso y en razón de la nulidad del acto de adjudicación a favor de Topco S.A., la demandante estaba llamada a resultar beneficiada y acreedora al reconocimiento de los perjuicios causados.

Ahora, se echa de menos un análisis más profundo respecto al valor de los materiales granulares, los cuales hacían parte del precio como factor de calificación y como estos se subsumieron en el ítem del equipo ofrecido, sin duda bajó sustancialmente la oferta económica de quien resultó adjudicatario. Lo que no ocurrió con la propuesta de la sociedad actora.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra.*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00372-01(31871)**

**Actor: SOCIEDAD PROCOPAL S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

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

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 3 de octubre de 2016, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto, en lo que tiene que ver con la normatividad aplicable para determinar la competencia por razón de la cuantía.

Sobre el particular, considero que no resultaba procedente aplicar la Ley 954 de 2005, para efectos de determinar la competencia de la Corporación -vigente a la fecha de interposición de la alzada-, comoquiera que, a la luz del artículo 137 del C.CA, es al momento de presentación de la demanda cuando el actor determina el valor de sus pretensiones~, estima razonadamente la cuantía y, de esta forma la competencia funcional del asunto.

**En** los términos anteriores dejo consignada mi aclaración.

Fecha *ut supra.*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. En el auto del 5 de abril de 1995, el *a quo* ordenó de oficio notificar personalmente el auto admisorio a la sociedad TOPCO S.A., en atención a su calidad de adjudicataria del proceso en cuestión. La referida sociedad fue notificada personalmente (fl. 244, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: *“Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) (…) los departamentos”.*  [↑](#footnote-ref-2)
3. Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue presentado el 24 de junio de 2005, le resulta aplicable el artículo 1 de la Ley 954 del mismo año, que adelantó las reglas de competencia por cuantía para la jurisdicción contencioso administrativa contenidas en la Ley 446 de 1998, para aquellas recursos de apelación que se presentaran entre el 28 de abril del año en cita, cuando entró en vigencia la referida ley, y el 1 de agosto de 2006, fecha en que entraron en funcionamiento los juzgados administrativos (ver: art. 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887). En consecuencia, como por lucro cesante se solicitó el reconocimiento de $622.385.960 (fl. 176, c. ppal), es claro que para 1995, cuando se presentó la demanda (fl. 189, c. ppal), la controversia superaba el valor exigido para que tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación, esto es por encima de $59.466.750 (500 s.m.l.m.v., num. 6 del art. 40 de la Ley 446 de 1998). Sobre el punto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de agosto de 2007, exp. 31.450, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. En su parte pertinente, dicha disposición prescribía: “*CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto. // La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso”*.  [↑](#footnote-ref-4)
5. La Ley 80 de 1993 empezó a regir en su integridad desde el 1 de enero de 1994, salvo algunos artículos que comenzaron a regir desde su promulgación y otros un año después de esta última (art. 81 de la Ley 80 de 1993). [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: *“(…) si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad sustanciam actus). (…) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso. Así las cosas, si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad sustanciam actus)”.*

  [↑](#footnote-ref-6)
7. El pliego fue modificado a través de cuatro adendas. Las adendas n.°s 1 y 2 del 8 y 23 de agosto de 1994 incorporaron modificaciones a los numerales 4.19, visita al sitio de la obra, y 1.4, plazo de la licitación, respectivamente (fls. 504 y 505, c. 2). Toda vez que no tienen incidencia en el fondo del asunto, la Sala se releva de citarlas expresamente en los hechos probados. [↑](#footnote-ref-7)
8. Los párrafos resaltados en negrilla fueron sustituidos mediante la adenda n.° 3 del 26 de agosto de 1994 (fl. 458, c.2). Lo no resaltado en negrilla del numeral corresponde a la versión original del pliego. Lo subrayado es de la Sala. [↑](#footnote-ref-8)
9. Los párrafos resaltados fueron sustituidos mediante la adenda n.° 3 del 26 de agosto de 1994 (fl. 458, c.2). Lo no resaltado del numeral corresponde a la versión original del pliego. [↑](#footnote-ref-9)
10. Lo transcrito a continuación corresponde a la modificación introducida por la adenda n.° 4 del 31 de agosto de 1994, que sustituyó el numeral original del pliego (fl. 491 a 493, c. 2). [↑](#footnote-ref-10)
11. Este numeral fue sustituido por la adenda n.° 4 del 31 de agosto de 1994. La redacción que se cita corresponde a dicha modificación (fl. 493, c. 2). [↑](#footnote-ref-11)
12. El párrafo transcrito de este numeral corresponde al n.° 15; vale anotar que este numeral fue modificado en su párrafo n.° 10, a través de la adenda n.° 3 del 29 de agosto de 1994 (fl. 500, c. 2), cuyo contenido dista del objeto del presente litigio, en tanto refiere a la selección de fuentes de materiales, razón por la cual la Sala se releva de referirlo textualmente. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, exp. 24.884, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esa oportunidad, precisó: *“Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que  aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex audito, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancias que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Cita original: PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio,* Librería Ediciones del Profesional Ltda., 16ª edición, 2008, Bogotá, p. 643. El autor al responder qué se entiende por error grave señala que es *“aquel que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos”*. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 25.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En esa oportunidad, se precisó: *“para la Sala los peritos bien podían definir el monto de la desvalorización, pero no así para determinar la contaminación ambiental generada por la cercanía del río Bogotá y las pistas del consabido aeropuerto, cuestión previa para que los peritos llevaron a cabo la labor encomendada, pues sus especialidades en arquitectura y, específicamente, en avaluaciones de predios, resultaban insuficientes para establecer las alteraciones en las aguas, en los suelos, la vegetación, atmósfera y ruido (fls. 6 a 9, c. 4), cuando para el efecto se precisan de conocimientos especializados y respaldos técnicos que así lo indiquen claramente, más cuando se trata de una obra sustentada en su correspondiente licencia ambiental, en donde se intentan paliar los efectos sobre el medio ambiente (fls. 139 a 190, c. 5). En todo caso, dichas apreciaciones no constituyen error grave, en tanto se trata de un problema de fundamentación que da lugar a desestimarlas para efectos de establecer el impacto ambiental”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25.804, M.P. Enrique Gil Botero. Reiterado por la Subsección B, en sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 26.739, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cita original: *“Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”* [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita original: *“Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”* [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 22.088 y 39.109 (acumulados), M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cita original: Con respecto al tema la Sala ha sostenido: *“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.” –Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8071-.*

Esta tesis se reiteró en la sentencia de noviembre 10 de 2005 –Sección Tercera, exp. 14.198-: *“4.1.5. Finalmente, la ausencia del pliego de condiciones, y de las ofertas presentadas en la licitación, también determina la imposibilidad para el juez de pronunciarse de fondo en el proceso anulando la resolución de adjudicación demandada, porque al no existir estos documentos, no es posible conocer los criterios sobre los cuales se debían evaluar las propuestas, y en general cómo se debía realizar todo el proceso de licitación.*

*“Este documento, cuya prueba sí se pidió en la demanda –allí se dijo que se solicitaba “...copia del expediente gubernativo relativo y contentivo de la licitación pública No. 002 - SH-88...” (fl. 24, C. 6)-, y que además fue decretada, no fue aportado por el Departamento de Boyacá –pese a habérselo pedido-, luego bien podría acceder la Sala, en principio, a solicitarlo en esta instancia –art. 214, num. 1, CCA-.*

*“No obstante, ahora resulta del todo inútil contar con esta prueba, pues en nada alteraría el sentido de la decisión, ya que la falta del peritazgo que evalué las ofertas presentadas, por confrontación con el pliego de condiciones, y determine si la oferta alternativa del demandante se ajustaba o no a lo pedido por la Gobernación, además de determinar que hubiere ocupado el primer lugar, de haberse evaluado, hace innecesario contar con esa prueba, pues ninguna utilidad reportará en este instante del proceso.”* [↑](#footnote-ref-21)
22. Vale aclarar que si bien el ponente de la presente decisión salvó el voto en otro asunto donde se discutía la aplicación de un criterio de evaluación similar al aquí puesto de presente, lo cierto es que en esta oportunidad debe acogerse el criterio mayoritario de la Sala y, en consecuencia, dejar la salvedad frente a la postura con base en el salvamento expuesto en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 31.918, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Así lo consideró el pleno de la Corte Constitucional en la sentencia SU-636 del 7 de octubre de 2015, exp. T-4500770, M.P. María Victoria Calle Correa, al afirmar: *“Así las cosas, la intervención oficiosa del juez de segunda instancia, en procura de pruebas que la parte interesada no aportó ni en su momento manifestó estar en dificultad o imposibilidad de allegar al expediente, habría implicado en el presente caso una indebida intervención de la autoridad judicial para suplir la falta de diligencia de la parte accionante, en relación con un hecho que desde el inicio del proceso fue motivo de controversia. A este respecto la Corte ha señalado que: // “(A)unque la facultad oficiosa del juez administrativo para decretar pruebas sirve como medio de búsqueda de la verdad real y esclarecimiento de los hechos, no se puede pretender que se haga uso de éste* (sic) *poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados respecto de los medios probatorios. Lo anterior quiere decir, que no se puede esperar que el juez administrativo decrete pruebas de oficio que pretendan dar cuenta de hechos que las partes no han tenido diligencia en demostrar por otros medios; la prueba de oficio se justifica cuando ella es apta para otorgar al juez certeza respecto de hechos que a pesar de estar insinuados a través de otros medios de prueba no han ofrecido el grado de convicción requerido”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. [ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 22.088 y 39.109 (acumulados), M.P. Enrique Gil Botero]. [↑](#footnote-ref-24)
25. [ Cita original: Con respecto al tema la Sala ha sostenido: *“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.” –Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8071-.*

Esta tesis se reiteró en la sentencia de noviembre 10 de 2005 –Sección Tercera, exp. 14.198-: *“4.1.5. Finalmente, la ausencia del pliego de condiciones, y de las ofertas presentadas en la licitación, también determina la imposibilidad para el juez de pronunciarse de fondo en el proceso anulando la resolución de adjudicación demandada, porque al no existir estos documentos, no es posible conocer los criterios sobre los cuales se debían evaluar las propuestas, y en general cómo se debía realizar todo el proceso de licitación.*

*“Este documento, cuya prueba sí se pidió en la demanda –allí se dijo que se solicitaba “...copia del expediente gubernativo relativo y contentivo de la licitación pública No. 002 - SH-88...” (fl. 24, C. 6)-, y que además fue decretada, no fue aportado por el Departamento de Boyacá –pese a habérselo pedido-, luego bien podría acceder la Sala, en principio, a solicitarlo en esta instancia –art. 214, num. 1, CCA-.*

*“No obstante, ahora resulta del todo inútil contar con esta prueba, pues en nada alteraría el sentido de la decisión, ya que la falta del peritazgo que evalué las ofertas presentadas, por confrontación con el pliego de condiciones, y determine si la oferta alternativa del demandante se ajustaba o no a lo pedido por la Gobernación, además de determinar que hubiere ocupado el primer lugar, de haberse evaluado, hace innecesario contar con esa prueba, pues ninguna utilidad reportará en este instante del proceso”].* [↑](#footnote-ref-25)
26. [ Vale aclarar que si bien el ponente de la presente decisión salvó el voto en otro asunto donde se discutía la aplicación de un criterio de evaluación similar al aquí puesto de presente, lo cierto es que en esta oportunidad debe acogerse el criterio mayoritario de la Sala y, en consecuencia, dejar la salvedad frente a la postura con base en el salvamento expuesto en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 31.918, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo]. [↑](#footnote-ref-26)
27. [ Así lo consideró el pleno de la Corte Constitucional en la sentencia SU-636 del 7 de octubre de 2015, exp. T-4500770, M.P. María Victoria Calle Correa, al afirmar: *“Así las cosas, la intervención oficiosa del juez de segunda instancia, en procura de pruebas que la parte interesada no aportó ni en su momento manifestó estar en dificultad o imposibilidad de allegar al expediente, habría implicado en el presente caso una indebida intervención de la autoridad judicial para suplir la falta de diligencia de la parte accionante, en relación con un hecho que desde el inicio del proceso fue motivo de controversia. A este respecto la Corte ha señalado que: // “(A)unque la facultad oficiosa del juez administrativo para decretar pruebas sirve como medio de búsqueda de la verdad real y esclarecimiento de los hechos, no se puede pretender que se haga uso de éste* (sic) *poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados respecto de los medios probatorios. Lo anterior quiere decir, que no se puede esperar que el juez administrativo decrete pruebas de oficio que pretendan dar cuenta de hechos que las partes no han tenido diligencia en demostrar por otros medios; la prueba de oficio se justifica cuando ella es apta para otorgar al juez certeza respecto de hechos que a pesar de estar insinuados a través de otros medios de prueba no han ofrecido el grado de convicción requerido”].* [↑](#footnote-ref-27)