**CONTRATACIÓN ESTATAL - Finalidad**

Estas disposiciones encuentran cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 que establece que al celebrar y ejecutar contratos estatales, los servidores públicos deben tener en cuenta que éstos son instrumentos para el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el estado en la consecución de dichos fines. Por su parte, los particulares contratistas deberán tener en cuenta que ostentan la calidad de colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus fines y que ejercen una función social que como tal implica obligaciones. (…) Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

**CONTRATACIÓN ESTATAL** **- Principios - Actividad contractual**

A su vez el artículo 23 del mismo Estatuto contractual prevé que toda actuación de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

**CONTRATACIÓN ESTATAL -** **Eficacia**

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los de transparencia y economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva. Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.

**CAPACIDAD PARA CONTRATAR - Consorcios y uniones temporales**

Señalándose que si bien los Consorcios y Uniones temporales no constituyen una persona jurídica independiente de los miembros que las integran, sí tienen la capacidad para concurrir a los procesos judiciales originados en las controversias derivadas del procedimiento de selección de los contratistas o de la celebración o ejecución de los contratos sin que sea necesario que cada uno de los miembros que las integran deban acudir al proceso judicial. Así las cosas, hoy por hoy se entiende que tanto los consorcios como las uniones temporales sí ostentan la capacidad para comparecer en juicio por sí mismas.

**PLIEGOS DE CONDICIONES - Estipulaciones contractuales**

Si bien la estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones son de naturaleza vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes u oferentes, ya en diversas oportunidades la Sección Tercera de ésta Corporación ha reconocido la posibilidad de que éstos puedan subsanar su oferta con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales relativas al ejercicio de la función administrativa y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, en aquellos eventos en los cuales se establezcan preceptos confusos cuya interpretación pueda inducirlos a error, afectando la calidad de la propuesta o cuando se exija el cumplimiento de requisitos meramente formales que no justifiquen el rechazo de la propuesta.

**CONTRATACIÓN ESTATAL - Alcance**

Lo realmente pretendido por el constituyente de 1991 es que la actividad de la administración se encamine a la consecución del bien común y se sujete a una serie de principios que garanticen la prevalencia del interés general sobre el particular. El ejercicio de la actividad contractual del Estado se sujeta igualmente a dicho postulado, de forma tal que en todas las etapas que se surten en los diferentes procesos de selección de un contratista, deben garantizarse los principios de eficacia, eficiencia, celeridad y moralidad , razón por la cual en aquellos eventos en los cuales se evidencie que en ejercicio de la actividad contractual la administración vulnera dicho postulado se torna necesario permitirle a los oferentes adoptar las medidas necesarias con el objeto de equilibrar las cargas y de garantizar el principio de prevalencia del interés general sobre el particular en el determinado proceso de selección. De ésta forma, la administración debe permitirle a los proponentes que presenten las aclaraciones y explicaciones pertinentes cuando haya lugar a propuestas dudosas como consecuencia de unos pliegos confusos.

**SUBSANABILIDAD - Requisitos subsanables**

Es de resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que los requisitos susceptibles de ser subsanados son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. No obstante lo anterior, deberá evaluarse en cada caso si conforme al pliego de condiciones, los documentos que conforman el determinado proceso de selección, las pruebas allegadas y las disposiciones constitucionales y legales, los respectivos requisitos exigidos sí eran susceptibles de ser subsanados por el proponente en el respectivo proceso de selección. Es de precisar en éste punto que la facultad en cabeza de los proponentes de subsanar sus propuestas, de ninguna forma les confiere la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, ello teniendo en cuenta que los procesos de selección se rigen por el principio de igualdad y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión de dicho principio constitucional.

**CONTRATACIÓN ESTATAL - Fijación de plazos**

Conforme al numeral 7º del artículo 30 de la ley 80 de 1993 la entidad contratante deberá fijar en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual va a realizar los estudios técnicos, económicos y financieros necesarios para evaluar y calificar las propuestas presentadas.

**COMITÉ ASESOR -** **Selección**

Es al representante legal de la entidad contratante, en su calidad de director del proceso de selección al que le corresponde designar un comité asesor que previamente a la adjudicación deberá evaluar y calificar las propuestas presentadas con sujeción estricta a las reglas y parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones.

**COMITÉ ASESOR - Actividades**

De ésta forma se entiende que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad es una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no puede sujetarse a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones.

**INFORME DE EVALUACIÓN - Definición - Legalidad**

Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria, sino que es producto de una actividad reglada sujeta a las previsiones legales y al pliego de condiciones.

**INFORME DE EVALUACIÓN - Modificación**

No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación. Con otras palabras, el Director de la adjudicación o representante legal de la entidad estatal contratante podrá apartarse de la evaluación y calificación de las propuestas efectuada por el comité asesor, siempre y cuando advierta que ésta no se sujetó a las reglas y parámetros objetivos señalados en el pliego de condiciones….En conclusión, el informe de calificación y evaluación de las propuestas no crea en favor del proponente que obtuvo el mayor puntaje el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues en últimas se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad la selección del contratista, quién va a verificar que la calificación otorgada por el comité asesor se sujetó a las reglas y parámetros objetivos fijados en el pliego de condiciones. No obstante lo anterior, el representante legal de la entidad únicamente puede apartarse de la calificación del comité de la entidad por razones de legalidad, es decir, por la violación a las normas contenidas en la constitución, en la ley o en los pliegos de condiciones, o a los principios constitucionales y legales. La decisión del representante legal de la entidad de apartarse de la calificación del comité no es una decisión de carácter discrecional, pues no queda al arbitrio, conveniencia u oportunidad de éste, razón por la cual por regla general se debe ordenar la realización de una nueva calificación a la luz de las reglas contenidas en los pliegos de condiciones, en la Constitución o en la ley.

**INFORME DE EVALUACIÓN - Actos de trámite**

En éste orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN -** **Declaratoria de Nulidad**

Quién alega la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, para sacar avante sus pretensiones tiene a su cargo un doble compromiso procesal, pues de una parte debe probar la ilegalidad en la que hace consistir la nulidad del acto, esto es, la transgresión de normas de carácter imperativo y de otra parte, debe acreditar que su propuesta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 81001-23-31-000-1997-00678-01(57783)**

**Actor: CONSORCIO SODESCO Y OTRO**

**Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL (APELACIÓN SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se niegan las pretensiones teniendo en cuenta que el actor no logró demostrar la ilegalidad ni del acto de adjudicación ni del contrato, así como tampoco que su propuesta fuera la mejor y la más favorable a los intereses de la Administración /Restrictor: El contrato como instrumento para la consecución de los fines estatales/Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones/ Capacidad jurídica de los Consorcios y Uniones Temporales para comparecer al juicio/ Subsanabilidad de las propuestas/ Naturaleza de los informes de evaluación y calificación de las propuestas.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

1. **ANTECEDENTES.**

**1. Lo pretendido.**

El 28 de agosto de 1997[[1]](#footnote-1) el **Consorcio Sodesco Ltda. – Jaime Eduardo Parada** presentó demanda contra el **Municipio de Arauca** solicitando que se declarara la nulidad de la Resolución No. 01069 del 30 de agosto de 1995, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 007 de 1995 a la **Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero.**

Pide en consecuencia que se declare la nulidad del contrato de obra pública No. 328 suscrito entre el demandado y la **Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero** el 14 de septiembre de 1995.

Solicita como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene al demandado al reconocimiento y pago de las sumas de $6´000.000,00, por concepto de los costos en los que incurrió en la compra de los pliegos, en la elaboración de la propuesta, en la adquisición de las pólizas de seguro y en las asesorías contables y jurídicas y; de $200´000.000,00, por concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no celebración del contrato, sumas que debían estar debidamente actualizadas, más los intereses moratorios causados hasta la fecha de la sentencia.

Estima la cuantía total del proceso en la suma total equivalente a $206´000.000,00.

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

Mediante la Resolución No. 000773 del 4 de julio de 1995 el demandado Municipio de Arauca dio apertura a la Licitación Pública No. 007 de 1995 con el objeto de contratar la construcción de las obras para la ampliación de las lagunas de estabilización y del emisario final del alcantarillado sanitario II etapa.

A dicho concurso presentaron su propuesta el Consorcio accionante; la Unión Temporal José Trespalacios Arrazola – Demetrio Bonilla Parra; Emicol Ltda.; ZR Ingeniería Ltda.; Consorcio Jomar; Consorcio Fardilla y Cia. Ltda. – Daniel Mauricio Hernández Giraldo; Mario A. Valderrama Puerta; Construcciones VICPAR y Cia. S. en C.; Arinservi Ltda.; Consorcio Carlos José Téllez y Antonio Schotborgh Espinel; Consorcio de la Orinoquía; Consorcio Sáenz y Fernández; Consorcio Mavil Ltda.- Emindumar Ltda. y; la Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López – Felipe Santiago Vergara Loboguerrero, ahora adjudicataria.

En los pliegos de condiciones de la licitación se estableció como uno de los requisitos de calificación de los proponentes, que cada uno de éstos debía estar inscrito, calificado y clasificado en el Registro Único de Proponentes de la respectiva Cámara de Comercio en la actividad de Constructor - Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas en el Grupo 01 relativo a Presas, Diques y Muelles.

El Consorcio accionante allegó el certificado respectivo expedido por la Cámara de Comercio de Arauca, en el que uno de sus miembros, el señor Jaime Eduardo Parada no se encontraba calificado y clasificado en la actividad de Constructor - Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas en el Grupo 01 relativo a Presas, Diques y Muelles.

Dice que la Cámara de Comercio de Arauca expidió dicho certificado de forma indebida al no incluir en éste que el señor Jaime Eduardo Parada sí se encontraba inscrito, calificado y clasificado en la especialidad exigida en el pliego de condiciones de la respectiva licitación y que una vez advirtió el yerro en el que incurrió la requirió para que realizara la corrección respectiva.

Agrega que dio aviso oportuno del error en el que incurrió la Cámara de Comercio de Arauca y de su corrección tanto al Alcalde Municipal de Arauca, como al Comité Evaluador, previamente a la evaluación.

En el Informe de evaluación de las propuestas el Comité evaluador resolvió calificar como no elegible la propuesta del consorcio accionante al considerar que ésta no reunía los requisitos legales, pues uno de sus miembros el ingeniero Jaime Eduardo Parada no se encontraba clasificado y calificado en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio en el Grupo 01 relativo a Presas, Diques y Muelles de la Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas, requisito único de clasificación y calificación contenido en el pliego de condiciones.

El 25 de agosto de 1995 el consorcio demandante presentó sus observaciones frente al informe de evaluación de las propuestas, allegando una nueva certificación expedida por la Cámara de Comercio de Arauca en la que el señor Jaime Eduardo Parada sí se encontraba calificado y clasificado en el Grupo 01 relativo a Presas, Diques y Muelles de la Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas.

A través de la Resolución No. 01069 del 30 de agosto de 1995 el accionado adjudicó la Licitación Pública No. 007 de 1995 a la **Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero** y el 14 de septiembre de 1995 celebraron el contrato No. 328 en el que se reprodujo el objeto de la licitación pública.

Manifiesta que al presentar sus observaciones al informe de calificación de las propuestas logró acreditar que cumplió oportunamente con el requisito del registro en las especialidades señaladas, que la primera certificación arrimada no suponía un desajuste o la exclusión de su propuesta y que la exigencia del registro era una desviación de los pliegos.

Afirma que con la expedición del acto administrativo de adjudicación el demandado vulnero la Constitución Política, los artículos 22 No. 1º, inciso 3º y los Nos. 3 y 5; el 23; el 25 No. 15 y el 29 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo al incluir en los pliegos de condiciones una exigencia no prevista en la ley; desconocer que el señor Jaime Parada previamente había realizado la inscripción y calificación de las actividades exigidas en el R.U.P.; no verificar su inscripción y calificación; no dar respuesta oportuna a las observaciones presentadas al informe de calificación de las propuestas y por no evaluar su propuesta.

Aduce igualmente que con la expedición del acto de adjudicación el demandado incurrió en falsa motivación al señalar que la mejor propuesta y la más favorable a la administración era la presentada por la Unión temporal adjudicataria y excluir indebida e ilegalmente su propuesta que era la ganadora y que en consecuencia también debe declararse la nulidad del contrato No. 328 de 1995 con fundamento en el artículo 44, No. 4º de la Ley 80 de 1993.

**3. El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda[[2]](#footnote-2) y noticiado el demandado del auto admisorio, éste no la contestó, pues lo hizo de forma extemporánea[[3]](#footnote-3).

Después de decretar y de practicar las pruebas solicitadas por el consorcio demandante[[4]](#footnote-4) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[5]](#footnote-5), oportunidad que fue aprovechada por todas ellas.

**3.1. Primera Sentencia proferida en el proceso.**

En una primera sentencia, la cual se dictó el 3 de junio de 1999[[6]](#footnote-6) el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca resolvió negar las pretensiones de la demanda para lo cual expuso las siguientes razones:

En un principio consideró que la acción interpuesta se encontraba caducada, pues teniendo en cuenta que el actor pidió la nulidad del contrato como una pretensión subsidiaria, la acción procedente para demandar la nulidad del acto de adjudicación era la de nulidad y restablecimiento del derecho y que como éste se expidió el 30 de agosto de 1995, para la fecha en la que se presentó la demanda, esto es, el 27 de agosto de 1997, ya habían transcurrido los 4 meses previstos en la norma para que operara dicho fenómeno.

No obstante lo anterior y para garantizar la prevalencia de los derechos sustanciales resolvió proferir una sentencia de fondo en la que declaró como no procedente la excepción que el demandado denominó falta de existencia de la *causa petendi* base de la acción por estimar que teniendo en cuenta que ésta se fundaba en aspectos sustanciales del litigio, sería resuelta al proferir fallo de fondo.

De otra parte consideró que en el presente asunto el actor no había logrado desvirtuar la presunción de legalidad de la que se encontraba revestido el acto de adjudicación ni mucho demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable a la administración, pues si bien en su demanda solicitó la práctica de una prueba pericial con el objeto de que se determinara quien sería el adjudicatario de la licitación pública No. 007 de 1995 y que dicha prueba fue decretada por el Tribunal, no se había podido practicar al entenderse desistida ante por falta de pago de los costos respectivos.

Contra lo así resuelto la actora presentó el recurso de apelación[[7]](#footnote-7), el cual se admitió mediante proveído del 16 de noviembre de 1999[[8]](#footnote-8).

**3.2. La declaratoria de nulidad.**

Mediante proveído del 28 de septiembre de 2009[[9]](#footnote-9) la Sección Tercera de ésta Corporación declaró la nulidad de todo lo actuado y de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca el 3 de junio de 1999 al no haberse integrado en debida forma el litisconsorcio necesario por pasiva con la Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero, adjudicataria de la Licitación Pública No. 007 de 1995.

A través del auto del 10 de febrero de 2010[[10]](#footnote-10) se dispuso la integración del litisconsorcio necesario por pasiva ordenando la concurrencia de la Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero.

Mediante el memorial del 8 de junio de 2010 el consorcio accionante allegó la dirección de notificaciones respectiva y por medio de escrito del 24 de junio de 2010 la Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero se notificó por conducta concluyente renunciando a los términos para solicitar pruebas y alegar de conclusión[[11]](#footnote-11).

No obstante lo anterior se efectuaron los trámites y emplazamientos respectivos para vincular a la Unión Temporal adjudicataria[[12]](#footnote-12); se designó un curador *ad litem[[13]](#footnote-13)* y ante la nueva fijación el lista[[14]](#footnote-14) no efectuaron pronunciamiento alguno[[15]](#footnote-15).

Luego de decretadas y practicadas nuevamente las pruebas[[16]](#footnote-16) y de entenderse desistido el dictamen pericial[[17]](#footnote-17), se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[18]](#footnote-18) y se emitiera el concepto respectivo, oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandada[[19]](#footnote-19).

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 16 de junio de 2016 el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca resolvió negar las súplicas de la demanda, para lo cual expuso las siguientes razones:

Declara como no probada la excepción de caducidad de la acción contractual interpuesta al señalar que teniendo en cuenta que la Resolución de adjudicación No. 01069 del 30 de agosto de 1995 se notificó el 5 de septiembre de 1995, para la fecha en que se presentó la demanda, esto es, el 28 de agosto de 1997 aún no habían transcurrido los dos años previstos en la norma para que operara dicho fenómeno.

Luego de hacer referencia a los artículos 44 No. 4º y 45 de la Ley 80 de 1993, 1746 del Código Civil, a una sentencia proferida el 13 de agosto de 2014 por la Sección Tercera de ésta Corporación bajo el radicado No. 35.965 relativa a la doble carga procesal cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y de hacer referencia a algunas pruebas, encontró demostrado que en el presente asunto el consorcio accionante no cumplió el requisito exigido tanto en el pliego de condiciones, como en los avisos de convocatoria publicados el 20 y el 23 de junio de 1995, consistente en el registro y la inscripción en el R.U.P. del señor Jaime Eduardo Parada en el Grupo 01- Presas, Diques y Muelles de la Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas, lo que conducía al rechazo de su propuesta.

También encontró demostrado que el señor Jaime Eduardo Parada nunca estuvo inscrito en la referida actividad teniendo en cuenta que en el certificado del R.U.P. vigente para el 30 de agosto de 1995, solicitado por el demandante y allegado como prueba por la Cámara de Comercio de Arauca el 30 de julio de 1998, el señor parada únicamente aparecía inscrito y clasificado en el Grupo 07 *“Conducción de aguas”* de la Especialidad 01 - Obras Civiles Hidráulicas.

Agrega que ni el consorcio ni la Cámara de Comercio de Arauca allegaron documento alguno a través de los cuales se pudiera acreditar que el señor Parada se encontraba inscrito en la actividad el Grupo 01 - presas, diques y muelles; que transcurridos más de 18 años no controvirtieron, desvirtuaron o tacharon de falso el contenido de la certificación arrimada por la Cámara de Comercio el 30 de julio de 1998 y que dicho documento desvirtuaba el contenido de las demás certificaciones arrimadas y en las cuales el Seño Parada sí se encontraba inscrito en esa actividad.

No se demostró que la exclusión de la propuesta del accionante haya sido ilegal, ni mucho menos que pues el incumplimiento de alguna de las disposiciones del pliego de condiciones o de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios que rigen los procesos de selección conduce indefectiblemente al rechazo o descalificación de la propuesta.

Si bien el registro en el R.U.P. en la actividad del Grupo 01- presas, diques y muelles exigido en el pliego de condiciones era un requisito habilitante susceptible de ser subsanado, el consorcio al allegar una nueva certificación posterior al cierre de la licitación estaría corrigiendo, modificando o mejorando su propuesta, actividades que se encontraban totalmente proscritas en los procesos de contratación pública.

La inscripción, clasificación y calificación en el R.U.P. en el Grupo 01-Presas, Diques y Muelles de la Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas era una exigencia que se ajustaba a la ley, la entidad pública contratante podía exigir su cumplimiento al estar expresamente prevista en el pliego de condiciones, su cumplimiento resultaba sustancial para que los proponentes pudieran pasar a la etapa de evaluación y calificación y su omisión conducía al rechazo de la propuesta.

Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 10 de febrero de 2016 bajo el radicado No. 38.696 relativa a los límites a la facultad de subsanar los requisitos de la propuesta, para luego concluir que en el presente asunto no se había logrado demostrar que la Resolución de adjudicación No. 01069 del 30 de agosto de 1995 hubiera sido expedida con violación a la ley, de forma irregular o con falsa motivación.

Concluye señalando que el consorcio accionante tampoco logró demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable a la administración, pues no allegó la presentada por éste, sólo allegó 6 de las 14 presentadas en el proceso licitatorio y de las demás pruebas arrimadas al plenario no era posible proceder a realizar la calificación y evaluación respectiva.

**III EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así decidido el consorcio accionante interpuso el recurso de apelación por con fundamento en las siguientes razones:

Dice que el Tribunal no valoró las pruebas allegadas al proceso, pues no tuvo en cuenta ni la copia del Formulario único de inscripción en el R.U.P. suscrito por el señor Jaime Eduardo Parada; ni el memorial del 4 de junio de 1995 en el que se requirió a la Cámara de Comercio de Arauca para que corrigiera la certificación del señor Parada, ni la respuesta a dicho requerimiento donde dicha entidad admitió su error y procedió a corregirlo, documentos a través de los cuales se demostró que para la fecha de presentación de la propuesta el señor Jaime Eduardo sí cumplía con el requisito exigido en los pliegos de condiciones y la ilegalidad y falsa motivación con la que se expidió la Resolución de adjudicación No. 01069 del 30 de agosto de 1995.

Agrega que si bien la inscripción en el R.U.P. suscrita por el señor Jaime Eduardo Parada en 2016 fue solicitada como prueba en la demanda, no fue allegada por el Municipio demandado.

Afirma que si bien previamente a la fecha de cierre de la licitación el señor Jaime Eduardo Parada no certificó que había cumplido el requisito del pliego de condiciones, sí lo hizo al presentar sus observaciones al informe de evaluación y calificación de las propuestas allegando la certificación corregida y en todo caso previamente a la adjudicación, razón suficiente para que continuara en la licitación.

No podía el Tribunal tener como único documento válido la certificación original allegada por la Cámara de Comercio el 30 de junio de 1998, en la que el señor Jaime Eduardo Parada no aparecía inscrito y calificado en el Grupo 01-Presas, Diques y Muelles de la Especialidad 01- Obras Civiles Hidráulicas, pues de los demás documentos allegados en copia autenticada se había logrado demostrar que sí se encontraba inscrito y calificado en dicha actividad para la fecha de la presentación de la propuesta.

Hace referencia a los artículos 254 del C.P.C. y 246 del C.G.P. y a la Sentencia SU-226 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, para luego señalar que el Tribunal al no otorgarle valor probatorio a los documentos arrimados en copia autenticada y sí a la certificación original allegada por la Cámara de Comercio el 30 de junio de 1998 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Incurre en equivocación el Tribunal al afirmar que el señor Jaime Parada nunca estuvo inscrito y calificado en la actividad exigida en el pliego de condiciones y que por el sólo hecho de que los accionantes no hayan cuestionado, desvirtuado o tachado de falso la certificación allegada por la Cámara de Comercio el 30 de junio de 1998 se encontraban conformes con su contenido, pues demostrado ésta que en dicha certificación la entidad incurrió en un yerro, que éste fue aceptado y corregido oportunamente y que el consorcio controvirtió su contenido con las demás pruebas arrimadas, las cuales no se valoraron.

No es cierto que el señor Jaime Eduardo Parada no haya dado cumplimiento al requisito exigido en el pliego de condiciones, pues allegó la certificación respectiva previamente a la adjudicación y en el evento en el cual no hubiera cumplido dicho requisito ello no generaba el rechazo de su propuesta, pues el pliego sólo exigía la inscripción y calificación en la actividad del “interesado” o “proponente”, más no de cada uno de los miembros del consorcio o Unión Temporal.

Contrario a lo aseverado por el Tribunal de primera instancia, en el presente asunto no se requería de la práctica de una prueba pericial para demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable a la administración, pues dicha circunstancia se había logrado acreditar a través de las demás pruebas arrimadas al expediente, tales como la tabla elaborada por el Municipio contratante en la que valoró cada una de las propuestas presentadas en la licitación pública No. 007 de 1995.

Por último, trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 1º de marzo de 2006 bajo el radicado No. 14.576 para luego señalar que en el presente asunto se había configurado una pérdida de oportunidad del consorcio accionante para ser adjudicatario de la licitación pública al ser excluido ilegalmente de ésta, circunstancia que lo hacía acreedor de una indemnización equivalente al 100% de la utilidad esperada.

Con base en las anteriores consideraciones, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** El contrato como instrumento para la consecución de los fines Estatales; **2)** Capacidad jurídica de los Consorcios y Uniones Temporales para comparecer en juicio;**3)** Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones; **4)** Subsanabilidad de las ofertas; **5)** Naturaleza de los informes de evaluación y calificación de las propuestas; **6)** Los hechos probados; **7)** La solución del caso concreto.

1. **El contrato como instrumento para la consecución de los fines Estatales.**

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a los artículos 2°, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y al cumplimiento de los fines estatales y, de otro a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Estas disposiciones encuentran cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 que establece que al celebrar y ejecutar contratos estatales, los servidores públicos deben tener en cuenta que éstos son instrumentos para el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el estado en la consecución de dichos fines.

Por su parte, los particulares contratistas deberán tener en cuenta que ostentan la calidad de colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus fines y que ejercen una función social que como tal implica obligaciones[[20]](#footnote-20).

A su vez el artículo 23 del mismo Estatuto contractualprevé quetoda actuación de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los de transparencia y economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.

1. **Capacidad jurídica de los Consorcios y Uniones Temporales.**

Si bien de tiempo atrás la Sección Tercera de ésta Corporación sostuvo una tesis jurisprudencial conforme a la cual teniendo en cuenta que los Consorcios y Uniones Temporales no constituyen una persona jurídica diferente de la de los miembros que la integran, no podían comparecer por sí mimas a los procesos judiciales, siendo entonces necesario que cada uno de sus integrantes acudieran de forma individual para que se estimara debidamente conformado el contradictorio.

De ésta forma, se entendía que el Consorcio o Unión Temporal no podía concurrir a un proceso judicial en calidad de accionante o accionado, pues para ello se requería que cada uno de sus integrantes acudiera al proceso judicial ya fuera en calidad de demandante o demandado.

No obstante lo anterior, dicha tesis fue modificada mediante la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de ésta Corporación el 25 de noviembre de 2013 bajo el Radicado No. 19.933, señalándose que si bien los Consorcios y Uniones temporales no constituyen una persona jurídica independiente de los miembros que las integran, sí tienen la capacidad para concurrir a los procesos judiciales originados en las controversias derivadas del procedimiento de selección de los contratistas o de la celebración o ejecución de los contratos sin que sea necesario que cada uno de los miembros que las integran deban acudir al proceso judicial[[21]](#footnote-21).

Así las cosas, hoy por hoy se entiende que tanto los consorcios como las uniones temporales sí ostentan la capacidad para comparecer en juicio por sí mismas.

1. **Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones.**

Ya en anteriores oportunidades ésta subsección había señalado al respecto que:

“*Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar[[22]](#footnote-22).*

*Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo[[23]](#footnote-23).*

*De ésta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de forma tal que desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.*

*En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas este que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual[[24]](#footnote-24).*

*Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas”[[25]](#footnote-25).*

1. **Subsanabilidad de las propuestas.**

Si bien la estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones son de naturaleza vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes u oferentes, ya en diversas oportunidades la Sección Tercera de ésta Corporación ha reconocido la posibilidad de que éstos puedan subsanar su oferta con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales relativas al ejercicio de la función administrativa y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, en aquellos eventos en los cuales se establezcan preceptos confusos cuya interpretación pueda inducirlos a error, afectando la calidad de la propuesta o cuando se exija el cumplimiento de requisitos meramente formales que no justifiquen el rechazo de la propuesta.

Así, mediante la sentencia del 25 de febrero de 2014 bajo el radicado No. 25.804, se señaló que la subsanabilidad es un derecho, de carácter excepcional, en cabeza del oferente, frente a aquellos aspectos susceptibles de corrección y que *“la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico”[[26]](#footnote-26).*

Esta prerrogativa encuentra sustento constitucional en el artículo 209, en virtud del cual:

*“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.”*

De la disposición referida se entiende que lo realmente pretendido por el constituyente de 1991 es que la actividad de la administración se encamine a la consecución del bien común y se sujete a una serie de principios que garanticen la prevalencia del interés general sobre el particular.

El ejercicio de la actividad contractual del Estado se sujeta igualmente a dicho postulado, de forma tal que en todas las etapas que se surten en los diferentes procesos de selección de un contratista, deben garantizarse los principios de eficacia, eficiencia, celeridad y moralidad[[27]](#footnote-27), razón por la cual en aquellos eventos en los cuales se evidencie que en ejercicio de la actividad contractual la administración vulnera dicho postulado se torna necesario permitirle a los oferentes adoptar las medidas necesarias con el objeto de equilibrar las cargas y de garantizar el principio de prevalencia del interés general sobre el particular en el determinado proceso de selección.

De ésta forma, la administración debe permitirle a los proponentes que presenten las aclaraciones y explicaciones pertinentes cuando haya lugar a propuestas dudosas como consecuencia de unos pliegos confusos.

Es de resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que los requisitos susceptibles de ser subsanados son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía[[28]](#footnote-28).

No obstante lo anterior, deberá evaluarse en cada caso si conforme al pliego de condiciones, los documentos que conforman el determinado proceso de selección, las pruebas allegadas y las disposiciones constitucionales y legales, los respectivos requisitos exigidos sí eran susceptibles de ser subsanados por el proponente en el respectivo proceso de selección.

Es de precisar en éste punto que la facultad en cabeza de los proponentes de subsanar sus propuestas, de ninguna forma les confiere la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, ello teniendo en cuenta que los procesos de selección se rigen por el principio de igualdad y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión de dicho principio constitucional[[29]](#footnote-29).

1. **Naturaleza de los informes de evaluación y calificación de las propuestas.**

Conforme al numeral 7º del artículo 30 de la ley 80 de 1993 la entidad contratante deberá fijar en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual va a realizar los estudios técnicos, económicos y financieros necesarios para evaluar y calificar las propuestas presentadas.

En desarrollo de éste precepto es al representante legal de la entidad contratante, en su calidad de director del proceso de selección al que le corresponde designar un comité asesor que previamente a la adjudicación deberá evaluar y calificar las propuestas presentadas con sujeción estricta a las reglas y parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones.

De ésta forma se entiende que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad es una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no puede sujetarse a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones.

Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria, sino que es producto de una actividad reglada sujeta a las previsiones legales y al pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación[[30]](#footnote-30).

Con otras palabras, el Director de la adjudicación o representante legal de la entidad estatal contratante podrá apartarse de la evaluación y calificación de las propuestas efectuada por el comité asesor, siempre y cuando advierta que ésta no se sujetó a las reglas y parámetros objetivos señalados en el pliego de condiciones.

En éste orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.

En conclusión, el informe de calificación y evaluación de las propuestas no crea en favor del proponente que obtuvo el mayor puntaje el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues en últimas se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad la selección del contratista, quién va a verificar que la calificación otorgada por el comité asesor se sujetó a las reglas y parámetros objetivos fijados en el pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, el representante legal de la entidad únicamente puede apartarse de la calificación del comité de la entidad por razones de legalidad, es decir, por la violación a las normas contenidas en la constitución, en la ley o en los pliegos de condiciones, o a los principios constitucionales y legales.

La decisión del representante legal de la entidad de apartarse de la calificación del comité no es una decisión de carácter discrecional, pues no queda al arbitrio, conveniencia u oportunidad de éste, razón por la cual por regla general se debe ordenar la realización de una nueva calificación a la luz de las reglas contenidas en los pliegos de condiciones, en la Constitución o en la ley.

Adicionalmente es de anotar en éste punto que quién alega la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, para sacar avante sus pretensiones tiene a su cargo un doble compromiso procesal, pues de una parte debe probar la ilegalidad en la que hace consistir la nulidad del acto, esto es, la transgresión de normas de carácter imperativo y de otra parte, debe acreditar que su propuesta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración.

1. **Los hechos probados.**

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se encuentra que por medio de la Resolución No. 000773 del 4 de julio de 1995 el Alcalde del Municipio de Arauca ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 007 de 1995, con el objeto de contratar la construcción de las obras para la ampliación de las lagunas de estabilización y del emisario final del alcantarillado sanitario II Etapa (Fol. 101 del C. No. 1).

A dicho concurso presentaron su propuesta el Consorcio accionante; la Unión Temporal José Trespalacios Arrazola – Demetrio Bonilla Parra; Emicol Ltda.; ZR Ingeniería Ltda.; Consorcio Jomar; Consorcio Fardilla y Cia. Ltda. – Daniel Mauricio Hernández Giraldo; Mario A. Valderrama Puerta; Construcciones VICPAR y Cia. S. en C.; Arinservi Ltda.; Consorcio Carlos José Téllez y Antonio Schotborgh Espinel; Consorcio de la Orinoquía; Consorcio Sáenz y Fernández; Consorcio Mavil Ltda.- Emindumar Ltda. y; la Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López – Felipe Santiago Vergara Loboguerrero, ahora adjudicataria.

A través del No. 2º de la Sección II del pliego de condiciones de la licitación pública No. 007 de 1995 relativa a los “*Licitantes Elegibles”* se señaló que la invitación a presentar ofertas se dirigía a los contratistas inscritos en el R.U.P. de la Cámara de Comercio antes de la fecha de cierre y frente a los consorcios y uniones temporales señaló:

*“2. LICITANTES ELEGIBLES*

*(…)*

***Se aceptarán Consorcios o Uniones Temporales, siempre y cuando cada uno de los integrantes cumpla con los requisitos de calificación y clasificación exigidos*** *y que uno de ellos tenga como mínimo el 60% de la capacidad total solicitada”* (Resaltado por fuera del texto) (Fol. 7 del C. No. 10 de pruebas).

En los Nos. 8 y 8.4. del pliego de condiciones se señaló que los documentos que formaban parte de la licitación eran la Resolución motivada que ordenaba la apertura de la licitación, los avisos de prensa y los pliegos de condiciones y que sí el licitante omitía suministrar toda la información requerida en los documentos de licitación o presentaba una oferta que no se ajustara sustancialmente y todos sus aspectos a dichos documentos *“el riesgo será de su cargo y el resultado puede ser el rechazo de su oferta”* (Fol. 10 del C. No. 10 de pruebas).

En el Literal C “PREPARACIÓN DE LAS OFERTAS” No. 12 relativo a los documentos integrantes de la propuesta se señaló que los proponentes nacionales debían allegar con su oferta el ***“certificado contentivo de la calificación y clasificación en el registro de constructores indicado en el numeral 32 de ésta sección”.***

A través del artículo 32 del Lit. f del pliego de condiciones relativo a la adjudicación del contrato y los requisitos de calificación se señaló:

*“****32. REQUISITOS DE CALIFICACIÓN PROPONENTES****.*

*Los proponentes además de cumplir substancialmente con los términos del pliego de condiciones deberán acreditar mediante las pruebas documentarias referidas más adelante, los siguientes requisitos de calificación:*

***PROPONENTES NACIONALES***

***Estar inscrito, calificado y clasificado en el Registro Único de Proponentes de la respectiva Cámara de Comercio en las siguientes actividades:***

***Actividad Constructor, Especialidad 01 – Obras Civiles Hidráulicas, Grupo 01 – Presas, Diques y Muelles y con una capacidad de contratación a la fecha de cierre de esta licitación de 8.900 S.M.L.V*** *(…)”*(Resaltado por fuera del texto) (Fol. 25 del C. No. 10 de pruebas).

Por medio del numeral 34 relativo al procedimiento y plazo para la adjudicación se señaló:

*“****34. PROCEDIMIENTO Y PLAZO PARA LA ADJUDICACIÓN***

*Una vez elaborados los informes de evaluación de las ofertas por parte del MUNICIPIO DE ARAUCA y previa notificación a los oferentes,* ***esta entidad mantendrá en la Secretaría de Obras públicas del MUNICIPIO DE ARAUCA los informes por un término de cinco (5) días hábiles, para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas (…)”.*** (Resaltado por fuera del texto) (Fols. 27 y 28 del C. No. 10 de pruebas).

Por medio del acta suscrita el 1º de agosto de 1995 por el Secretario Municipal de Obras Públicas, el Secretario Municipal de Hacienda, la Jefe de la Oficina Jurídica Municipal, y el Jefe de la División Técnica se ordenó el cierre de la Licitación Pública No. 007 de 1995 (Fols. 109 y 110 del C. No.1).

En el informe de evaluación de las propuestas el Comité evaluador consideró que la propuesta presentada por el Consorcio demandante no sería considerada al estimar que no cumplía con los requisitos legales teniendo en cuenta que uno de sus miembros, el Ingeniero Jaime Eduardo Parada no se encontraba clasificado y calificado en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio en el Grupo 01- Presas, Diques y Muelles de la Especialidad No. 01- Obras Civiles Hidráulicas, único requisito de clasificación y calificación exigido en el pliego de condiciones (Fol. 100 del C. No. 2 de pruebas)

En un Concepto Jurídico emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica Municipal se encontró demostrado que para la fecha de cierre de la licitación el Señor Jaime Eduardo Parada Rojas no cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pues no se encontraba clasificado en Grupo 01- Presas, Diques y Muelles de la Especialidad No. 01- Obras Civiles Hidráulicas y que los documentos allegados no hacían otra cosa diferente que corroborar ese hecho (Fols. 97 y 98 del C. No. 2 de pruebas).

Mediante memorial presentado el 3 de agosto de 1995 y dirigido a la Cámara de Comercio de Arauca el señor Jaime Eduardo Parada hizo constar que el 20 de junio de 1995 se había inscrito en el Registro de Proponentes con la finalidad de intervenir en la Licitación Pública No. 007 de 1995 y requirió a dicha Entidad para que efectuara la corrección del primer certificado por ésta expedida en los siguientes términos:

*“(…)*

*Revisando minuciosamente el certificado expedido por esa institución observo que se omitió el numeral 10101 correspondiente a la especialidad obras civiles (Presas, Diques y Muelles). Por tal razón solicito se haga la corrección respectiva (…)”* (Fol. 33 del C. No. 1)

El referido memorial fue contestado por el Director Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Arauca mediante Oficio del 4 de agosto de 1995 en los siguientes términos a saber:

*“(…)*

*Respetado Ingeniero:*

*De acuerdo a su solicitud de fecha 3 de agosto de 1995, y una vez revisada(sic) nuestros archivos, hemos constatado que a usted le asiste la razón. En consecuencia se procedió a corregir el error que se presentó en el momento de la digitación de la información y expedir un nuevo certificado el cual le adjunto la(sic) presente(…)”* (Fol. 34 del C. No. 1).

A través de la comunicación del 8 de agosto de 1995 dirigida al Alcalde Municipal de Arauca, el Representante Legal del Consorcio Accionante allega una fotocopia de una nueva certificación expedida el 4 de agosto de 1995 en la que el señor Jaime Eduardo Parada Rojas aparecía inscrito y calificado en la especialidad del Grupo 01- Presas, Diques y Muelles de la Especialidad No. 01- Obras Civiles Hidráulicas con el objeto de que fuera tenida en cuenta y le informa que revisada la copia de la propuesta se había percatado de que la Cámara de Comercio de Arauca al expedir el certificado de inscripción de proponentes había omitido el numeral 01101 correspondiente a la especialidad de Obras Civiles (Presas, Diques y Muelles) para lo cual se había solicitado la corrección pertinente (Fol. 35 a 46 del C. No. 1).

El consorcio demandante presentó sus observaciones al informe de evaluación de las propuestas el 25 de agosto de 1995 señalando que no existía ley, reglamento o *“pliego de licitaciones”* alguno que le exigiera al miembro de un consorcio estar inscrito y clasificado en el R.U.P. en una especialidad, que el Municipio no cumplió su obligación de evaluar las propuestas dejando dicha obligación en manos de un Comité jurídicamente incompetente, que el requisito exigido no tenía relevancia jurídica alguna y que su omisión no generaba el rechazo de su propuesta y que al ser una informalidad irrelevante debía entonces también rechazarse la propuesta de la Unión temporal adjudicataria por no allegar el documento de su constitución y no demostrar la propiedad de una retroexcavadora ni el pago del pliego de condiciones (Fols. 18 a 21 del C. No. 1).

Junto con dicho escrito allegó original de la nueva certificación expedida por la Cámara de Comercio de Arauca el 24 de agosto de 1995 en la que el señor Jaime Eduardo Parada Rojas aparece Inscrito, Clasificado y Calificado en en el Grupo 01- Presas, Diques y Muelles de la Especialidad No. 01- Obras Civiles Hidráulicas (Fols. 22 a 32 del C. No. 1).

El 28 de agosto de 1995 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación en el curso de la cual el Alcalde Municipal de Arauca dio respuesta a las observaciones presentadas por el consorcio demandante en los siguientes términos a saber (Fols. 108 a 133 del C. No. 2 de pruebas):

*“(…)*

*En cuanto a lo expuesto por el Representante legal del Consorcio SODESCO LTDA. y JAIME EDUARDO PARADA ROJAR, respecto a que no conoció “Pliego de Licitaciones”. Si bien se le denominó así en el Informe evaluativo, se tiene que es el mismo pliego de condiciones que obligatoriamente tuvo que haber conocido el proponente.*

*La Ley 80 de 1993, es su artículo 22 es clara frente a que las personas jurídicas como las naturales que aspiren a contratar con los Entes del Estado, como en este caso, deben estar inscritos “…en la Cámara de Comercio y deberán estar clasificados y calificados de conformidad con lo previsto en este Artículo”. El mismo es concordante con el Artículo 7º de la citada ley, cuando en su numeral 1º expresa “…en consecuencia las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectaran a todos los miembros que lo conforman…”.*

*Como si lo anterior fuera poco, el decreto reglamentario 1584 del 25 de julio de 1994, en cuanto a la clasificación y calificación en el Registro de Proponentes, Artículo 94 expresa: “DESCRIPCIÓN DE ESPECIALIDADES Y GRUPOS PARA REGISTROS DE CONSTRUCTORES: Las siguientes son las Especialidades y Grupos en los cuales deberán clasificarse los Proponentes Constructores: “Luego no cabe la menor duda que es obligatoria la citada inscripción”.*

*En cuanto al tercer punto, efectivamente existió una evaluación técnica de las propuestas por una Comisión que habiendo sido designada por el Alcalde Municipal, no puede ser tachada por el Proponente, pero además existió evaluación de orden jurídico rendida por la Oficina Jurídica, en la cual se basó el Comité Evaluador. Y es que faltando un requisito de ley que salta de bulto, no tiene por qué procederse a estudiar de fondo los demás requisitos técnicos.*

*Frente al numeral 4, esta Administración tiene que basarse en el análisis de la oferta sobre los documentos oportunamente allegados con la misma, antes del cierre de la Licitación. Si existió algún error como lo pretende el reclamante y ese error fue motivo principal para que se desechara su propuesta, deberá utilizar los medios de ley contra la persona o entidad que cometió el yerro, porque al momento de la apertura de la urna y cierre de la Licitación, todos los proponentes deben tener igualdad de tratamiento.*

*La pretendida irrelevancia jurídica no lo es, pues como ya se dijo es la misma ley 80 la que establece las tantas veces citada exigencia(…)”.*

En respuesta al Oficio No. 1672 de julio de 1998 la Cámara de Comercio de Arauca remitió el Certificado del Registro Único de Proponentes del señor Jaime Eduardo Parada vigente para el 30 de agosto de 1995, la cual habría sido expedida el 30 de julio de 1998 en el que éste aparece inscrito, calificado y clasificado únicamente para el Grupo 10107 – Conducción de Aguas de la Especialidad 01- Obras civiles Hidráulicas (Fols. 13 a 22 del C. No. 2 de pruebas).

A través de la Resolución No. 01069 del 30 de agosto de 1995 el accionado le adjudicó la Licitación Pública No. 007 de 1995 a la **Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero** (Fols. 72 a 74 del C. No. 1) y el 14 de septiembre de 1995 celebraron el contrato No. 328 en el que se reprodujo el objeto de la licitación pública (Fols. 57 a 71 del C. No. 1).

1. **La solución del caso concreto.**

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron se evidencia claramente que en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. 007 de 1995 que dio lugar al acto administrativo de adjudicación y al contrato cuya nulidad ahora se pretende se estableció claramente como requisito de calificación de los proponentes que estos debían estar inscritos, calificados y clasificados en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio en la actividad de constructor, en la Especialidad 01 – Obras Civiles Hidráulicas, Grupo 01- Presas, Diques y Muelles.

En dicho documento también se señaló que se aceptarían las propuestas presentadas por consorcios y uniones temporales, siempre y cuando cada uno de los miembros que las conformaban, cumpliera con los requisitos de calificación y clasificación, razón por la cual no le asiste la razón al accionante cuando afirma en su recurso que el pliego sólo exigía la inscripción y calificación en la actividad del *“interesado”* o *“proponente”*, más no de cada uno de los miembros del consorcio o Unión Temporal.

No le asiste la razón al recurrente cuando afirma que de las pruebas documentales arrimadas se logró demostrar que para la fecha de la presentación de la propuesta el señor Jaime Eduardo Parada si cumplía con el requisito de estar inscrito, calificado y clasificado en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio en la actividad de constructor, en la Especialidad 01 – Obras Civiles Hidráulicas, Grupo 01- Presas, Diques y Muelles, pues de las diferentes certificaciones presuntamente expedidas por la Cámara de Comercio de Arauca el 4 de agosto de 1995, el 24 de agosto de 1995 y el 30 de julio de 1998 lo único que se logra evidenciar es que para la fecha de la presentación de la propuesta el señor parada únicamente se encontraba inscrito, calificado y clasificado únicamente para el Grupo 10107 – Conducción de Aguas de la Especialidad 01- Obras civiles Hidráulicas.

Tampoco es cierto que se hubiera logrado demostrar que el señor Jaime Eduardo Parada cumplía con dicho requisito previamente a la fecha del cierre de la licitación, pues en el recurso afirma que si bien para esa fecha el señor Parada no certificó su cumplimiento, sí lo hizo al presentar sus observaciones al informe de evaluación y calificación de las propuestas allegando la certificación corregida, lo cual no era posible según el numeral 34 del pliego de condiciones que establecía que en el ejercicio de la facultad de presentar observaciones los proponentes no podían ***completar***, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas, tal como en efecto ocurrió en el presente asunto.

Pero además, de las pruebas allegadas se encuentra demostrado que el cierre de la licitación Pública se produjo el 1º de agosto de 1995 y que el accionante sólo allegó la certificación corregida el 24 de agosto de 1995.

Adicionalmente, a través de los Nos. 8 y 8.4. del pliego de condiciones se señaló que sí el licitante omitía suministrar toda la información requerida en los documentos de licitación o presentaba una oferta que no se ajustara sustancialmente y todos sus aspectos a dichos documentos *“el riesgo será de su cargo y el resultado puede ser el rechazo de su oferta”*.

En éstos términos, es evidente entonces que la oferta presentada por el consorcio accionante debía ser calificada como no elegible y que por consiguiente ni la Resolución No. 01069 del 30 de agosto de 1995, mediante la cual se le adjudicó la Licitación Pública No. 007 de 1995 a la **Unión Temporal Saúl Darío Giraldo López- Felipe Santiago Vergara Lobogerrero**, ni elcontrato No. 328 del 14 de septiembre de 1995se encuentran viciados de nulidad porque la decisión de excluir del concurso público al consorcio accionantese ajustó a lo previsto en los pliegos de condiciones.

Es de precisar en éste punto que conforme a lo previsto en el artículo 25 de la ley 80 de 1993 y la jurisprudencia señalada por ésta Corporación, se admite que el incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en el pliego de condiciones o en los términos de referencia sea susceptible de ser subsanado en el curso del proceso de selección, también es cierto que frente aquellos requisitos sustanciales, es decir aquellos que cuyo cumplimiento se debe demostrar y acreditar como requisito habilitante incluso para presentar la oferta y participar en el respectivo proceso de selección que se trate, no son susceptibles de ser subsanados o en su defecto deben ser subsanados dentro de las oportunidades que el pliego de condiciones otorga para ello.

Así las cosas, se entiende que la inscripción de cada uno de los miembros del consorcio demandante en la actividad de constructor, en la Especialidad 01 – Obras Civiles Hidráulicas, Grupo 01- Presas, Diques y Muelles era un requisito habilitante para que los proponentes pudieran participar en el respectivo proceso de selección y cuyo cumplimiento debía acreditarse desde el mismo momento en el que éstos presentaron su propuesta o en su defecto hasta la fecha de adjudicación, siendo entonces imposible que posterior a ésta pudiera ser subsanado.

Incurre en equivocación el recurrente cuando afirma que el Tribunal de primera instancia únicamente le otorgó valor probatorio a la certificación arrimada por la Cámara de Comercio de Arauca el 30 de julio de 1998 al ser ésta aportada en original y no valoró las demás pruebas arrimadas en copia autenticada, pues de la lectura del fallo lo que se logra evidenciar es que el Tribunal adoptó su decisión con fundamento en las pruebas arrimadas y realizó una valoración concienzuda y detallada de cada una de ellas y que lo realmente pretendido por el recurrente es que se modifique lo resuelto y se profiera un fallo favorable a sus intereses.

Pero además, de las pruebas allegadas el consorcio accionante no logró demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración y no podía afirmar que dicha circunstancia se veía acreditada con una tabla de la valoración de las propuestas presentadas elaborada por el Municipio, pues tal como lo señaló el Tribunal de primera instancia no allegó ni su propuesta y sólo allegó 6 de las 14 propuestas presentadas, documentos indispensables para realizar la comparación respectiva.

Por otro tanto, se encuentra que el consorcio demandante tampoco logró acreditar la ilegalidad ni del acto de adjudicación ni del contrato, una razón más para que las pretensiones por él elevadas estuvieran destinadas al fracaso.

Corolario de lo anterior es que no es nulo el acto de adjudicación ni el contrato y como así lo vio y lo decidió el *a quo,* la sentencia apelada será confirmada.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Magistrado Magistrado

 **Aclaración de voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

 Presidente de la Subsección C

1. Folios 1 a 15 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 79 a 80 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 87 a 95 del C. No. 1. El término de fijación en lista vencía el 11 de mayo de 1998 y el demandado dio contestación a la demanda el 2 de junio de 1998. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 115 a 118 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 139 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 170 a 179 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 196 a 205 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 208 y 209 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 228 a 236 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 253 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 256 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 240 a 299 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 300 a 305 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 306 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 307 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 308 a 311 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 322, 327, 332 y 333 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 332 a 333 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 335 a 338 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-20)
21. Al respecto, en la providencia referida se señaló: “*se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones, para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi (..)Debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda****a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección****, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal (…)Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen en razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los procedimientos de selección contractual, de ninguna manera debe considerarse como una cortapisa para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados –sean personas naturales o jurídicas– puedan comparecer al proceso –en condición de demandante(s) o de demandado(s)–.(…)Ciertamente, la modificación de la Jurisprudencia que aquí se lleva a cabo apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas –ora naturales, ora jurídicas–, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales, En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 8031(Original del texto citado). [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041 (Original del texto citado). [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592 (Original del texto citado). [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. 30.161. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp: 40.660 yConsejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp: 25.804. [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp. 40.660. [↑](#footnote-ref-28)
29. Constitución Política de Colombia, artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Exp. 13.790. [↑](#footnote-ref-30)