**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Cómputo - Término de caducidad**

En concordancia con lo anterior, se tiene que, frente a la caducidad de la acción, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos, como los que en esta oportunidad se demandan, es de treinta (30) días, contados a partir de su comunicación, notificación o publicación. En el caso bajo examen, se advierte que el 19 de noviembre de 2003 -fecha en la cual se adelantó la audiencia de adjudicación-, se comunicó a los oferentes que el Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, tramo I, sería adjudicado al Consorcio Troncal Transmilenio NQS-Sur (acta de audiencia de adjudicación del 19 de noviembre de 2003, f.254-293 c.3). Adicionalmente, la resolución n.º 11498, por medio de la cual se adjudicó dicho concurso, se profirió en la misma fecha, esto es, el 19 de noviembre de 2003 (copia del referido acto administrativo, f.92-93 c.2) Por lo tanto, al contabilizar los 30 días hábiles con que contaba la parte actora para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que vencían el 26 de enero de 2004 y dado que la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2003 (f.1 y 21 c.1), es evidente que no había fenecido la oportunidad para incoar la acción, porque, se reitera, no obra constancia en el expediente de la suscripción del correspondiente contrato, razón por la cual, se continuará con el análisis de la controversia.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Nulidad - Carga de la prueba**

Con el fin de resolver los argumentos esbozados por la parte actora, es necesario indicar que en eventos como el presente, para la prosperidad de las pretensiones se requiere la comprobación de que el acto de adjudicación es ilegal, que no recayó sobre la mejor oferta y que el demandante fue quien presentó la propuesta que, cumpliendo todos los requisitos del respectivo pliego de condiciones y aplicando los criterios de calificación contenidos en el mismo, fue la más favorable para la administración y a pesar de ello, fue injusta e ilegalmente privado de la adjudicación.

**PLIEGOS DE CONDICIONES – Condiciones - Términos de referencia**

La Sala reitera que los pliegos de condiciones o términos de referencia determinan los parámetros técnicos, jurídicos y financieros que deben observar, tanto la entidad que adelanta el proceso, como quienes participan en él, con el fin de salvaguardar el cumplimiento de los fines estatales a través de los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad. En ese sentido, los referidos pliegos contienen los derechos y deberes de los intervinientes durante la etapa previa, de ejecución y terminación del negocio jurídico, haciéndose parte integral de éste.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Capacidad residual - Documentación para su cálculo**

En línea con lo expuesto, es del caso insistir en que el numeral 3.5 del pliego de condiciones, dispuso que la capacidad de contratación de los oferentes sería el resultado del valor total de los contratos de consultoría adjudicados y sin orden de iniciación y el saldo del valor de todos los contratos de consultoría en ejecución o suspendidos, incluidos los adicionales, a la fecha de cierre del concurso. Según los términos de referencia, era un requisito de orden legal, cuya omisión, convertía la propuesta en no elegible, en el evento en que impidiera la comparación objetiva de las ofertas (numeral 6.3.3.1., f.379 c.3); para el efecto, debía incluirse esa información en el anexo n.º 7 (f.352-354 c.3 y supra pár. 17.4.). (…) En ese orden de ideas, la Sala advierte que la sola manifestación de que un contrato estaba concluido, sin el correspondiente soporte ni los datos referentes a su valor, impedían contar con los elementos necesarios para que la entidad que estuviera adelantado el proceso de contratación estimara la capacidad real de contratación residual. Por lo tanto, es evidente que de conformidad con los términos de referencia del Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, la sociedad Integral S.A., como integrante del Consorcio NQS Sector Sur, debía reportar en el anexo nº 7 de la propuesta, la relación de los contratos que no habían terminado y su cuantía.

**CAPACIDAD RESIDUAL - Requisito habilitante**

En efecto, sin desconocer que la parte actora sostuvo que, aunque se sumara la totalidad de los contratos que fueron objeto de observación, su capacidad de contratación residual no se veía afectada, lo cierto es que se trataba de un requisito legal de la propuesta, por lo que su omisión tornaba la oferta en no elegible, toda vez que no existían los elementos suficientes para hacer un cálculo verídico de ese ítem y la consecuente comparación objetiva de las ofertas. Es del caso resaltar, que, en la presente controversia, solo existen elementos de prueba frente a tres de los ocho contratos reprochados. (…) . De conformidad con lo expuesto, es factible concluir que la omisión en la que incurrió el consorciado Integral S.A., en especial, frente a los contratos “concluidos parcialmente, sin acuerdo vigente de recursos comprometidos para concluirlos” (supra pár. 17.9.), tenía la virtualidad de convertir la propuesta en no elegible y, por ende, era procedente su rechazo. Sumado a lo anterior, debe ponerse de presente, que aún en el evento en que la entidad le hubiese permitido aportar la documentación correspondiente en la audiencia de adjudicación, en una interpretación estricta de los requisitos legales exigidos en los términos de referencia, se trataría de una modificación y no de una aclaración de la oferta, en un momento del concurso en el que ya habría precluido la oportunidad para el efecto.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Nulidad - Procedencia**

En consecuencia, se advierte que en el proceso se acreditó que el proponente no cumplió a cabalidad el requisito habilitante de la capacidad residual de contratación, sumado a que la omisión en la que incurrió en su propuesta, respecto de reportar la totalidad de los contratos vigentes, impedía la comparación objetiva de las propuestas, porque si bien, inicialmente se determinó que contaba con una capacidad que superaba el tope establecido, lo cierto es que existían unos negocios jurídicos celebrados por uno de sus miembros, que aún a la fecha, se desconoce el estado en el que se encontraban para el momento de apertura del proceso de selección y el monto exacto de su valor, razón por la cual, era procedente el rechazo de la oferta. En otros términos, el ofrecimiento del consorcio demandante no se ajustaba a las exigencias del pliego de condiciones, dado que estaba incompleta en un aspecto habilitante, que también serviría como parámetro de comparación entre los oferentes y, en consecuencia, la presunción de legalidad de la resolución controvertida no fue desvirtuada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00204-01(34690)**

**Actor: CONSORCIO NQS SECTOR SUR**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –I.D.U.-**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - APELACIÓN SENTENCIA**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 1 de agosto del 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, la cual será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La parte actora solicitó la nulidad de la resolución n.º 11498 del 19 de noviembre de 2003, por medio de la cual el Instituto de Desarrollo Urbano adjudicó el Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003 al Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR. En concordancia con lo anterior, solicitó que se declare que su propuesta era la mejor y, por lo tanto, debió ser adjudicataria del referido concurso.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 19 de diciembre de 2003 (f.1-21 c.1), las sociedades Integral S.A., Silva Fajardo y Cía. Ltda. y Silva Carreño & Asociados S.A., como integrantes del Consorcio NQS Sector Sur, a través de apoderado, presentaron oportunamente demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Desarrollo Urbano – I.D.U.-, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Que se declare la nulidad de la resolución n.º 11498 de fecha 19 de noviembre de 2003, expedida por la directora general del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU, mediante la cual esa entidad adjudicó al CONSORCIO TRONCAL TRANSMILENIO NQS SUR el concurso IDU-CM-DTC-009-2003, para ejercer la INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, LEGAL, FINANCIERA, AMBIENTAL Y SOCIAL DEL DESARROLLO DE LOS DOS (2) CONTRATOS DE CONCESIÓN A TRAVÉS DE LOS CUALES SE HA OTORGADO UNA CONCESIÓN DE OBRA Y MANTENIMIENTO PARA QUE LOS CONCESIONARIOS REALICEN, POR SU CUENTA Y RIESGO, LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA TRONCAL NQS SECTOR SUR AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL MANTENIMIENTO DE LAS MISMAS, POR UN TÉRMINO DE CINCO AÑOS, EN ALGUNO DE LOS SIGUIENTES TRAMOS EN LOS QUE SE DIVIDE EL PROYECTO: TRAMO 1: TRONCAL NQS ENTRE LA CALLE 10 Y LA ESCUELA DE POLICÍA GENERAL SANTANDER, en Bogotá D.C.* (sic)

*2. Que se declare que con base en los antecedentes del concurso y la documentación que hacía parte del mismo, el CONSORCIO NQS SECTOR SUR ha debido ser el adjudicatario del concurso y con quien ha debido celebrarse el contrato objeto del mismo.*

*3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, declarar que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU, es responsable de todos los daños y perjuicios, directos e indirectos, causados al CONSORCIO NQS SECTOR SUR y a las sociedades que lo integran, por la no adjudicación del concurso a su favor.*

*4. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, a título de restablecimiento del derecho, condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU, a reconocer y pagar al CONSORCIO NQS SECTOR SUR y a las sociedades que lo integran, la suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS ($948 000 000) moneda corriente, por concepto de la administración, imprevistos y utilidades (AIU) dejados de percibir por dicho CONSORCIO a consecuencia de la decisión del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU, de adjudicar el concurso IDU-CM-DTC-009-2003 al proponente CONSORCIO TRONCAL TRANSMILENIO NQS-SUR, así como los demás perjuicios que resulten probados dentro del proceso.*

*5. Condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU, a pagar al CONSORCIO NQS SECTOR SUR, los intereses de mora sobre la suma indicada en el numeral cuatro (4) anterior, desde el día 19 de noviembre de 2003, fecha en que se adjudicó el contrato de interventoría objeto del concurso IDU-CM-DTC-009-2003 y hasta cuando se produzca el pago efectivo de la condena, a la tasa de mora que certifique la Superintendencia Bancaria o el organismo que haga sus veces.*

*6. Condenar al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU, a indexar o actualizar la suma indicada en el numeral cuatro (4) anterior, desde el día en que ha debido concluir el contrato objeto del concurso, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, conforme a los índices de precios al consumidor (IPC) suministrados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), o por la entidad que haga sus veces.*

*7. Condenar a la entidad demandada al pago de las costas del proceso.”*

2. La parte actora presentó como fundamento fáctico de su demanda lo siguiente:

2.1. El Instituto de Desarrollo Urbano –I.D.U.- expidió la resolución n.º 6683 del 20 de agosto de 2003, en la que ordenó la apertura del Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, con el objeto de seleccionar la *interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, ambiental y social del desarrollo de los dos contratos de concesión a través de los cuales se ha otorgado una concesión de obra y mantenimiento para que los concesionarios realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la adecuación de la troncal NQS sector sur al sistema Transmilenio y el mantenimiento de las mismas, por un término de cinco años.* El proyecto se dividiría en dos tramos: tramo 1: *troncal NQS entre la calle 10* *y la Escuela de Policía General Santander* y tramo 2: *Troncal NQS* entre la *Escuela de Policía General Santander y la avenida Ciudad de Villavicencio.*

2.2. El pliego de condiciones fue modificado para ampliar el término de cierre. Para el tramo 1 se presentaron 9 proponentes, entre los que se encontraba el consorcio demandante.

2.3. Una vez se adelantó la evaluación de las propuestas, el proponente, Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR, formuló observaciones a la oferta del consorcio NQS Sector Sur, frente al pago de las obligaciones parafiscales en el tópico de pensiones y respecto de la capacidad de contratación residual.

2.4. El Consorcio NQS Sector Sur refutó las referidas observaciones, con la remisión de los documentos que soportaban el pago de los aportes a pensión. Sobre el segundo aspecto, aportó copia de los escritos en los que constaba la terminación de los contratos indagados por el otro oferente.

2.5. La audiencia de adjudicación se celebró el 19 de noviembre de 2003, en la que se dio respuesta a las observaciones, declarando que no procedía el reparo respecto del pago de pensiones. Sin embargo, en lo concerniente a los contratos vigentes, la entidad señaló que requirió al proponente para que remitiera información en aras de determinar si se afectaba su capacidad de contratación residual y aquella no fue allegada, razón por la que de conformidad con los pliegos de condiciones, era procedente rechazar la oferta.

2.6. El Consorcio NQS Sector Sur solicitó verificar el trámite de solicitud de información, toda vez que se afirmó que no tuvo conocimiento de la misma y aun así, con el escrito de contra-observaciones remitió la documentación que permitía establecer el estado en el que se encontraban los contratos de los que se predicó la no terminación. La entidad dio respuesta al interrogante, indicando que los documentos aportados no determinaban ese aspecto de la evaluación y por lo tanto, no podían tenerse en cuenta para el cálculo de la capacidad de contratación residual del proponente.

2.7. La parte actora señaló que en la audiencia de adjudicación se hicieron unos recesos con el fin de hacer un nuevo estudio a los documentos aportados con el escrito de contra-observaciones y las circunstancias que rodearon el requerimiento de información vía fax. No obstante, no se tuvieron en cuenta las manifestaciones conforme a las cuales, se señaló que la comunicación no fue recibida y, en consecuencia, se ratificó el rechazo de la propuesta y se adjudicó el concurso al Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR.

2.8. Precisó que en el evento en el que el proponente hubiese recibido la comunicación y se negara a responder o no lo hiciera por negligencia, la suma del valor de los contratos que originaron las observaciones no afectaba su capacidad de contratación residual, sumado al hecho de que los pliegos de condiciones no disponían el rechazo de una oferta por la ausencia de respuesta a un requerimiento originado en el proceso de selección.

2.9. Finalmente, en la demanda se acusó la violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 84 del Código Contencioso Administrativo, 24 numerales 5 literales b) y e) y 8, así como el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido de que la entidad les vulneró el derecho al debido proceso al incluir una causal de rechazo que no estaba contemplada en los términos de referencia ni en la ley, como lo era el no responder el requerimiento, que además, era innecesario por la evidencia de la información aportada por el proponente, sumado al hecho de que no se remitió la comunicación con la que se pretendió obtener la aclaración de la oferta en ese aspecto. En el mismo sentido, señaló que la adjudicación estaba falsamente motivada y fue expedida con abuso de poder, especialmente en lo referente a la verificación de la capacidad de contratación residual de los proponentes.

2.10. Agregó que la entidad desconoció las reglas claramente establecidas en el pliego de condiciones e interpretó, de manera errada, las pruebas que podían tenerse como válidas para constatar el envío de la comunicación en la que se le requirió información al proponente.

**II. Trámite procesal**

 3. El 24 de marzo de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la demanda y dispuso su notificación al *representante legal del CONSORCIO TRONCAL TRANSMILENIO NQS-SUR* (f.46 c.1). El I.D.U. en su calidad de demandado y el referido consorcio, se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1. El Instituto de Desarrollo Urbano -I.D.U.-, se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que contrario a lo afirmado por la parte actora, el proponente desvirtuó el escrito de observaciones frente al pago de aportes parafiscales y no respecto de la capacidad de contratación residual, sumado al hecho de que en el plazo adicional que se concedió a los oferentes para las contra-observaciones, tampoco aportó los documentos que permitieran establecer la terminación efectiva de los contratos que se predicaba, continuaban en ejecución a la fecha de presentación de la oferta, para efectos de determinar la referida capacidad en los términos del numeral 3.5 del pliego de condiciones (f.54-69 c.1).

3.1.1. Indicó que es cierto que en la audiencia de adjudicación, el consorcio manifestó que no recibió la comunicación en la que se le solicitó que aclarara el estado de unos contratos que fueron suscritos por miembros del oferente, razón por la que se adelantaron gestiones que permitieron establecer que aquella fue enviada al número de fax que se suministró en la oferta, sin embargo, estaba errado y así lo reconoció la parte actora en escrito del 21 de noviembre de 2003. Agregó que pese a tal situación, el I.D.U. remitió el requerimiento a otro número de fax, que según sus archivos, correspondía a la sociedad Integral S.A., tal como constaba en la copia de los reportes de la Subdirección Técnica de Recursos Físicos.

3.1.2. Explicó que como garantía adicional, en la audiencia de adjudicación, la directora de la entidad le solicitó al proponente que indicara el estado actual de los contratos por él relacionados, quien guardó silencio, razón por la que se rechazó la oferta dado que no se ajustaba a las exigencias contenidas en los términos de referencia. Finalmente, propuso como excepción la de *provisión de legalidad del acto administrativo que adjudicó el concurso público IDU-CM-DTC-009-2003.*

3.2. El Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR, manifestó que pese a no ser parte en el proceso, presentaba escrito conforme al cual se oponía a las pretensiones de la demanda. Manifestó que no subsanar un error de la propuesta o no dar respuesta a una solicitud de aclaración dentro del proceso licitatorio era causal de rechazo según los términos de referencia. Propuso como excepción la de *falta de legitimación en la causa por pasiva* con fundamento en que la demanda solo estaba dirigida en contra del I.D.U., entidad encargada del eventual restablecimiento del derecho si se encontrare nulo el acto administrativo de adjudicación (f. 70-84 c.1).

4. Dentro del término de fijación en lista, la parte actora corrigió la demanda[[1]](#footnote-1), mediante escrito en el que ratificó las pretensiones de la demanda inicial; precisó que de conformidad con el informe inicial de evaluación, ocho de las nueve propuestas presentadas, cumplieron con los factores básicos de evaluación y adicionó lo concerniente a la evaluación final, en la que se tuvo su oferta como rechazada. Finalmente, precisó los medios de pruebas y solicitó unos adicionales (f. 85-138 c.1). Frente a la corrección de la demanda, el consorcio adjudicatario y el I.D.U., se pronunciaron como a continuación se expone:

4.1. El *Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR* reiteró los argumentos de la contestación a la demanda inicial y agregó la excepción de *legalidad del acto administrativo de adjudicación,* bajo el entendido de que era justificado rechazar la propuesta del consorcio demandante, porque uno de sus integrantes no se encontraba al día con los aportes de pensiones al momento de presentación de la oferta, dado que estaba en trámite la suscripción de un acuerdo de pago con la administradora del fondo de pensiones Protección S.A., esto es, según su dicho, la parte actora no se encontraba al día por ese concepto y por lo tanto, incumplió con los preceptos de la Ley 789 de 2002. Sumado a lo anterior, puso de presente que de igual forma procedía el rechazo, en virtud de la omisión de Integral S.A., como integrante del consorcio, de reportar algunos contratos que se encontraba ejecutando al momento de radicación de la oferta, que podían afectar su capacidad residual de contratación y pese a la observación formulada en ese sentido, remitió la información de manera incompleta. Sobre dicho aspecto, señaló que sí se envió la comunicación en la que se le solicitó la enmienda y, que aún en caso contrario, la oferta seguía siendo objeto de rechazo, porque se trataba de complementación, lo cual no estaba permitido (f. 144-162 c.1).

4.1.1. Precisó que el incumplimiento del requisito de la capacidad residual de contratación, impedía la comparación objetiva de las propuestas, con lo que se vulneraban el deber de selección objetiva y el principio de transparencia, así como el derecho a la igualdad. Finalmente, adicionó la solicitud de pruebas.

4.2. Por su parte, el I.D.U. se limitó a reiterar los argumentos esbozados en la contestación a la demanda inicial (f. 166-180 c.1).

5. En primera instancia se practicó el dictamen pericial solicitado por la parte actora, cuyo objeto era que se determinara “*el valor de los daños y perjuicios causados al CONSORCIO NQS SUR con la no adjudicación del concurso IDU-CM-DTC-009-2003 a su favor”* (f. 103, 183-184 c.1).

5.1. El dictamen fue realizado por una economista (f. 1-9 c.4), quien explicó que en consideración a que el Consorcio NQS Sector Sur, presentó una propuesta múltiple que incluía los tramos I y II, era necesario calcular la utilidad dejada de percibir para cada uno de los tramos, porque lo más factible, era que se le adjudicara un solo tramo y no se sabía cuál habría podido ser. En ese orden de ideas, indicó de conformidad con los términos de referencia, el valor del A.I.U. estaba incluido en el valor total de la propuesta y, luego de realizar las operaciones correspondientes, concluyó que la utilidad era la siguiente: Tramo I: $711 300 000,oo y Tramo II: $612 750 000,oo. Adicionalmente, indicó que el A.I.U. era de $790 333 333,oo para el Tramo I y $680 833 333,oo para el Tramo II.

5.2. El I.D.U. **objetó por error grave** el dictamen al considerar que los antecedentes planteados no corresponden a lo que se había solicitado y que los perjuicios calculados carecían de fundamento, máxime si se tenía en cuenta que hizo el cómputo con base en los dos tramos, de donde se desprendía que sus conclusiones eran solo especulaciones (f.215-216 c.1).

6. Una vez se agotó el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se ***corrió traslado a las partes para alegar*** (f. 233 c. 1), oportunidad en la que reiteraron los argumentos expuestos en la demanda, en las contestaciones y a lo largo de la primera instancia. La parte actora, agregó que no podía valorarse el testimonio de la señora María Isabel Patiño, porque aquella no compareció a la hora indicada, sino minutos después de que se había cerrado la audiencia por su inasistencia y pese a que ya se había retirado el apoderado de las instalaciones del despacho sustanciador (f.234-238, 239-250, 251-256 c.1).

7. El 1 de agosto de 2007, se profirió ***sentencia******de primera instancia*** (f. 275-307 c. ppal.)[[2]](#footnote-2), en la que el *a quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Consorcio Troncal Transmilenio NQS-Sur y negó las pretensiones de la demanda.

7.1. El *a quo* indicó que si bien se presentó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con fundamento en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en el caso de la referencia debía entenderse y tramitarse con fundamento en el artículo 87 *ibídem*, toda vez que se pretendía la nulidad de la resolución de adjudicación de un concurso, esto es, un acto previo a la celebración del contrato con el restablecimiento del presunto derecho lesionado. Frente a la legitimación en la causa, advirtió que las sociedades que integraron el Consorcio NQS Sector Sur y el I.D.U., estaban legitimados por activa y por pasiva respectivamente, sin embargo, los integrantes del Consorcio Troncal Transmilenio NQS Sur, no ostentaban tal calidad porque no profirieron la resolución controvertida. Finalmente, adujo que en el expediente no obraba constancia de comunicación, notificación o publicación de la resolución n.° 11948 y que si bien se desconocía la fecha en que debía empezarse a contar el término de caducidad, como el referido acto se profirió el 19 de noviembre de 2003 y la demanda se presentó el 19 de diciembre siguiente, no habían transcurrido los 30 días de que trataba el inciso 2 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y por lo tanto, era oportuna.

7.2. Explicó que con fundamento en el material probatorio, estaba acreditado el daño que sufrió la parte actora, esto es, no ser la adjudicataria del concurso n.° IDU-CM-DTC-009-2003, cuyo objeto era contratar la interventoría para dos tramos de la adecuación de la troncal NQS sector sur al sistema Transmilenio, razón por la que debía analizarse si aquel era antijurídico y, en consecuencia, centró el estudio en la demostración de la capacidad de contratación residual, porque esa fue la causal de rechazo de su oferta.

7.2. Manifestó que de conformidad con los términos de referencia del concurso y el Decreto 92 de 1998, era indispensable que se reportaran los contratos que se encontraban en ejecución para deducir su potencial real de cumplimiento, por lo que era un factor que debía incluirse en la propuesta. Advirtió que la actora no relacionó los contratos a los que hizo referencia la observación presentada por el Consorcio Troncal Transmilenio NQS Sur, por lo que el I.D.U. dispuso la recolección de esa información a través de un requerimiento y el oferente aportó algunos documentos con el escrito de contra-observaciones, los cuales no fueron aceptados por la entidad al considerar que no permitían establecer el estado real de los contratos sobre los que versó el reparo, decisión que el *a quo* encontró acertada, al considerar que *“era insuficiente para determinar su capacidad residual de contratación, toda vez que no se aportaron los documentos idóneos o no se presentaba claridad con relación a ese aspecto, que como bien es sabido, debe definirse de manera precisa pues la referida capacidad involucra un resultado matemático*”.

7.3. Frente a la discusión de que el proponente no dio respuesta al requerimiento del I.D.U., para determinar los contratos que continuaban en ejecución para el momento de presentación de la oferta, el *a quo* indicó que de conformidad con los elementos materiales de prueba recaudados, se evidenciaba que la comunicación en la que se solicitó la información, no fue remitida al consorcio demandante, sin embargo, no existía justificación para que aquella se omitiera en la oferta, toda vez que era un deber previamente establecido en el pliego de condiciones.

7.4. Aseguró que fue acertada la decisión de la entidad de rechazar la oferta del Consorcio NQS Sector Sur, porque no relacionó la totalidad de los contratos de la sociedad INTEGRAL S.A., ni el estado en que se encontraban, con lo que se impidió la comparación objetiva con las otras propuestas, en aras de determinar la capacidad residual de contratación. Adicionalmente, puso de presente que era una obligación que tampoco cumplió con el escrito de contra-observaciones.

7.5. Concluyó que la parte actora no demostró haber presentado la mejor propuesta, toda vez que omitió la relación completa de los contratos de uno de sus integrantes, sumado a que no desvirtuó que las demás ofertas, incluida la del adjudicatario, fueran mejores que la suya.

8. La anterior decisión fue **apelada** en tiempo por la parte demandante (f. 310, 318-331 c. ppal.), que en síntesis sustentó su desacuerdo con la decisión de la siguiente forma:

8.1. Reiteró los argumentos expuestos a lo largo de la primera instancia y enfatizó que de conformidad con la definición de capacidad residual, contenida en el artículo 1 del Decreto 92 de 1998, para su cálculo no era necesario que los contratos estuvieran terminados, sino que solo debía relacionarse su valor y señalar el presupuesto que se hubiere ejecutado a la fecha de presentación de la propuesta. Lo anterior en concordancia con el numeral 3.5 de los términos de referencia.

8.2. Insistió en la discusión respecto de la remisión del fax que contenía el requerimiento de información, sobre el estado de los contratos de uno de los integrantes del consorcio, que según su interpretación, no influían en la capacidad de contratación residual, la cual podía determinarse fácilmente, aun con la sumatoria de todos los negocios jurídicos objeto de reproche y que de entenderse que no se dio respuesta, tampoco era causal de rechazo establecida en la ley o en los términos de referencia, razones para declarar la ilegalidad de la resolución de adjudicación y acceder a las pretensiones de la demanda.

9. Luego de que se admitiera el recurso (f. 338 c. ppal.), se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 340 c. ppal.), oportunidad en la que el I.D.U. y la parte actora, reiteraron sus argumentos (f. 341-345, 346-357 c. ppal.).

10. Mediante auto del 18 de septiembre de 2013 se aceptó el impedimento manifestado por el consejero Ramiro Pazos Guerrero y, en consecuencia, se le separó del conocimiento del presente asunto (f.386, 388 c. ppal.).

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

11. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida para que un asunto sea conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, es la que exceda de 100 S.M.L.M, y en el presente caso, la mayor de las pretensiones asciende a la suma de $ 984 000 000,oo, por concepto de la utilidad dejada de percibir al no ser la adjudicataria del Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, razón por la cual, supera el monto exigido para el efecto (f. 86, 103 c. 1).

**II. De la procedencia y oportunidad para incoar la acción**

12. En el caso bajo examen procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la resolución n.º 11498 del 19 de noviembre de 2003, por medio de la cual se adjudicó el concurso de méritos n.º IDU-CM-DTC-009-2003, porque no está acreditado en el expediente, la celebración del correspondiente contrato de manera previa a la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que para el año 2003, estaba en vigencia la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por la Ley 446 de 1998[[3]](#footnote-3).

13. En concordancia con lo anterior, se tiene que, frente a la caducidad de la acción, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos, como los que en esta oportunidad se demandan, es de treinta (30) días, contados a partir de su comunicación, notificación o publicación.

13.1. En el caso bajo examen, se advierte que el 19 de noviembre de 2003 -fecha en la cual se adelantó la audiencia de adjudicación-, se comunicó a los oferentes que el Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, tramo I, sería adjudicado al Consorcio Troncal Transmilenio NQS-Sur (acta de audiencia de adjudicación del 19 de noviembre de 2003, f.254-293 c.3). Adicionalmente, la resolución n.º 11498, por medio de la cual se adjudicó dicho concurso, se profirió en la misma fecha, esto es, el 19 de noviembre de 2003 (copia del referido acto administrativo, f.92-93 c.2) Por lo tanto, al contabilizar los 30 días hábiles con que contaba la parte actora para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que vencían el 26 de enero de 2004 y dado que la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2003 (f.1 y 21 c.1), es evidente que no había fenecido la oportunidad para incoar la acción, porque, se reitera, no obra constancia en el expediente de la suscripción del correspondiente contrato, razón por la cual, se continuará con el análisis de la controversia.

**III. De la legitimación en la causa**

14. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido que respecto de la legitimación en la causa, existen dos clases a saber: i) la de hecho que se refiere al actuar en el proceso como demandante o demandado, cuando se ha iniciado en ejercicio del derecho de acción, en razón de la pretensión procesal y ii) la material, que corresponde a la participación o vínculo entre las personas –sean parte o no del proceso- con la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la demanda, esto es, los titulares de las relaciones jurídico sustanciales, por lo que puede suceder que quien está legitimado de hecho puede no estarlo materialmente. Sobre este tópico, se ha establecido[[4]](#footnote-4):

*En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra[[5]](#footnote-5). De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:*

«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»[[6]](#footnote-6).

14.1. Es del caso advertir que la ausencia de legitimación en la causa no inhibe al juzgador para pronunciarse de mérito, en consideración a que ésta es un elemento de la pretensión y no de la acción*,* motivo por el cual, no se relaciona con un aspecto puramente procesal sino sustancial del litigio[[7]](#footnote-7). De esta manera, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, el juzgador deberá denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o, el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.

14.2. La Sala pone de presente que de conformidad con la demanda y el material probatorio que obra en el expediente, el Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR, adjudicatario del concurso n.º IDU-CM-DTC-009-2003, tramo I, puede verse afectado por la decisión que se adopte en el proceso de la referencia, en donde se está controvirtiendo la legalidad del acto administrativo que tuvo su propuesta como la mejor y más favorable para la entidad, razón para modificar en ese sentido la decisión adoptada por el *a quo* y, en consecuencia, tenerlo por legitimado en la causa por pasiva, en consideración a que la relación material que dio origen a la relación procesal, deviene del acto de adjudicación aquí enjuiciado, en los términos descritos de manera precedente.

**IV. Validez de los medios de prueba**

15. La Sala pone de presente que el testimonio de la señora Astrid Rocío Patiño, fue tachado de “*falso”[[8]](#footnote-8)*, en consideración a que la deponente trabajaba como ingeniera civil en Silva Carreño y Asociados, integrante del Consorcio NQS Sector Sur (declaración de la señora Astrid Rocío Patiño, f. 107 c.2). En ese sentido, es del caso precisar que su declaración no puede ser descartada ni puede dejar de valorarse, sino que por el contrario, se hará en conjunto con los demás elementos de prueba que obran en el expediente, en aras de verificar la certeza de su dicho, bajo el entendido de que se consideró un testimonio sospechoso en virtud de su vinculación laboral con la parte actora y del que se alegó, provenía un interés[[9]](#footnote-9).

16. Frente al testimonio de María Isabel Patiño, en su calidad de directora de la demandada para la fecha de los hechos, la parte actora, en sus alegatos de conclusión en primera instancia, indicó que no podía valorarse, porque aquella no compareció a la hora indicada, sino minutos después de que se había cerrado la audiencia por su inasistencia y pese a que ya se había retirado el apoderado de las instalaciones del despacho sustanciador (f.234-238, 239-250, 251-256 c.1). Sobre dichas manifestaciones, consta en el expediente que el 4 de octubre de 2005, a las 8:30 a.m. se dispuso la apertura de la audiencia pública con el fin de recibir el mencionado testimonio, que luego de un tiempo prudencial, sin la comparecencia de la señora Patiño, fue cerrada (f. 141 c.2).

16.1. De igual forma, consta un acta de la misma fecha, a las 8:45 a.m., en la que se indicó (f. 141 c.2):

***EL DESPACHO ORDENA LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA A PESAR DE LA CONSTANCIA DEJADA MINUTOS ANTES SOBRE INASISTENCIA DE TESTIGO POR CUANTO SE CONSIDERA QUE ES DEBER DEL JUEZ PRACTICAR LA PRUEBA Y DADA LA EXCUSA PRESENTADA POR LA TESTIGO, ANTE LA ESCASA DIFERENCIA DE MINUTOS SE INTENTÓ BUSCAR AL APODERADO EN LA PARTE EXTERNA DEL EDIFICIO PERO NO SE ENCONTRÓ. SE CONCEDE LA PALABRA A LA TESTIGO, QUIEN MANIFESTÓ:*** *Me hice presente al despacho a las 8:42 a.m. y me encontré con el DR. JAIRO ROSERO apoderado de la parte actora a la salida del corredor quien me manifestó que había cerrado la audiencia, a lo cual le manifesté que no entendía el por qué. En la medida que lo importante es colaborar con la administración de justicia para que los hechos de la presente demanda se esclarezcan y que es irrisorio frente a la contundencia de los argumentos discutir por un minuto más o menos para definir de manera descortés por parte del apoderado que no se lleva a cabo la diligencia decidí ingresar a este despacho y entregar mi testimonio. Presente en el despacho y teniendo en cuenta que no estamos frente a un interrogatorio de parte sino de una manifestación de testigo de carácter voluntario procedo a dar mi versión de los hechos relacionados con la adjudicación objeto de la presente acción que busca la nulidad de la resolución 11498 del 19 de noviembre de 2003. En cualquier caso estoy atenta a atender cualquier requerimiento del despacho para ampliar o complementar lo que he manifestado. (…)*

16.2. No obstante, la parte actora solo se pronunció sobre su inconformidad con la recepción del testimonio de la señora María Isabel Patiño, con el escrito de los alegatos de conclusión, esto es, no solicitó la reprogramación de la diligencia ni recurrió el auto que corrió traslado para alegar, razón por la cual, esta Sala hará la correspondiente valoración de ese medio de prueba, en conjunto con los demás elementos recaudados.

**V. Hechos probados**

17. De conformidad con lo anterior, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

17.1. El 20 de agosto de 2003, mediante resolución n.° 6683, el I.D.U. ordenó la apertura del Concurso Público IDU-CM-DTC-009-2003[[10]](#footnote-10), con el objeto de contratar la interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, ambiental y social del desarrollo de los dos contratos de concesión a través de los cuales se había otorgado una concesión de obra y mantenimiento para que los concesionarios realizaran, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la adecuación de la troncal NQS sector sur al sistema Transmilenio y el mantenimiento de las mismas por un término de 5 años, en alguno de los dos tramos a saber, tramo I: calle 10 y la Escuela de Policía General Santander y Tramo II: Escuela de Policía General Santander y la avenida Ciudad de Villavicencio (copia de la referida resolución, en concordancia con el objeto discriminado en los correspondientes términos de referencia, f. 89-93 c.2 y 320-321 c.3), con un plazo estimado de ejecución de 82 meses contados a partir de la fecha de iniciación y un presupuesto oficial de $12 934 826 013,oo (términos de referencia y adendo n.º 2, f. 306, 329, 415-416 c.3).

17.2. Para efectos de su participación en el Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, el 23 de septiembre de 2003, las sociedades Integral S.A., Silva Fajardo y Compañía Ltda. y Silva Carreño y Asociados S.A., constituyeron el Consorcio NQS Sector Sur (copia del acto de constitución, f. 26-27 c.1).

17.3. Por su parte, en los aspectos concernientes al objeto de la controversia, los términos de referencia del Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, dispusieron (términos de referencia, adendos n.° 1 y 2, f. 306- 658 c.3).

***2.8. RECHAZO DE LA PROPUESTA***

*Cualquier ambivalencia, imprecisión, omisión, desviación, error y/o incumplimiento de las instrucciones de estos* ***Términos de Referencia,*** *en las partes esenciales de las* ***Propuestas****, que impida su posibilidad de comparación bajo las reglas de selección objetiva de este* ***Concurso****, será causa suficiente para rechazarlas.*

*Si un* ***Proponente*** *encontrare una contradicción o un error en estos* ***Términos de Referencia*** *durante la preparación de su* ***Propuesta,*** *deberá informarlo por escrito al* ***IDU****, para que éste proceda a aclarar o corregir, de ser necesario, esa deficiencia.*

*(…)*

***3. REQUISITOS LEGALES DE PARTICIPACIÓN***

*Las* ***Propuestas*** *presentadas para el presente* ***Concurso*** *deberán sujetarse en un todo a los requisitos legales de participación descritos en el presente numeral, sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos que hayan sido establecidos en otros apartes de estos* ***Términos de Referencia.***

*El cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente numeral 3 de los* ***Términos de Referencia,*** *dará lugar a la elegibilidad de los* ***Proponentes.*** *La omisión de cualquiera de los requisitos que aquí se establecen o cualquier error en su contenido, hará que el* ***Proponente*** *sea considerado como* ***no Elegible*** *para efectos de la evaluación de su* ***Propuesta,*** *salvo que expresamente se señale lo contrario en estos* ***Términos de Referencia.***

*(…)*

***3. 5. CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACIÓN***

*La capacidad residual de contratación como consultor del* ***Proponente*** *deberá ser igual o superior al valor del presupuesto oficial para cada uno de los* ***Tramos*** *para los cuales el* ***Proponente*** *pretenda presentar una* ***Propuesta****, expresado en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.). Para el caso de* ***Consorcios*** *o* ***Uniones Temporales,*** *se sumarán las capacidades residuales de contratación como consultor de cada uno de los integrantes del mismo.*

*Para el caso de* ***Propuesta Múltiple,*** *la capacidad residual de contratación del* ***Proponente*** *deberá ser igual o superior al valor del presupuesto oficial para cada uno de los* ***Tramos*** *para los cuales está presentado* ***Propuesta.***

*Con el fin de obtener la capacidad de contratación residual como consultor de los* ***Proponentes*** *(personas naturales o jurídicas presentadas individualmente), o de los miembros de un* ***Proponente*** *presentado bajo la modalidad de* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal****, se tendrá en cuenta la siguiente información, relacionada en el cuadro del Anexo 7 de los* ***Términos de Referencia.***

1. *El valor total de los contratos de consultoría adjudicados y que aún no tienen orden de iniciación. En el caso de haber sido adjudicados a un* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal*** *del cual el* ***Proponente*** *o alguno de sus miembros es parte, deberá informar únicamente el valor que corresponde al* ***Proponente*** *o a sus miembros, de acuerdo con su porcentaje de participación.*
2. *El saldo a la fecha de cierre del* ***Concurso****, del valor de todos los contratos de consultoría en ejecución o suspendidos, incluidos los adicionales. En el caso de haber sido contratados bajo la forma de un* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal*** *del cual el* ***Proponente*** *o alguno de sus miembros es parte, deberá informar únicamente el valor que corresponde al* ***Proponente*** *o a sus miembros, de acuerdo con su porcentaje de participación.*

*La capacidad residual de contratación como consultor (KRC) del* ***Proponente*** *(personas naturales o jurídicas presentadas individualmente), o de los miembros de un* ***Proponente*** *presentado bajo la modalidad de Consorcio**o Unión Temporal, se determinará con la siguiente fórmula:*

*KRC= KMC-VT*

*Donde:*

*KRC: Capacidad Residual de Contratación.*

*KMC: Capacidad Máxima de Contratación como consultor, inscrita en el RUP de la Cámara de Comercio.*

*VT: Sumatoria del valor de los literales “a” y “b”, expresada en SMMLV.*

*Por su parte, la capacidad residual de contratación como consultor (KRC) de los* ***Proponentes*** *que se presenten bajo la modalidad de* ***Consorcio*** *o Unión* ***Temporal****, se obtendrá de la suma simple de las KRC de cada uno de los miembros del* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal*** *(obtenido mediante la aplicación de la fórmula atrás expresada) de la siguiente manera:*

*KRC’= (KRC1) + (KRC2)*

*Donde:*

*KRC’: Capacidad Residual de Contratación del* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal.***

*KRC: Capacidad Residual de Contratación de los miembros del* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal****, según su número de integrantes****.***

*Cuando en una* ***Propuesta Múltiple*** *el* ***Proponente*** *ha sido seleccionado como* ***Adjudicatario*** *para el primer* ***Tramo,*** *el valor correspondiente al* ***Tramo*** *adjudicado será descontado de la capacidad residual de contratación del* ***Proponente*** *mediante la aplicación de la fórmula anteriormente consignada, a fin de determinar si el* ***Proponente*** *ha presentado una* ***Propuesta Elegible*** *para el* ***Tramo 1,*** *sin perjuicio de la evaluación de cumplimiento del resto de requisitos descritos en estos* ***Términos de Referencia.***

*Si la capacidad residual de contratación como consultor es inferior a la exigida según este numeral, la* ***Propuesta*** *presentada será considerada como una* ***Propuesta no Elegible*** *dentro del* ***Concurso.***

*En el evento en que un miembro de un* ***Proponente Plural*** *participe de los dos* ***Tramos*** *en* ***Proponentes Plurales*** *diferentes, la capacidad residual de dicho miembro del* ***Proponente Plural*** *que participa en* ***Proponentes Plurales*** *diferentes para cada* ***Tramo*** *se descontará de manera proporcional a su participación en el* ***Proponente Plural Adjudicatario*** *del* ***Tramo 2.***

*(…)*

***5. SUJECIÓN A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA***

*Las* ***Propuestas*** *deberán presentarse para el objeto establecido en los presentes* ***Términos de Referencia*** *y ajustarse en todos y cada uno de los puntos, a los formularios anexos y a las condiciones estipuladas en ellos y en particular a la minuta del* ***Contrato de Interventoría*** *que figura como Anexo 1 de los mismos.*

*(…)*

***5.10. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA***

*La* ***Propuesta*** *deberá contener, además de los documentos solicitados en otras partes de estos* ***Términos de Referencia*** *que no se mencionen aquí, los siguientes documentos presentados en el mismo orden que se establece a continuación y cumpliendo los requisitos contenidos en estos* ***Términos de Referencia****:*

*1. Carta de presentación de la* ***Propuesta*** *firmada por el* ***Proponente*** *cuando éste sea una persona natural, o por el representante legal, si el* ***Proponente*** *es una persona jurídica o si la* ***Propuesta*** *se presenta bajo la modalidad de* ***Consorcio*** *o* ***Unión Temporal,*** *según el formato que se suministra para el efecto (Anexo 5). En la carta de presentación de la* ***Propuesta*** *se deberá hacer claridad en caso de tratarse de una* ***Propuesta Múltiple.***

*(…)*

*16. Acreditación de la capacidad residual de contratación de conformidad con el formulario incluido en el Anexo 7 del presente* ***Pliego.***

*(…)*

***6.2. ACLARACIÓN DE PROPUESTAS***

*A fin de facilitar el examen y evaluación de las* ***Propuestas,*** *el* ***IDU****, a través del funcionario que se designe, podrá pedir a un* ***Proponente*** *que aclare su* ***Propuesta.*** *La solicitud de aclaración y la respuesta correspondiente se harán por escrito, y no se pedirán, ofrecerán ni permitirán cambios en los aspectos substanciales de la* ***Propuesta.***

*El* ***IDU*** *se reserva el derecho de verificar cualquier información aportada por los* ***Proponentes,*** *ya sea en las* ***Propuestas*** *o en las respuestas a la solicitud de aclaraciones. Por el solo hecho de la presentación de la* ***Propuesta****, los* ***Proponentes*** *autorizan al* ***IDU*** *para la consulta de información de diverso carácter y se comprometen a facilitar la obtención de la información necesaria para dicha verificación.*

*Para todos los efectos, en desarrollo de las aclaraciones sobre las* ***Propuestas,*** *el* ***IDU*** *observará lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.*

***6.3.3. Criterios para la evaluación de las Propuestas***

***6.3.3.1. Requisitos Legales.***

*El cumplimiento de todos los requisitos legales enumerados en el numeral 3 de estos* ***Términos de Referencia,*** *se considera como un factor de calificación que únicamente dará lugar a la calificación de la* ***Propuesta*** *como una* ***Propuesta Elegible,*** *cuando se cumplan todos los requisitos legales; o como una* ***Propuesta no Elegible*** *cuando la omisión de la documentación exigida impida la comparación objetiva de las* ***Propuestas.***(Subraya la Sala)

*En la evaluación de las* ***Propuestas*** *el* ***IDU*** *dará aplicación al principio establecido por el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual, la ausencia de requisitos o la falta de documentación referentes a la futura contratación o al* ***Proponente,*** *no necesarios para la comparación objetiva de las* ***Propuestas,*** *no servirá de título suficiente para el rechazo de la* ***Propuesta*** *presentada.*

*Se consideran requisitos legales para efectos de estos* ***Términos de Referencia*** *aquellos indicados en los numerales 3.1.; 3.2.; 3.3.; 3.4. y 3.5.*

*Será necesario que en esta evaluación las* ***Propuestas*** *hayan obtenido la calificación de* ***Propuesta Elegible*** *para proceder a la evaluación sobre la “aceptabilidad” de la* ***Propuesta,*** *y por ende, para poder resultar* ***Adjudicatarios*** *del* ***Concurso****.*

17.4. El anexo 7 -“*cuadro para acreditar la Capacidad Residual de Contratación de personas naturales y jurídicas y miembros de consorcio o unión temporal”-,* exigía la información de contratos en ejecución de la siguiente manera: a) contratos adjudicados (sin inicio); b) contratos en ejecución o suspendidos. Adicionalmente, la capacidad máxima de contratación y el total de contratos, expresados en salarios mínimos legales mensuales vigentes, con la consecuente capacidad residual de contratación (anexo 7, formulario de capacidad residual de contratación*,* f. 487 c.3).

17.5. La propuesta del Consorcio NQS Sector Sur fue “*aceptable*” y “*elegible*” en la evaluación inicial para los tramos I y II, con una capacidad de contratación residual de 1 191 867, 83 S.M.M.L.V., teniendo en cuenta que el mínimo de la referida capacidad era de 20 907,28 para el tramo I y 18 053, 04 para el tramo II. Adicionalmente, cumplió con todos los requisitos legales exigidos en los términos de referencia (documento de evaluación inicial del Concurso Público IDU-CM-DTC-009-2003, f. 232-254 c.3).

17.6. El informe de evaluación de las propuestas fue puesto a disposición de los oferentes, del 20 al 24 de octubre de 2003, con el fin de que se presentaran las observaciones que consideraran pertinentes (acta de audiencia pública de adjudicación del 19 de noviembre de 2003, f. 254-305 c.3).

17.7. En ese término, el Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR radicó escrito en el indicó que de conformidad con la certificación de la revisoría fiscal de Integral S.A., como integrante del Consorcio NQS Sector Sur, para la fecha de presentación de la oferta tenía en trámite un acuerdo de pago con el fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN, de donde se desprendía que esa sociedad no se encontraba al día con el cumplimiento de sus obligaciones parafiscales, aspecto frente al cual la entidad declaró que no procedía la observación, toda vez que el mencionado fondo certificó que los pagos fueron realizados en los plazos concedidos para el efecto (Anexo n.° 1, Concurso Público n°. IDU-CM-DTC-009-2003, respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes, f.184-194, c.2).

17.8. De igual forma, el Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR solicitó que se verificara el estado de ejecución de algunos contratos suscritos por Integral S.A., como integrante del Consorcio NQS Sector Sur, porque no fueron relacionados en el anexo 7 de la propuesta del consorcio demandante, a saber (Anexo n.° 1, Concurso Público n°. IDU-CM-DTC-009-2003, respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes, f.184-194, c.2):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Nº.** | **País** | **Objeto** |
|  | Puerto Rico | Diseño de las instalaciones eléctricas de iluminación y tomas para estaciones del tren metropolitano de San Juan de Puerto Rico. |
|  | El Salvador | Auditoría técnica, eléctrica y mecánica en el hospital I.S.S. de San Salvador. |
|  | Costa Rica | Diseño definitivo del proyecto hidroeléctrico Daniel Gutiérrez. // Asesoría para el diseño de las presas de hormigón compactado con rodillo para los proyectos hidroeléctricos Pirris y Peñas Blancas.  |
|  | Ecuador  | Diseño para construcción del proyecto hidroeléctrico Quijos. // Evaluación energética del sistema Mazar. // Estudios de rehabilitación de 183 KM de vías de Riobamba y en Salitre // estudios para la reconstrucción de la vía Portoviejo-Rocafuerte Tosagua. |
|  | Venezuela  | Plan Maestro de la Cuenta del Río Caroní. // Ingeniería Básica para la desviación del Río Socuy y otros cauces. |
|  | República Dominicana | Proyecto de aprovechamiento múltiple del Río Mao-Presa Monción. // Ampliación de la carretera Santiago-Navarrete. // Estudios de impacto ambiental, selección de rutas y topográficas de líneas de transmisión y subestaciones. // Reparaciones preventivas de la presa sabana yegua. // Estudio de demanda de la carretera Santo Domingo-Cruce Rincón de los Molinillos. // Ajuste de Pérdidas por el huracán Georges.  |
|  | Perú  | Supervisión de 265 KM de rehabilitación de la carretera Panamericana. // Diseño de 330 km de rectificación entre la carretera Panamericana y Ayacucho. // Supervisión de rehabilitación de 110 km de la carretera Cuzco-Combapata. // Supervisión de seis puentes. // Supervisión de 268 km de vías en la sierra. // Diseño de ocho puentes entre 120 m y 240 m de longitud de la carretera Panamericana. // Diseño de dos vías en la selva peruana (en total 230 km).  |

17.9. El Consorcio NQS Sector Sur, emitió escrito de contra-observaciones el 28 de octubre de 2003, en el que se refirió al acuerdo de pago que estaba en trámite con Protección y a los contratos enlistados por el Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR, indicando respecto de cada uno, la fecha en la cual fueron concluidos, sin embargo, aclaró lo siguiente:

*(…)*

* ***Contratos concluidos parcialmente, sin acuerdo vigente de recursos comprometidos para concluirlos***
* *Diseño de las instalaciones eléctrica de iluminación y tomas para estaciones del tren metropolitano de San Salvador* (sic) *de Puerto Rico. Concluido en diciembre 31 de 2002.*
* *Reparaciones preventivas de la presa Sabana Yegua. República Dominicana. Agosto 31 de 2003.*
* *Plan Maestro de la Cuenta del río Caroní. Venezuela. Concluido en el 2002.*

*Se adjuntan los documentos que prueban todo lo informado por Integral S.A.*

17.10. La Subdirectora Técnica de Licitaciones y Concursos suscribió el oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003, por medio del cual se solicitaba al representante legal del Consorcio NQS Sector Sur, documento emitido por el contratante –certificación, acta de recibo-, donde se determinara el estado actual –terminado, en ejecución o suspendido de los siguientes contratos: 1) Auditoría técnica, eléctrica y mecánica en el hospital I.S.S. de San Salvador (El Salvador); 2) Asesoría para el diseño de las presas de hormigón compactado con rodillo para los proyectos hidroeléctricos Pirris y Peñas Blancas (Costa Rica); 3) Plan Maestro de la Cuenta del Río Caroní (Venezuela); 4) Ingeniería Básica para la desviación del Río Socuy y otros cauces (Venezuela); 5) Ajuste de Pérdidas por el huracán Georges (República Dominicana); 6) Supervisión de la ampliación de la carretera Santiago-Navarrete (República Dominicana); 7) Reparaciones preventivas de la presa Sabana Yegua (República Dominicana) y 8) Diseño de las instalaciones eléctricas de iluminación y tomas para estaciones del tren metropolitano de San Juan de Puerto Rico (Puerto Rico) (copia del oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003, f.47-49 c.2).

17.11. El anexo n.° 7 de la oferta del Consorcio NQS Sector Sur, proponente Integral S.A., no contiene la relación de los contratos por los cuales se presentó la observación y que originaron el requerimiento de la entidad a través del oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003 (anexo n.° 7, sociedad Integral S.A., f. 164-168 c.3).

17.12. En la carta de presentación de la propuesta del Consorcio NQS Sector Sur, se indicó la siguiente información: dirección: carrera 46 n°. 52-36 piso 13; teléfono: 5115400 Ext. 100; fax: 5510407; Medellín (copia del anexo n.° 5 de la propuesta del Consorcio NQS Sector Sur, f.1-3 c.3).

17.13. En el oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003, se consignó el teléfono 5115400 extensión 100 y el fax 5510407 y se anexó al mismo, un reporte de conexión del 4 de noviembre de 2003, a las 16:11 horas, en el que se lee la anotación a mano “*IDU-179581 Consorcio NQS Sector Sur. Confirma: Liliana Mosquera”.*

17.14. De igual forma, para el 9 de octubre de 2003, a las 14:23 se remitió el oficio IDU-155664, suscrito por la Subdirectora Técnica de Licitaciones y Concursos, en el que solicitó información al representante legal del Consorcio NQS Sector Sur, en cuyo texto se consignó el teléfono 5115400 extensión 100 y el fax 5510407 y tiene la anotación “*IDU-155664 Consorcio NQS Sector Sur. IDU-CM-DTC-009-2003. Confirma: Esperanza Calle”* (copia del oficio IDU-155664 del 9 de octubre de 2003, f.50-52 c.2), requerimiento que fue contestado por el consorcio el 15 de octubre siguiente (copia del oficio 088614 del 15 de octubre de 2003, f.53-55 c.2).

17.15. Para el 17 de octubre de 2003, a las 17:48, la entidad envió el oficio IDU-161395 –teléfono: 5115400 extensión 100, fax: 5510407-, en el que se informó al representante legal del Consorcio NQS Sector Sur que el informe de evaluaciones ya estaba disponible para observaciones, en el reporte de envío se indicó: “*IDU-161395, Consorcio NQS Sector Sur. IDU-CM-DTC-009-2003. Confirma: Liliana Mosquera”* (copia del oficio IDU-161395 del 17 de octubre de 2003, f.58-59 c.2).

17.16. La comunicación sobre la realización de la audiencia pública de adjudicación, se remitió el 18 de noviembre de 2003, a las 18:05, a través del oficio IDU-186687 –teléfono: 5115400 extensión 100, fax: 5510407-, en el reporte se consignó: “*IDU-186687, Consorcio NQS Sector Sur. Aud. Adj. IDU-CM-DTC-009-2003. Confirma: Liliana Mosquera”* (copia del oficio IDU-186687 del 18 de noviembre de 2003, f.56-57 c.2).

17.17. Finalmente, la entidad indicó que solicitó al representante legal del consorcio que remitiera los certificados expedidos por las contratantes donde se determinara el estado en el que se encontraban 8 de los 24 contratos a los que hizo referencia la observación, porque con el escrito de contra–observaciones, el proponente aportó documentos solo respecto de unos negocios jurídicos. La entidad acogió la observación y rechazó la propuesta de conformidad con los numerales 6.2. y 2.8. de los términos de referencia, argumentando que no fue posible verificar la información de los contratos en ejecución y que podían afectar la capacidad residual de contratación (Anexo n.° 1, Concurso Público n°. IDU-CM-DTC-009-2003, respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes, f.184-194, c.2).

17.18. En consecuencia, en la evaluación final, se rechazó la oferta del Consorcio NQS Sector Sur para los dos tramos (documento de evaluación final del Concurso Público IDU-CM-DTC-009-2003, f. 166-172 y 173-183 c.2).

17.19. En la audiencia pública de adjudicación, el consorcio demandante solicitó que se les diera a conocer la fecha y hora del envío de la comunicación por medio de la cual se les requirió la información, a lo que la directora general de la entidad, manifestó que de acuerdo con el reporte de la Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos, la misma se remitió vía fax al número registrado en la propuesta y fue recibida por la señora Liliana Mosquera en calidad de secretaria de la “*presidencia del consorcio”*;ante las dudas generadas, se hicieron recesos en la audiencia para adelantar gestiones, cuyo resultado fue el siguiente (copia del acta de la audiencia pública de adjudicaciones n.º 50 del 19 de noviembre de 2003, f.254-293 c.3):

*(…)*

*La Directora procede a dar respuesta al* ***CONSORCIO NQS SECTOR SUR****, señalando que según información de los funcionarios de la Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos, el fax enviado por la entidad sobre el requerimiento al Consorcio fue remitido al número registrado en la propuesta original presentada y confirmado por la señora Liliana Mosquera, secretaria de Presidencia del Consorcio. En efecto, la funcionaria Yaneth Sánchez de la Subdirección de Licitaciones informó a la Directora lo siguiente: “acabo de llamar y confirmar si ella trabaja allá y confirmé que Liliana Mosquera es la secretaria de Presidencia del Consorcio”.*

*(…)*

*Se reanuda nuevamente la audiencia y la Directora lee el reporte entregado por la Subdirección Técnica de Recursos Físicos señalando que se intentó llamar dos veces al número que no es, es decir al 094 5510407 y que fue suministrado por el proponente en su Carta de Presentación. Así mismo informa que se va a solicitar el subsane al CONSORCIO NQS SECTOR SUR, para que informen el estado de los contratos.*

*Sobre el particular (…) del CONSORCIO TRONCAL TRANSMILENIO NQS-SUR, se opone a la decisión tomada por la administración, por ser violatorio al proceso de selección objetiva, manifiesta que se debe proceder a adjudicar, porque el consorcio que él representa como proponente no puede ser involucrado en una falsa motivación dada por otro oferente relacionando información que no corresponde a la realidad.*

*Sin embargo la Directora revisa nuevamente el reporte entregado por la Subdirección Técnica de Recursos Físicos (documentos que forman parte de esta acta –Anexo n.° 2) así: el día 5 de noviembre de 2003, se intentó llamar dos veces al número que no es y que fue reportado en la carta de presentación del CONSORCIO NQS SECTOR SUR, es decir, al 094 551 0407 a las 16.50 y las 16.51 respectivamente y se marcó al número 094 5115400 a las 16.55, que de igual forma fue señalado por el proponente, el cual corresponde al conmutador de la firma INTEGRAL en la ciudad de Medellín, del cual dieron línea para el envío de la comunicación, según informó la funcionaria de la Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos y del cual sí se encuentra el reporte. En todo caso reitera que los números que aparecen marcados por la entidad, según el reporte oficial de la misma, coinciden con los reportados por el proponente en su propuesta en la carta de presentación (Anexo n.°3).*

*Por lo anterior, la doctora María Isabel manifiesta que se retracta de la decisión anterior, toda vez que ese reporte que se encuentra grapado al oficio 179581 (Anexo n.° 1), no lo acredita como prueba de envío del fax, porque solo tiene una anotación a mano de alguien, no tiene número de fax de la firma INTEGRAL ni ningún otro número de fax. Manifiesta que desestima ese papel como prueba de que el fax no se envió y por el contrario, acoge el reporte oficial de la máquina central de la entidad (Anexo n°2), en donde sí se certifica que sí se marcó al teléfono de INTEGRAL. Esta circunstancia sumada a la declaración de la funcionaria Yaneth Sánchez sobre el envío del fax y la confirmación por parte de la secretaria de presidencia, le permiten concluir que:* (Subraya la Sala)

*1- El reporte oficial de la central de comunicaciones del IDU señala que a las 16:55 del 5 de noviembre de 2003, se marcó al número señalado por INTEGRAL en su propuesta (ver Anexo n°3).*

*2- Que según lo informado por la funcionaria de la Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos, el recibo del fax, fue confirmado por la secretaria de presidencia de la firma INTEGRAL, quien es integrante del CONSORCIO NQS SECTOR SUR. (…)*

17.20. Frente al contrato para el diseño de las instalaciones eléctricas de iluminación y tomas para estaciones del tren metropolitano de San Juan de Puerto Rico (Puerto Rico), obra el otrosí del 7 de octubre de 2002, con plazo hasta el 31 de diciembre de 2002, por un valor de USD$ 220.000,oo (copia de otrosí del 7 de octubre de 2002, suscrito entre Integral S.A. y Redondo/Entrecanales SE, f.1414-1413 c.2).

17.21. C.V.G. Electrificación del Caroní C.V.G. EDELCA indicó que el contrato n.° 103-21, suscrito con Integral S.A. y otras sociedades, para el estudio del plan maestro de la cuenca del Río Caroní, para el 28 de octubre de 2003, se encontraba en proceso de corrección de observaciones y tuvo un costo de 2 114 242 614, oo Bolívares (copia de la certificación expedida el 28 de octubre de 2003 por la empresa C.V.G. Electrificación del Caroní, f.1412 c.2).

17.22. Por su parte, el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos de Santo Domingo (República Dominicana), señaló en una certificación preliminar, que el consorcio Integral/Hanson-Rodríguez, “*ha ejecutado técnicamente un 90% estimados de los proyectos de referencia, los cuales están pendientes de algunos aspectos de revisión final y cierre”* y el monto del origen del contrato en USD$ 1 052 543, oo -7) -Reparaciones preventivas de la presa Sabana Yegua (República Dominicana)- (copia de la certificación expedida el 19 de agosto de 2003 por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos de Santo Domingo, f.1411 c.2).

17.23. El Consorcio NQS Sector Sur manifestó que si bien se cometió un error de digitación en la carta de presentación de la propuesta, respecto del número de fax al que debían enviarse las comunicaciones surgidas con ocasión del concurso público, lo cierto era que el I.D.U. había subsanado la situación, por lo que recibieron los oficios del 17 y 23 de octubre y 18 de noviembre de 2003, sin embargo, no tuvieron conocimiento del fechado 5 de noviembre de 2003, en el que se les requirió la información correspondiente a los contratos objeto de observaciones (oficio del 21 de noviembre de 2003, suscrito por el representante legal del consorcio demandante y dirigido a la directora de la entidad, f. 223-226 c.1).

17.24. Las Empresas Públicas de Medellín informaron que la línea telefónica 5115400 estaba registrada a nombre de Integral S.A. en la carrera 46 n.º 52-36 interior 1000, de la ciudad de Medellín, instalada desde el 20 de marzo de 1962, para uso comercial y señal llamada PBX. Agregó que no le era posible certificar que “*en determinado momento presta el servicio de fax”* (oficio n.º 1228612 del 13 de junio de 2005, de las Empresas Públicas de Medellín, f. 139-140 c.1).

17.25. Rodolfo Jiménez, en calidad de ingeniero civil, colaboró en la elaboración de la propuesta del Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR, razón por la que aseguró que pese a la observación generada en la omisión del reporte de los contratos que tenía Integral S.A. en el exterior, no fue posible establecer el estado en que se encontraba la totalidad de los enlistados, porque en el escrito de contra-observaciones, se allegaron unos documentos parciales, por lo que se le rechazó la oferta en concordancia con los términos de referencia. Adicionalmente, señaló que la directora del I.D.U. encontró probado que sí se envió el fax con el requerimiento de esa información, así como que ese participante indicó un número errado de teléfono (declaración del señor Rodolfo Jiménez, f. 102-103 c.2). En ese mismo sentido, se pronunció Jorge Ramírez, quien en calidad de ingeniero civil, estuvo vinculado al consorcio que presentó las observaciones (declaración del señor Jorge Ramírez, f. 103 c.2).

17.26. Por su parte, Astrid Rocío Patiño, ingeniera civil en Silva Carreño y Asociados, integrante del Consorcio NQS Sector Sur, insistió en que no recibieron el fax con el requerimiento de información, que el reporte era diferente a los de las comunicaciones que sí recibieron, en virtud de la subsanación que la entidad hizo del error en el número que reportaron en la oferta. Agregó que en la audiencia no se les solicitó indicar el estado de los contratos. Aportó documentos según los cuales, en un proceso en el que sucedió algo similar, lo declararon desierto, además de un cálculo que reflejaba que ellos habrían sido adjudicatarios (declaración de la señora Astrid Rocío Patiño, f. 107 c.2).

17.27. María Isabel Patiño en su calidad de directora de la entidad para la fecha de los hechos, se refirió a lo sucedido en la audiencia de adjudicación (declaración de la señora María Isabel Patiño, f. 142 c.2).

**VI. Problema jurídico**

18. Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso se debe declarar la nulidad de la resolución n.º 11498 del 19 de noviembre de 2003, expedida por la Dirección General del Instituto de Desarrollo Urbano –I.D.U.-, por medio de la cual se adjudicó el Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, al Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR y, en consecuencia, si procede el reconocimiento de los perjuicios solicitados por las sociedades Integral S.A., Silva Fajardo y Cía. Ltda. y Silva Carreño & Asociados S.A., como integrantes del Consorcio NQS Sector Sur.

18.1. Para el efecto, deberá analizarse lo siguiente: i) si la presunta omisión en la que habría incurrido el consorcio demandante, sobre información de contratos vigentes, implicaba el rechazo de la propuesta y/o afectaba su capacidad de contratación residual y ii) en caso de que fuera aceptable y elegible, si era la mejor oferta y, en consecuencia, debía ser la adjudicataria del Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003.

**VII. Análisis de la Sala**

**19. De la nulidad de la resolución n.º 11498 del 19 de noviembre de 2003**

19.1. La Sala reitera que el recurso de apelación insistió en los argumentos expuestos a lo largo de la primera instancia, esto es, en que aún en el evento en el que el proponente haya recibido el requerimiento sobre los contratos objeto de la observación a la propuesta, negándose a responder o simplemente no lo hiciera por negligencia, la suma del valor de los contratos que originaron las observaciones no afectaba su capacidad de contratación residual, sumado al hecho de que los términos de referencia, no disponían el rechazo de una oferta por la ausencia de respuesta a una comunicación originada en el concurso, máxime porque de los documentos aportados por el proponente, se desprendía la situación en la que se encontraban los contratos que se le reprocharon a uno de sus integrantes.

19.2. Adicionalmente, insistió en que de conformidad con la definición de capacidad residual, contenida en el artículo 1 del Decreto 92 de 1998, para su cálculo no era necesario que los contratos estuvieran terminados, sino que solo debía relacionarse su valor y señalar el presupuesto que se hubiere ejecutado a la fecha de presentación de la propuesta, razón por la que era suficiente la información aportada y procedía la adjudicación del contrato a la oferta por ellos presentada.

19.3. Con el fin de resolver los argumentos esbozados por la parte actora, es necesario indicar que en eventos como el presente, para la prosperidad de las pretensiones se requiere la comprobación de que el acto de adjudicación es ilegal, que no recayó sobre la mejor oferta y que el demandante fue quien presentó la propuesta que, cumpliendo todos los requisitos del respectivo pliego de condiciones y aplicando los criterios de calificación contenidos en el mismo, fue la más favorable para la administración y a pesar de ello, fue injusta e ilegalmente privado de la adjudicación[[11]](#footnote-11). Adicionalmente, la Sala reitera que los pliegos de condiciones o términos de referencia, determinan los parámetros técnicos, jurídicos y financieros que deben observar, tanto la entidad que adelanta el proceso, como quienes participan en él, con el fin de salvaguardar el cumplimiento de los fines estatales a través de los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad. En ese sentido, los referidos pliegos contienen los derechos y deberes de los intervinientes durante la etapa previa, de ejecución y terminación del negocio jurídico, haciéndose parte integral de éste[[12]](#footnote-12).

**20. De la determinación de la capacidad de contratación residual**

20.1. De conformidad con lo anterior, la Sala debe analizar si le asiste razón a la recurrente, respecto de que su oferta no debió ser rechazada porque la entidad contaba con toda la información necesaria para determinar su capacidad de contratación residual o, si por el contrario, la presunta omisión de reportar los contratos vigentes de uno de sus integrantes impedía la comparación objetiva de las propuestas en virtud de lo establecido en los términos de referencia.

21. En ese orden de ideas, está probado que la oferta del consorcio demandante, fue objeto de observaciones conforme a las cuales, el consorciado Integral S.A., tenía una serie de contratos vigentes que no fueron reportados en el Anexo n.° 7 de la oferta (supra pár. 15.7. y 15.8.).

22. Con ocasión de ese reproche, el Consorcio NQS Sector Sur, se pronunció sobre los contratos enunciados por el otro proponente y aportó algunos certificados, con los que la entidad logró establecer la fecha de terminación y el valor de los mismos (supra pár. 15.9.), sin embargo, quedaron pendientes ocho negocios jurídicos, en los que no existe certeza de su culminación ni la suma a la que ascendían. En efecto, la información suministrada por el proponente, se limitó a indicar que cinco de ellos estaban concluidos[[13]](#footnote-13) y los tres restantes “*concluidos parcialmente, sin acuerdo vigente de recursos comprometidos para concluirlos”[[14]](#footnote-14)*(supra pár. 17.9. y 17.10.).

23. En concordancia con lo anterior, la Sala destaca que si bien es cierto, los contratos objeto de observación involucraban a uno solo de los integrantes del Consorcio, esa circunstancia podría afectar la capacidad de contratación residual del oferente, bajo el entendido de que lo que acontece con alguno de los miembros de esa forma de asociación, determina sus características. En efecto, sobre la naturaleza de este tipo de cooperaciones, la Subsección ha señalado[[15]](#footnote-15):

*Cabe anotar que la razón de ser de los consorcios o uniones temporales es justamente la unión de fuerzas y requisitos para presentar una oferta. Son instrumentos de asociación que tienen por finalidad lograr la cooperación o colaboración entre los sujetos que la componen, para alcanzar un objetivo común.*

*El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define a los consorcios como aquella unión de dos o más personas en forma conjunta, para la presentación de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.*

*En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman. Las uniones temporales, por su parte, fueron definidas por la ley como la asociación de dos o más personas en forma conjunta que presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con el porcentaje de  participación de cada uno de los miembros de la unión temporal en la ejecución del contrato.*

*A su turno, en sentencia C-414 de 1994, la Corte Constitucional señaló que el consorcio es una institución propia del derecho privado, que se utiliza ordinariamente como un “instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso pero conservando los consorciados su independencia jurídica”.*

24. En línea con lo expuesto, es del caso insistir en que el numeral 3.5 del pliego de condiciones, dispuso que la capacidad de contratación de los oferentes, sería el resultado del valor total de los contratos de consultoría adjudicados y sin orden de iniciación y el saldo del valor de todos los contratos de consultoría en ejecución o suspendidos, incluidos los adicionales, a la fecha de cierre del concurso. Según los términos de referencia, era un requisito de orden legal, cuya omisión, convertía la propuesta en no elegible, en el evento en que impidiera la comparación objetiva de las ofertas (numeral 6.3.3.1., f.379 c.3); para el efecto, debía incluirse esa información en el anexo n.º 7 (f.352-354 c.3 y supra pár. 17.4.).

25. En este punto, la Sala considera procedente traer a colación el contenido del artículo 1 del Decreto 92 del 13 de enero de 1998[[16]](#footnote-16) –vigente para la época de los hechos-, que sirvió de fundamento a la sentencia de primera instancia y al recurso de apelación, el cual disponía:

***Artículo 1º****. Definiciones. Para los efectos del presente decreto se atenderán las siguientes definiciones:*

*(…)*

*2. Capacidad residual*

*Es la capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista. La capacidad residual se exigirá por parte de las entidades estatales en el momento de presentar la propuesta cualquiera que sea la modalidad del contrato.*

*Para la capacidad residual se tomarán todos los contratos que esté ejecutando en forma general: privados, estatales incluyendo los que se exceptúan de Registro en la Cámara de Comercio artículo 22 de la Ley 80 de 1993 inciso 6 y los que se tengan por participación en sociedades, consorcios o uniones temporales.*

*(…)*

26. Sobre la ejecución o suspensión de un contrato y su incidencia en la capacidad de contratación residual de un proponente, en aras de determinar hasta qué punto puede adquirir obligaciones en el marco del negocio jurídico al que se está aspirando a través del proceso de adjudicación, la jurisprudencia de esta Corporación señaló[[17]](#footnote-17):

*A los proponentes habilitados por cumplir con esta capacidad mínima, se les evaluaría seguidamente la capacidad residual. Los términos de referencia contemplaron que ésta se obtendría “restando de su capacidad de contratación establecida en el Registro Único de Proponentes... el valor por realizar de los contratos que el proponente tenga en proceso de ejecución y cuyo plazo de terminación sea posterior a la fecha del cierre del concurso y un mes más” (subrayas de la sala).[[18]](#footnote-18)*

*No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, subsiste el vínculo contractual.*

*Para los efectos que la entidad contratante busca con la determinación de la capacidad residual de los oferentes, cual es el de asegurar que el proponente tiene la disponibilidad de ejecutar el objeto del contrato, lo lógico es que tenga en cuenta los contratos que el oferente tiene pendientes, es decir, los que haya celebrado con otra entidades y que al momento de aspirar a uno nuevo, no haya terminado. En ese sentido debe entenderse la expresión “los contratos que el proponente tenga en proceso de ejecución”, proceso que se inicia con la celebración de los mismos y va hasta que se terminen, independientemente de las fases que en ese proceso ocurran, por ejemplo, la suspensión. Lo que en ese momento se pretende, es conocer el grado de compromiso que puede adquirir el proponente y ello se define teniendo en cuenta las obligaciones que adquirió con anterioridad a la licitación y que estén vigentes al momento de presentar una nueva oferta.*

*Así que no puede interpretarse literalmente la expresión “en ejecución”, señalada en los términos de referencia como lo pretende el demandante, por cuanto mientras el proponente tenga obligaciones anteriormente contraídas, aún vigentes, éstas incidirán para que su capacidad de contratación aparezca comprometida y por consiguiente, disminuida. [[19]](#footnote-19)*

27. En ese orden de ideas, la Sala advierte que la sola manifestación de que un contrato estaba concluido, sin el correspondiente soporte ni los datos referentes a su valor, impedían contar con los elementos necesarios para que la entidad que estuviera adelantado el proceso de contratación, estimara la capacidad real de contratación residual. Por lo tanto, es evidente que de conformidad con los términos de referencia del Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003, la sociedad Integral S.A., como integrante del Consorcio NQS Sector Sur, debía reportar en el anexo nº 7 de la propuesta, la relación de los contratos que no habían terminado y su cuantía.

28. En efecto, sin desconocer que la parte actora sostuvo que aunque se sumara la totalidad de los contratos que fueron objeto de observación, su capacidad de contratación residual no se veía afectada, lo cierto es que se trataba de un requisito legal de la propuesta, por lo que su omisión tornaba la oferta en no elegible, toda vez que no existían los elementos suficientes para hacer un cálculo verídico de ese ítem y la consecuente comparación objetiva de las ofertas. Es del caso resaltar, que en la presente controversia, solo existen elementos de prueba frente a tres de los ocho contratos reprochados.

29. Adicionalmente, la Sala no puede desconocer que el numeral 2.8. de los términos de referencia, sobre el rechazo de la propuesta, indicó que *“Cualquier ambivalencia, imprecisión, omisión, desviación, error y/o incumplimiento de las instrucciones de estos* ***Términos de Referencia,*** *en las partes esenciales de las* ***Propuestas****, que impida su posibilidad de comparación bajo las reglas de selección objetiva de este* ***Concurso****, será causa suficiente para rechazarlas*  (f. 342 c.3).

30. De conformidad con lo expuesto, es factible concluir que la omisión en la que incurrió el consorciado Integral S.A., en especial, frente a los contratos “*concluidos parcialmente, sin acuerdo vigente de recursos comprometidos para concluirlos”*(supra pár. 17.9.), tenía la virtualidad de convertir la propuesta en no elegible y, por ende, era procedente su rechazo. Sumado a lo anterior, debe ponerse de presente, que aún en el evento en que la entidad le hubiese permitido aportar la documentación correspondiente en la audiencia de adjudicación, en una interpretación estricta de los requisitos legales exigidos en los términos de referencia, se trataría de una modificación y no de una aclaración de la oferta, en un momento del concurso en el que ya habría precluido la oportunidad para el efecto[[20]](#footnote-20).

31. Del análisis conjunto y armónico del pliego de condiciones bajo los preceptos del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993 –vigente para el momento de los hechos-[[21]](#footnote-21), la Sala advierte que la finalidad del requisito de reportar los contratos vigentes, era establecer la capacidad de contratación residual de los oferentes, que para el concurso público objeto de controversia, se fijó en 20 907,28 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el tramo (supra pár. 15.5.).

32. Es pertinente recordar, que no se cuenta con el dato correspondiente a cinco de los ocho contratos que quedaron sin información de estado actual. Frente a los otros tres se tiene:

* Diseño de las instalaciones eléctricas de iluminación y tomas para estaciones del tren metropolitano de San Juan de Puerto Rico (Puerto Rico): de conformidad con el otrosí del 7 de octubre de 2002, el plazo se extendió hasta el 31 de diciembre de 2002 y tenía un valor de USD$ 220.000,oo (supra pár. 15.20.), que en pesos colombianos correspondía a la suma de: $ 632 808 000[[22]](#footnote-22).
* El estudio del plan maestro de la cuenca del Río Caroní, tuvo un costo de 2 114 242 614, oo Bolívares. Para la fecha de presentación de la propuesta, el cambio era USD1= 536 bolívares, por lo tanto, en pesos colombianos correspondía a la suma de $11 345 908 024,8[[23]](#footnote-23) (copia de la certificación expedida el 28 de octubre de 2003 por la empresa C.V.G. Electrificación del Caroní, f.1412 c.2, supra pár. 15.21.).
* Reparaciones preventivas de la presa Sabana Yegua (República Dominicana) el monto del origen del contrato en USD$ 1 052 543, oo (supra pár. 15.22.). En pesos colombianos: $ 2 981 791 166,42[[24]](#footnote-24).

33. La sociedad Integral S.A. participó en dichos contratos a través de asociaciones y en el expediente no obra información alguna sobre su porcentaje de participación en aquellas, razón por la cual, sin desconocer que debe tenerse en cuenta esa situación, se hará el cálculo con base en el monto total de los contratos a que se hizo referencia de manera precedente ($14 960 507 191,22) que corresponde a 46 461,20 salarios mínimos legales mensuales vigentes[[25]](#footnote-25). Al respecto, debe tenerse en cuenta que el consorcio demandante, ostentaba una capacidad de contratación residual de 1 191 867, 83 S.M.M.L.V., de modo que es evidente que esos tres contratos no le afectaban. No obstante, en el expediente no se cuenta con elementos que permitan determinar el monto ni el estado en el que se encontraban los otros cinco contratos, por lo que, se reitera, la imposibilidad de afirmar de manera cierta, que la sumatoria de los ocho contratos no afectaba la capacidad de contratación residual del proponente.

34. En otros términos, la no inclusión del valor y estado en el que se encontraban los cinco contratos restantes, a los que se ha hecho referencia, constituyó una omisión que impidió la comparación objetiva de las propuestas. Es del caso precisar, que la referida capacidad de contratación residual es un factor que permite la evaluación de la propuesta, es decir, es de aquellos requisitos que se consideran como necesarios para que un proponente pueda participar en el procedimiento de selección[[26]](#footnote-26) y para el caso concreto, no se tiene certeza de que el consorcio demandante lo cumplía a cabalidad, esto es, existen dudas sobre su estado y que estaba habilitado para continuar en el concurso.

35. En efecto, los elementos probatorios recaudados, dan cuenta de que el consorciado, diligenció el anexo n.º 7, sin embargo, no contiene la relación de los contratos por los cuales se presentó la observación y tampoco se remitió la información correspondiente con el escrito de contra-observaciones.

36. La jurisprudencia de la Sección, ha señalado que la entidad está en la posibilidad de rechazar una oferta, en aquellos eventos en los que el incumplimiento de requisitos impida la comparación objetiva[[27]](#footnote-27):

En criterio de esta Subsección la lectura que se puede hacer del numeral 4.3 del pliego de condiciones puede resultar muy amplia y ambigua, lo que *per se* no la hace ilegal, razón por la cual es obligatorio en esta sede hacer una interpretación armónica con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 –sin la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, la cual no es aplicable al presente caso-, en esos términos dice el referido numeral:

*“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.”*

Respecto a esto, en reciente pronunciamiento[[28]](#footnote-28) la Sala sostuvo lo siguiente:

*“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.”* Subrayado fuera del texto.

*De acuerdo con lo anterior, pone de presente la Sala que no cualquier informalidad insustancial tiene como consecuencia inmediata el rechazo de la oferta, pues, resultaría ello anti técnico y desproporcionado desde cualquier punto de vista.*

*(…)*

*Se reitera, que la Administración está facultada para descalificar o rechazar las ofertas, entre otros eventos:* ***i) Cuando las propuestas no cumplan con los requisitos necesarios para efectuar las comparaciones y en consecuencia resulta imposible asignar los puntajes establecidos en el pliego de condiciones*** *(artículo 25-15, Ley 80 de 1993). ii) cuando los ofrecimientos hechos, cotejados con los precios del mercado resulten artificialmente bajos, y* ***iii) en aquellos eventos explícitamente estipulados en el pliego de condiciones siempre que éste no se contradiga con la ley.*** *(negrilla del texto)*

*(…)*

37. En consecuencia, se advierte que en el proceso se acreditó que el proponente no cumplió a cabalidad el requisito habilitante de la capacidad residual de contratación, sumado a que la omisión en la que incurrió en su propuesta, respecto de reportar la totalidad de los contratos vigentes, impedía la comparación objetiva de las propuestas, porque si bien, inicialmente se determinó que contaba con una capacidad que superaba el tope establecido, lo cierto es que existían unos negocios jurídicos celebrados por uno de sus miembros, que aún a la fecha, se desconoce el estado en el que se encontraban para el momento de apertura del proceso de selección y el monto exacto de su valor, razón por la cual, era procedente el rechazo de la oferta. En otros términos, el ofrecimiento del consorcio demandante no se ajustaba a las exigencias del pliego de condiciones, dado que estaba incompleta en un aspecto habilitante, que también serviría como parámetro de comparación entre los oferentes y, en consecuencia, la presunción de legalidad de la resolución controvertida no fue desvirtuada.

**38. Del envío del oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003**

38.1. La parte actora adujo que el oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003, por medio del cual se les solicitó la información correspondiente a 8 de los 24 contratos objeto de observación, en consideración a que faltaban los soportes requeridos por la entidad a pesar del escrito de contra-observaciones, no fue recibido en sus instalaciones y tuvieron conocimiento del mismo en el desarrollo de la audiencia de adjudicación.

38.2. Agregó que en el desarrollo de la referida audiencia, se constató que el requerimiento no fue enviado, a diferencia de otras comunicaciones, con lo que la entidad había subsanado el error cometido por el proponente en la digitación del número de fax en la carta de presentación de la propuesta.

39. La Sala advierte que de conformidad con los elementos materiales de prueba, el número de fax que reportó el proponente, estaba errado (supra pár. 17.12. y 17.23.). Sin embargo, el otro número de teléfono allí consignado, esto es, el 5115400, sí correspondía a la sociedad Integral S.A., integrante del Consorcio NQS Sector Sur (supra pár. 17.24.).

40. Adicionalmente, está acreditado que los oficios IDU-155664 del 9 de octubre de 2003 -“*Confirma: Esperanza Calle”*- (supra pár. 17.14.), IDU-161395 del 17 de octubre de 2003, -*Confirma: Liliana Mosquera”*- (supra pár. 17.15.) y el IDU-186687 del 18 de noviembre de 2003, “*Confirma: Liliana Mosquera”* (supra pár. 17.16.), fueron enviados por la entidad y confirmados por el consorciado Integral S.A. y en ellos, constan los mismos números de teléfono que en el oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003 (supra pár. 17.13.).

41. Sumado a lo anterior, en el reporte general de llamadas salientes de la entidad, consta lo siguiente (f.26-28 c.2):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Fecha | Hora | Número llamado | Duración |
| 03-11-5 | 17:40:42 | 0945115400 | 0:01:33 |
| 03-11-5 | 17:41:46 | 0945115400 | 0:01:03 |

(…)

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Fecha | Hora | Número llamado | Duración |
| 03-11-5 | 16:50:37 | 0945510407 | 0:00:11 |
| 03-11-5 | 16:51:11 | 0945510407 | 0:00:24 |
| 03-11-5 | 16:55:16 | 0945115400 | 0:01:09 |

42. De conformidad con lo expuesto de manera precedente, está probado que el oficio IDU-179581 del 5 de noviembre de 2003, fue remitido al número de teléfono reportado por el proponente en su carta de presentación, en la misma forma en la que fueron enviadas las demás comunicaciones dentro del proceso de selección, esto es, a través del 5115400, que en todo caso, sí corresponde al consorciado.

43. Por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la parte actora frente a esa circunstancia y, contrario a lo afirmado en la demanda, el rechazo de la propuesta no se originó en la ausencia de respuesta al requerimiento, sino en la omisión de información relevante como requisito habilitante y como parámetro de comparación objetiva de las propuestas, como es la existencia de cinco contratos suscritos por uno de sus consorciados, respecto de los cuales no logró establecerse el monto y en el estado en el que se encontraban, sin que pueda entenderse que su alta capacidad de contratación residual determinada inicialmente, pudiera justificar la situación, bajo la suposición de que aún de tenerse en cuenta, aquella no se vería afectada.

44. En ese orden de ideas, del análisis conjunto del material probatorio que obra en el expediente, se tiene que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución n.º 11498 del 19 de noviembre de 2003, por medio de la cual el Instituto de Desarrollo Urbano adjudicó el Concurso Público n.º IDU-CM-DTC-009-2003 al Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR. Adicionalmente, debe recordarse que conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar los hechos planteados y en el presente caso, aún en el evento de que hubiese procedido la nulidad solicitada, la parte actora se limitó a aportar su propuesta, esto es, no se cuenta en el expediente con la oferta adjudicataria ni la de los demás participantes, en aras de adelantar el análisis correspondiente para determinar si realmente, su oferta debía ser la beneficiaria de la adjudicación[[29]](#footnote-29) y, en consecuencia, es procedente negar la totalidad de las pretensiones incoadas[[30]](#footnote-30).

45. Finalmente, dado que no prosperaron las pretensiones de la demanda, resulta inane resolver la objeción por error grave que presentó el I.D.U. contra el dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia, toda vez que aquel hace referencia a la cuantificación de los perjuicios alegados por la parte actora, partiendo del supuesto de hecho de que su propuesta debía ser la adjudicataria.

**VIII. Costas**

46. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**MODIFICAR** la sentencia del 1 de agosto del 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la cual quedará así:

**PRIMERO:** Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por los integrantes del Consorcio Troncal Transmilenio NQS-SUR.

**SEGUNDO:** NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala de la Subsección**

**(Impedido)**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. El Tribunal admitió la corrección de la demanda a través de providencia del 28 de julio de 2004 (f.140 c.1). [↑](#footnote-ref-1)
2. En la parte resolutiva de la decisión se consignó: “***PRIMERO.- DECLÁRESE*** *probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consorcio Troncal Transmilenio NQS-Sur. //* ***SEGUNDO.- NIEGUENSE*** *las pretensiones de la demanda, toda vez que no se probó el elemento de responsabilidad de daño antijurídico.//* ***TERCERO.- NIEGUENSE*** *la condena en costas. // (…)* [↑](#footnote-ref-2)
3. **ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.**  Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. *Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. //* El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. (…) [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016, expediente n.º 37434, C.P.: Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-4)
5. [25] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).* [↑](#footnote-ref-5)
6. [26] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), C.P. Mauricio Fajardo Gómez y, sentencia del 1 de marzo de 2006, exp. 15001-23-31-000-1992-02402-01(13764), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-7)
8. ***CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. ARTÍCULO 218. TACHAS.****Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindiera de toda otra prueba. // Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración. // El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.*  [↑](#footnote-ref-8)
9. Sobre valoración de testimonios sospechosos, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2015, expediente n.º 28666, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “*Es así como, la valoración mediante la sana crítica, requiere, además, el análisis en conjunto de las pruebas y un ejercicio de ponderación de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, desechando sólo aquellas que encuentre ilegales, indebidas o inoportunamente allegadas al proceso. // Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad. // 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 de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancia que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración.* [↑](#footnote-ref-9)
10. La apertura del Concurso Público IDU-CM-DTC-009-2003, se programó para el 1 de septiembre de 2003 y el cierre para el 1 de octubre de 2003 (términos de referencia y adendo n.º 2, f. 306, 337, 339, 342 c.3), en cuya apertura de urna, se contabilizaron 13 propuestas, entre las que se encontraba la del Consorcio NQS Sector Sur para los tramo 1 y 2 (copia del acta de la audiencia pública de adjudicaciones n.º 50 del 19 de noviembre de 2003, f.254-293 c.3). [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente n.º 27507, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2015, expediente n.º 28239, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-12)
13. Se reitera que son los siguientes contratos: i) Auditoría técnica, eléctrica y mecánica en el hospital I.S.S. de San Salvador (El Salvador); ii) Asesoría para el diseño de las presas de hormigón compactado con rodillo para los proyectos hidroeléctricos Pirris y Peñas Blancas (Costa Rica); iii) Ingeniería Básica para la desviación del Río Socuy y otros cauces (Venezuela); iv) Supervisión de la ampliación de la carretera Santiago-Navarrete (República Dominicana) y v) Ajuste de Pérdidas por el huracán Georges (República Dominicana). [↑](#footnote-ref-13)
14. Se hace referencia a: i) Diseño de las instalaciones eléctrica de iluminación y tomas para estaciones del tren metropolitano de San Juan de Puerto Rico (Puerto Rico); ii) Reparaciones preventivas de la presa Sabana Yegua (República Dominicana) y iii) Plan Maestro de la Cuenta del Río Caroní (Venezuela). [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2015, expediente n.º 32113, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-15)
16. **Por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones.** [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente n.º 14945, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-17)
18. [2] El concepto de *capacidad residual* está definido en el decreto 92 de 1998 (art. 1º), por el cual se reglamentó la clasificación y calificación en el registro único de proponentes, establecido en el art. 22 de la ley 80 de 1993. Se define como “la capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista. La capacidad residual se exigirá por parte de las entidades estatales en el momento de presentar la propuesta cualquiera que sea la modalidad del contrato”.

“Para la capacidad residual se tomarán todos los contratos que esté ejecutando en forma general: privados, estatales incluyendo los que se exceptúan del registro de la Cámara de Comercio artículo 22 de la Ley 80 de 1993 inciso 6º y los que se tengan por participación en sociedades, consorcios o uniones temporales”. [↑](#footnote-ref-18)
19. [3] Luis Guillermo Dávila Vinueza. en su obra *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, refiriéndose al tema de la capacidad residual de contratación, considera que la ejecución del contrato “cubre el período convenido para el cumplimiento del objeto o lo que es lo mismo para la ejecución de las prestaciones nacidas a cargo del contratista”. Y si bien, al finalizar el plazo, por lo general, cesa también la ejecución del contrato y se inicia la etapa final de liquidación, no debe tenerse en cuenta para efectos de la capacidad residual esa etapa de liquidación. (1ª edición, 2001. p. 143). La Sala es del parecer que no podría predicarse lo mismo ante la suspensión temporal del contrato, como quiera que la etapa de liquidación es indicativa de que se terminó la ejecución, lo que no sucede con la suspensión del plazo del contrato que generalmente es temporal. [↑](#footnote-ref-19)
20. TÉRMINOS DE REFERENCIA, CONCURSO PÚBLICO nº. IDU-CM-DTC-009-2003, NUMERAL *5.12. MODIFICACIÓN, ADICIÓN Y RETIRO DE PROPUESTAS. // Los* ***Proponentes****, podrán modificar, adicionar o retirar sus* ***Propuestas****, siempre y cuando la notificación por escrito de modificación, adición o retiro sea recibida por el* ***IDU*** *antes de la fecha y hora de cierre del* ***Concurso.*** *(…) // Ninguna* ***Propuesta*** *se podrá modificar o retirar después de la fecha y hora de cierre del* ***Concurso*** *y apertura de las* ***Propuestas.***  [↑](#footnote-ref-20)
21. ***Artículo******25º.-****Del Principio de Economía. En virtud de este principio:  (…) 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. (…)* [↑](#footnote-ref-21)
22. La tasa de cambio representativa del mercado (TRM) para el 7 de octubre de 2002, era de $2876,40. http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&\_scid=UDdqwcPm2YI, consultada por el despacho sustanciador el 16 de junio de 2017, a las 17:50. [↑](#footnote-ref-22)
23. En consideración a que no se cuenta con la fecha de presentación de esa oferta, se hará el cambio del dólar para el 7 de octubre de 2002, esto es, $2876,40. [↑](#footnote-ref-23)
24. La tasa de cambio representativa del mercado (TRM) para el 30 de agosto de 2003, era de $2832,94. http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&\_scid=UDdqwcPm2YI, consultada por el despacho sustanciador el 16 de junio de 2017, a las 17:55. [↑](#footnote-ref-24)
25. El salario mínimo legal mensual vigente para el 2003 era de $332.000. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, expediente n.º 22783, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, expediente n.º 37463, C.P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-27)
28. *[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, Exp.:25.804, M.P. Enrique Gil Botero.*  [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 11 de junio de 2015, expediente n.º 29671, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de marzo 9 de 2011, exp.15550, C.P. Hernán Andrade Rincón; de 5 de abril de 2013, exp. 25.591, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y de 3 de mayo de 2013, exp. 25595, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-30)