**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Actos precontractuales**

Se precisa aquí que aquellos actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual -conocidos como actos previos-, constituyen verdaderos actos administrativos pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla.

En igual forma, se reafirma que la declaratoria de desierta constituye un acto que se produce en el escenario de un procedimiento de contratación y, por tanto, constituye un acto administrativo susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Finalmente, se pone de presente que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

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

Se debe tener presente que el documento de términos de referencia constituye el compendio de las reglas y condiciones de las diversas actuaciones dentro del procedimiento precontractual, como, por ejemplo, aquellas que rigen la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, en su caso. En este orden de ideas, se advierte que el pliego de condiciones es ley del procedimiento de contratación y, por ello, constituye una regla básica para el análisis de legalidad del acto de adjudicación, o, como en este caso, del acto de declaratoria de desierta. Así las cosas, el estudio de las razones por las que se impugnó la declaratoria de desierta tiene que pasar por el análisis de las reglas del pliego de condiciones. Se pone de presente, igualmente, la presunción de legalidad que ampara el acto de declaratoria desierta, la cual debe ser desvirtuada por la demandante, con fundamento en las pruebas que acreditan los supuestos de hecho que expone en la demanda, para salir avante con la pretensión de nulidad planteada, en este caso, mediante la prueba de la forma como supuestamente fueron transgredidas las reglas del pliego de condiciones.

**ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL - Servicios - Cobro pre jurídico - Cobro coactivo para recuperar la cartera**

La demandante consideró violadas las disposiciones contenidas en los artículos 4, 29 y 83 de la Constitución Política, en lo que se refiere al debido proceso y al postulado de la buena fe, al no habérsele permitido desvirtuar las actuaciones del distrito de Cartagena, ni ejercer su derecho de defensa. Igualmente, en su concepto de violación legal, la demandante invocó la transgresión de los artículos 4 y 24 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la única causa válida para declarar desierto el proceso de adjudicación es la imposibilidad de efectuar la selección objetiva y, en este caso, el distrito de Cartagena se apoyó en los errores e irregularidades de sus propios funcionarios, para efectos de declarar desierta la respectiva invitación pública. Por otra parte, la demandante observó que el distrito de Cartagena no puso a disposición de los proponentes el resultado de la evaluación de las propuestas.

**ACTO QUE DECLARA DESIERTA - Nulidad - Procedencia**

En el relación con la falencia del acervo probatorio, en este caso, resulta útil hacer hincapié en los siguientes documentos que no se allegaron, pero que la demandante debía tener en su poder , en original o en copia simple y, por tanto, estaba en posibilidad de aportar: i) Los términos de referencia de la invitación pública en la que participó; ii) la propuesta que presentó con sus anexos, iii) las comunicaciones que recibió de la fiduciaria solicitándole aclaraciones y iv) las respuestas que entregó a esa entidad para efectos de atender los requerimientos en el procedimiento de contratación y sus correspondientes anexos. En el asunto concreto tiene que concluirse, por falta de la prueba a su cargo, que la demandante no acreditó que la declaratoria de desierta estuviera apartada de la ley ni del pliego de condiciones. En este orden de ideas, se tiene que aceptar lo reseñado en el acto administrativo acusado, toda vez que, en virtud del principio de economía, consagrado en el artículo 25, numeral 18 de la Ley 80 de 1993, podía declararse desierto el procedimiento frente a la imposibilidad de realizar una comparación objetiva de las propuestas.

**PLIEGO DE CONDICIONES - Carga de la prueba - Partes**

La solución expuesta para el asunto sub lite amerita una consideración sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes del proceso precontractual, teniendo en cuenta que el procedimiento de contratación que ahora se estudia, se adelantó entre octubre y diciembre del año 2000, época para la cual la información pública de dichos procesos era exigua, máxime cuando el procedimiento de contratación se desarrollaba a través de la figura del encargo fiduciario, mediante una clase de contrato fiduciario que no aparece especificado en las pruebas que obran en el proceso; empero, se puede observar que la ejecución de dichos contratos, para esa época, no estaba sometida al reporte del procedimiento contractual previo en el sistema de información y vigilancia de la contratación estatal, en aquel entonces denominado SICE. Con lo anterior, se quiere significar que, no existiendo sistemas de publicidad para los documentos del proceso, la carga de la prueba estaba radicada básicamente en las partes y cada una dependía de lo que estaba en sus archivos y, ambas, de lo que se encontraba en poder de la fiduciaria que instrumentó el procedimiento de la respectiva contratación.

**PLIEGOS DE CONDICIONES - Requisitos habilitantes**

Bien se sabe que el estudio de los requisitos de los pliegos de condiciones ha derivado en una diferenciación, hoy incorporada en el estatuto de contratación estatal, entre los requisitos habilitantes y los factores técnicos y económicos de calificación de las propuestas, de la cual se ha observado por esta Subsección que los primeros se refieren a calidades de los proponentes y los segundos al contenido de la oferta. Ese asunto se estableció a partir de la Ley 1150 de 2007, con base en la identificación y separación de los denominados requisitos “habilitantes”, que bajo la nueva legislación no pueden otorgar puntaje, de acuerdo con el artículo 5, cuyo cumplimiento se constituye, entonces, en una condición o de acceso, admisibilidad o, legalmente, de “habilitación” del oferente para participar en el procedimiento de licitación. No obstante, para el presente proceso se debe tener en cuenta que en vigencia del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, fue permitido estructurar factores de calificación y asignación de puntaje indistintamente basados en los requisitos de los proponentes (hoy denominados habilitantes jurídicos, financieros y de organización) y en los contenidos de la oferta (factores técnicos y económicos de la propuesta).

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 13001-23-31-002-2001-01002-01(51365)**

**Actor: UT SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES**

**Demandado: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**

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

**TEMAS:** DECLARATORIA DE DESIERTA – CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LOS DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES - inactividad probatoria

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 02, el 24 de enero de 2014, mediante la cual se dispuso:

*“****NIÉGANSE*** *las pretensiones de la demanda”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 29 de junio de 2001, la UNIÓN TEMPORAL SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias[[1]](#footnote-1) (se transcribe textualmente, incluso con errores, de acuerdo con el escrito contentivo de la corrección de la demanda):

*“****NULIDAD****:*

*1. Que* ***se declare la nulidad*** *del acto presunto en virtud del cual se tiene por resuelto negativamente el recurso de reposición interpuesto en fecha 29 de diciembre de 2000 por* ***JAVIER ARIZA HEREDIA****, representante legal de la Unión Temporal.*

*“Dicho recurso pretendía la revocatoria de la Resolución No. 1457 del 7 de diciembre de 2000, que declaraba desierta una invitación pública para contratar.*

*“Bajo la gravedad de juramento declaro que a la fecha de presentación de este memorial, la administración Distrital de Cartagena de Indias no ha notificado a mi poderdante o al suscrito de cualquier decisión tomada frente al recurso de reposición interpuesto en fecha 29 de diciembre de 2000 por JAVIER ARIZA HEREDIA, representante legal de la Unión Temporal.*

*“2. Que se* ***declare la nulidad*** *de la resolución No. 1457 del 7 de diciembre de 2000 quedando por tanto sin efectos la declaratoria de desierta de la Invitación Pública para seleccionar al contratista que se encargará apoyar y asesorar en la Gestión Tributaria del Distrito de Cartagena.*

“**SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

*“3. Sírvanse DECRETAR la suspensión provisional de los actos acusados, hasta tanto no quede debidamente ejecutoriada la sentencia definitiva de las resultas del presente proceso.*

*“****RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO***

*“4.* ***QUE SE RESTABLEZCA EL DERECHO DEL DEMANDANTE****. En consecuencia* ***al DISTRITO DE CARTAGENA D.T.C.H.******Representado legalmente por su alcalde señor CARLOS DÍAZ REDONDO*** *o quien lo reemplace o haga sus veces en el momento de la notificación; se le condenará a pagar los daños y perjuicios ocasionados a la* ***UNIÓN TEMPORAL SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES****, conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto en forma Genérica, o se regule de conformidad con el procedimiento estatuido en el Art. 308 del Código de Procedimiento Civil.*

*“Igualmente se condenará al distrito de Cartagena a pagar a mi mandante las sumas de dinero que invirtió en la preparación de la propuesta que presentó en la invitación pública declarada desierta.*

*“Estimo en la suma de* ***CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS MCTE ($120’000.000,oo)*** *los costos en que incurrió la* ***UNIÓN TEMPORAL SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES*** *para la elaboración de su propuesta dentro de la invitación pública.*

*“Ahora bien, mi apadrinada tenía la expectativa de ganar en la ejecución del contrato que debía adjudicarse en esta invitación pública, lo correspondiente a la Administración, Utilidades Imprevistos (A.I.U.) contemplado en su propuesta.*

*“Ese AIU debe ser calculado sobre el porcentaje de honorarios a percibir de la cartera morosa tributaria del Distrito de Cartagena, sobre el cual se efectuarían las gestiones de asesoría y apoyo a que se contraía el objeto de la invitación, la cartera morosa que se asignaría al contratista, para la fecha de la invitación pública ascendía a la suma de $365.000’000.000,oo, que es sobre la cual se debe calcular el A.I.U.*

*“5.* ***La condena*** *respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A. y se reconocerán intereses moratorios desde la fecha de la ocurrencia de los hechos, hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que le da fin al proceso.*

*“Que una vez desatado y resuelto el recurso las anteriores peticiones y a título de suma adicional debida, se agreguen los valores por concepto de actualización histórica del dinero. Art. 4º numeral 8º Ley 80 de 1.993 y Artículo 1º Decreto 679 de 1994.*

*“6. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Art. 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*“7. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada”[[2]](#footnote-2).*

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Fiduciaria La Previsora S.A. efectuó una invitación pública con el objeto de contratar los servicios de cobro prejurídico y apoyo en el cobro coactivo para recuperar la cartera tributaria del Distrito de Cartagena, a cuyo cierre, en fecha 30 de octubre de 2000, acudieron tres proponentes, a saber: Unión Temporal Soluciones Tributarias Integrales, Consorcio Asesorías Jurídicas y Cobros Ltda – Afa Consultores y Constructores S.A. E.S.P. e Inversiones Los Ángeles Ltda.

**2.2.** Mediante Resolución 1457 de 7 de diciembre de 2000, el señor Alcalde Distrital de Cartagena de Indias D.T. y C, declaró desierta la invitación pública.

**2.3.** El 29 de diciembre de 2000, la Unión Temporal Soluciones Tributarias Integrales presentó recurso de reposición contra la Resolución 1457, el cual no le había sido resuelto a la fecha de presentación de la demanda[[3]](#footnote-3).

**2.4.** La demandante expuso los argumentos en los que se basó su recurso de reposición contra la antedicha resolución, explicando lo siguiente:

**2.4.1.** En la parte motiva de la Resolución 1457 no resultó claro si faltaba el informe de evaluación o si algunos proponentes no habían acreditado el requisito correspondiente al RUP[[4]](#footnote-4), pero, en todo caso, los miembros de la Unión Temporal Soluciones Tributarias Integrales cumplieron con entregar los registros correspondientes.

**2.4.2**. Las aclaraciones solicitadas por la fiduciaria sobre la falta de información en el balance de 1999, correspondiente a la sociedad Cabrera & Cabrera Ltda, miembro de la unión temporal, fueron suministradas advirtiendo que se había extraviado la copia del anexo de los estados financieros, pero que la información se encontraba en la declaración de renta aportada por esa sociedad. Agregó que tampoco procedían las consideraciones que realizó el distrito de Cartagena sobre la falta de firma de contador público en las declaraciones de renta de 1997 y 1998 y que la unión temporal había presentado en debida forma todos los documentos para demostrar su capacidad financiera. Estimó que, si había alguna falencia de los anexos de los estados financieros, el comité evaluador podía pedir que se subsanara con la entrega de los documentos correspondientes.

**2.4.3.** Indicó, también, que suministró la aclaración solicitada sobre la falta del balance de Global Corporation S.A. y de la declaración de renta de Gestión Financiera Integral Ltda, otras sociedades integrantes de la unión temporal, por cuanto para el año de1997 esas sociedades no explotaban su objeto social.

**2.4.4.** Rechazó la parte motiva de la Resolución 1457, en la cual se observó que las sociedades que conformaban la unión temporal no cumplieron con acreditar la duración por el plazo exigido para el contrato. En el recurso explicó que ese requisito se cumplió respecto de la proponente, que en ese caso era la unión temporal.

**2.5.** La demandante se opuso a las consideraciones de la Resolución 1457 relacionadas con la violación del debido proceso, en las cuales el distrito afirmó que al menos una de las proponentes habría tenido accedo previo al resultado de la evaluación, según lo desprendió de una comunicación que la unión temporal ahora demandante le dirigió a la Fiduciaria La Previsora S.A.

La demandante manifestó que nunca tuvo acceso al resultado de la evaluación y que sus observaciones contenidas en la carta de 9 de noviembre de 2000 se refirieron al mecanismo de evaluación y a las fórmulas de asignación de puntaje comúnmente utilizadas bajo la Ley 80 de 1993.

**2.6.** Finalmente, insistió en que su propuesta debió ser calificada como la mejor de acuerdo con la forma de evaluación de la oferta económica que dio a conocer la representante de la fiduciaria en la audiencia de aclaraciones.

**3. Concepto de violación**

La demandante consideró violadas las disposiciones contenidas en los artículos 4, 29 y 83 de la Constitución Política, en lo que se refiere al debido proceso y al postulado de la buena fe, al no habérsele permitido desvirtuar las actuaciones del distrito de Cartagena, ni ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, en su concepto de violación legal, la demandante invocó la transgresión de los artículos 4 y 24 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la única causa válida para declarar desierto el proceso de adjudicación es la imposibilidad de efectuar la selección objetiva y, en este caso, el distrito de Cartagena se apoyó en los errores e irregularidades de sus propios funcionarios, para efectos de declarar desierta la respectiva invitación pública.

Por otra parte, la demandante observó que el distrito de Cartagena no puso a disposición de los proponentes el resultado de la evaluación de las propuestas.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** Mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2001, la demandante renunció a la solicitud de suspensión provisional deprecada.

**4.2.** Una vez corregida la demanda, el Tribunal Administrativo de Bolívar la admitió, mediante auto de 7 de noviembre de 2001[[5]](#footnote-5).

**4.3.** Recibida la contestación a la demanda, se decretó la práctica de pruebas solicitadas por las partes, mediante auto de 19 de agosto de 2004[[6]](#footnote-6).

Las pruebas solicitadas se decretaron en su totalidad, con excepción del testimonio de la señora Claudia Bertel, pedido inicialmente por el distrito de Cartagena, por cuanto respecto de dicha funcionaria de la Fiduciaria La Previsora S.A. no se suministraron los datos para la citación, ni se enunció el objeto de la prueba[[7]](#footnote-7).

**4.4. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda, el distrito de Cartagena aceptó los hechos referidos a que la Fiduciaria La Previsora S.A. efectuó una invitación pública para el cobro prejurídico y el cobro coactivo de la cartera tributaria del distrito.

Indicó que no le constaban los hechos relacionados en el recurso de reposición y que solo se atendría a lo que se llegara a probar en relación con los juicios, valoraciones y conceptos que la parte actora expresó en la demanda.

Como consecuencia, el distrito de Cartagena rechazó las pretensiones presentadas por la demandante.

El distrito interpuso las siguientes **excepciones**: **i)** la parte actora no determinó los supuestos jurídicos y de hecho para concluir que el acto administrativo debe ser declarado nulo; **ii)** la declaratoria de desierta puede adoptarse por razones de conveniencia, de tal suerte que habiendo motivado el acto administrativo, el distrito no hizo sino extender mayores garantías a los licitadores.

Destacó que la ahora demandante indicó a la fiduciaria y a la administración distrital que las propuestas se dieron a conocer antes de ser publicadas, lo cual se debe someter al respectivo debate en el presente proceso[[8]](#footnote-8).

**4.5.** Mediante auto de 15 de diciembre de 2011 el despacho 001 de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar avocó conocimiento del proceso, en cumplimiento del Acuerdo PSAA 83427 de julio 29 de 2011, de conformidad con lo ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura. En la misma providencia se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

**4.6.** Mediante auto de 15 de mayo de 2012, se ordenó remitir el proceso a la secretaría del Tribunal *a quo* para un nuevo reparto a los magistrados de descongestión, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA12-9250 de 2012, del Consejo Superior de la Judicatura[[9]](#footnote-9).

**4.7.** En la oportunidad para alegar, las partes y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

**4.8. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 002, profirió sentencia el 24 de enero de 2014, mediante la cual decidió negar las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* observó que la demanda fue promovida en forma oportuna, toda vez que respecto del acto ficto no opera la caducidad de la acción, de acuerdo con el artículo 136 del CCA.

En el asunto concreto, la sentencia acotó el **problema jurídico** en dos aspectos: **i)** si la declaratoria de desierta estuvo ajustada a la ley y **ii)** si la propuesta de la parte actora le daba derecho a la adjudicación.

Sobre lo primero, advirtió que no fue demostrada la presencia de irregularidad en la declaratoria de desierta y que, según se desprende del acto acusado *“tampoco se cumplieron los plazos señalados en los términos de referencia, convirtiendo por tanto un trámite reglado en una actuación sujeta a la mera liberalidad del contratante, lo cual es inaceptable”.*

Especificó que, a diferencia de lo que afirmó la parte actora, sí es viable fundar la declaratoria de desierta en los errores u omisiones de los propios funcionarios, en cuanto se evidencie que se violaron los requerimientos para la selección objetiva y la transparencia del procedimiento, exigida por la ley.

La sentencia de primera instancia se detuvo en destacar la inactividad probatoria de la demandante, en cuanto a que ésta no allegó al proceso el pliego de condiciones o términos de referencia para permitir establecer los criterios bajo los cuales las propuestas debían ser evaluadas.

En cuanto al segundo aspecto del problema jurídico planteado, el Tribunal *a quo* puntualizó que en el proceso no existen elementos de juicio para establecer que la propuesta de la demandante era la mejor, por lo que concluyó que tampoco se probó que debía ser indemnizada con ocasión de la declaratoria de desierta.

**4.9. El recurso de apelación**

La Unión Temporal Soluciones Tributarias Integrales, actuando como demandante, impugnó la sentencia de primera instancia, mediante escrito presentado el 4 de marzo de 2014, en el cual sustentó el respectivo recurso de apelación[[10]](#footnote-10).

En la sustentación aseveró que con lo expuesto en la demanda se entiende que la parte actora acreditó que tenía la mejor propuesta y que, como consecuencia, la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

En las conclusiones de su apelación, la parte actora indicó que el Tribunal *a quo* solicitó la siguientes pruebas: **i)** copia auténtica de la totalidad de la correspondencia cruzada ente la alcaldía distrital de Cartagena y la Fiduciaria La Previsora S.A, relacionada con la invitación pública; **ii)** copia de la propuesta presentada por la unión temporal demandante; **iii)** copia de todas las piezas del procedimiento que se declaró desierto y **iv)** copia auténtica de la evaluación técnica. Observó que ni el distrito ni la fiduciaria aportaron los documentos antes requeridos, pese a que el Tribunal *a quo* les libró los oficios correspondientes en varias oportunidades, esto es, el 20 de octubre de 2004, el 24 de junio de 2005 y el 19 de septiembre de 2008.

La apelante afirmó que en una actitud de burla a las autoridades judiciales, las entidades públicas requeridas se abstuvieron de enviar la información que reposaba en sus archivos.

**4.10. Actuación en segunda instancia**

Recibido el expediente en el Consejo de Estado, el recurso fue admitido a través del auto de ponente de 22 de agosto de 2014.

En el escrito de apelación, la demandante solicitó ante el Consejo de Estado que se decretaran en segunda instancia las pruebas relacionadas con los documentos referidos al procedimiento de invitación pública.

En su oportunidad, el Despacho estimó que respecto de esa solicitud no se cumplían los requisitos del artículo 214 del CCA, dado que no se trataba de probar hechos nuevos y que tampoco se estaba en presencia de pruebas que dejaron de ser decretadas o practicadas por fuerza mayor o caso fortuito.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, mediante auto de 9 de diciembre de 2014, el Consejero ponente denegó las pruebas solicitadas en segunda instancia.

**4.11. Alegatos en segunda instancia**

La apelante afirmó que en la resolución acusada se observó que en los informes no se consignaron los resultados de la evaluación. De ello desprendió que era tan evidente la falta de evaluación, que la Fiduciaria La Previsora S.A. y el distrito de Cartagena hicieron caso omiso de la orden del Tribunal *a quo* para allegar al proceso las pruebas ordenadas.

Afirmó que, por el cambio de Alcalde, la nueva administración del distrito de Cartagena optó por declarar desierto el proceso de invitación pública, con argumentos sin ningún sustento.

Aseveró la apelante que con lo expuesto en la demanda se acreditó que la demandante presentó la mejor propuesta.

Relacionó los distintos requerimientos que realizó el Tribunal *a quo* sobre las pruebas requeridas y que no fueron atendidos por el distrito demandado ni por la fiduciaria. Observó que frente a la conducta omisiva se deben tener en cuenta las pruebas que la demandante aportó.

Con fundamento en lo expuesto, la parte actora solicitó revocar la sentencia recurrida y acceder a sus pretensiones.

**4.12.** El **Ministerio Público** presentó concepto en el sentido de que esta Corporación sí debía decretar la prueba de oficio, por cuanto se observaba que el distrito de Cartagena no había atendido los requerimientos del Tribunal Administrativo de Bolívar.

**4.13.** La parte demandada guardó silencio en su oportunidad.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en el ejercicio de la acción; **3)** legitimación activa del consorcio demandante; **4)** las pruebas allegadas al proceso; 5**)** el caso concreto; **6)** efecto de la inactividad probatoria; **7)** anotación final sobre la integración del contradictorio y **8)** costas.

1. **Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**
	1. **Jurisdicción competente**

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”[[11]](#footnote-11).*

El distrito turístico y cultural de Cartagena de Indias, entidad que emitió la Resolución 1457 de 2000, contentiva de la declaratoria de desierta de una invitación pública para contratar, acusada en este proceso, es una entidad estatal, de carácter territorial, para los efectos del régimen de contratación, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993*[[12]](#footnote-12)*.

Se precisa aquí que aquellos actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual -conocidos como actos previos-, constituyen verdaderos actos administrativos pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla[[13]](#footnote-13).

En igual forma, se reafirma que la declaratoria de desierta constituye un acto que se produce en el escenario de un procedimiento de contratación y, por tanto, constituye un acto administrativo susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[[14]](#footnote-14).

Finalmente, se pone de presente que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[15]](#footnote-15).

* 1. **Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente recurso de apelación por razón de la cuantía, toda vez que la parte actora estimó su pretensión en la suma global de $2.000’000.000[[16]](#footnote-16), valor que resulta superior al monto equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($286.000 x 500= $143’000.000)[[17]](#footnote-17), acogido en la Ley 1450 de 2011, para que un proceso de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia.

1. **Oportunidad en el ejercicio de la acción**

En el presente caso resulta aplicable el numeral 3 del artículo 136 del CCA, que dispone:

*“2. La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo”.*

Se afirma lo anterior, teniendo en cuenta que la parte actora acreditó la presentación del recurso de reposición contra la Resolución 1457 de 7 de diciembre de 2000, contentiva del acto que declaró desierta la invitación pública.

De acuerdo con las pretensiones de la demanda, la parte actora impugnó el acto ficto o presunto, por el hecho de que no le fue resuelto el recurso de reposición sobre la resolución 1457 objeto del referido recurso.

Se advierte que el recurso de reposición se allegó al proceso con constancia de su radicación el 29 de diciembre de 2000 ante la alcaldía de Cartagena.

También, se agrega que contra la resolución que declaró desierto el procedimiento de contratación pública podía interponerse el recurso de reposición, en los términos del artículo 50 del CCA[[18]](#footnote-18), habida cuenta de que la excepción de no procedencia del recurso en los procedimientos de contratación pública, contenida en la Ley 80 de 1993, se estableció únicamente para el acto de adjudicación[[19]](#footnote-19).

**3. Legitimación activa de la unión temporal demandante**

Resulta útil mencionar el efecto que se desprende del contenido del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la acreditación de la legitimación activa, de la Unión Temporal Soluciones Tributarias Integrales, dado que la demandante allegó el documento de conformación de la referida unión temporal y la designación del representante que a su vez otorgó poder para adelantar el presente proceso[[20]](#footnote-20).

Se recuerda que el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013[[21]](#footnote-21), resolvió *“****UNIFICAR la Jurisprudencia*** *en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen”.*

En lo que importa para el presente caso, las anteriores consideraciones de la jurisprudencia unificada se extendieron, también, a la figura de la unión temporal en relación con los procedimientos de selección en los contratos estatales, en los cuales pudo intervenir la referida unión temporal.

**4. Las pruebas allegadas al proceso.**

Obran en el expediente los siguientes documentos:

**4.1.** La comunicación de noviembre 9 de 2000, a través de la cual la unión temporal se dirigió al presidente de Fiduciaria La Previsora S.A. para exponerle las irregularidades que se habrían presentado en el curso del procedimiento de contratación, y le puso de presente que a esa fecha no se le había comunicado el resultado de la evaluación de las propuestas, respecto de lo cual advirtió que de acuerdo con la información que se había suministrado al momento de la apertura de las propuestas, el mejor puntaje le correspondía a la UT Soluciones Tributarias Integrales. Se observa que en esa comunicación la demandante mostró las fórmulas de calificación de las ofertas económicas que debían ser aplicadas, según sus cálculos, con base en una regla de tres inversamente proporcional al precio ofrecido en las propuestas económicas.

**4.2.** De igual manera se allegó la petición radicada el 4 de diciembre de 2000, mediante la cual la unión temporal solicitó a la alcaldía de Cartagena dar traslado de las calificaciones y tomar las medidas correspondientes, por cuanto había transcurrido más de un mes desde la apertura del proceso, sin que la junta evaluadora se hubiera pronunciado.

**4.3.** También se aportó como prueba, con la demanda, la Resolución 1457 de 7 de diciembre de 2000 y el escrito contentivo del recurso de reposición presentado ante la alcaldía, por la Unión Temporal Soluciones Tributarias Integrales, el 29 de diciembre de 2000.

**4.4.** En cuanto a la prueba de los antecedentes administrativos de la contratación, que no se allegaron al proceso pese a los requerimientos del Tribunal *a quo*, se observa lo siguiente;

Es cierto que en este proceso se libraron telegramas al alcalde de Cartagena y a la Fiduciaria La Previsora –oficina Cartagena, inicialmente, el 30 de octubre de 2004, para que remitieran los términos de referencia, la propuesta de la demandante, las piezas del proceso de invitación pública y la evaluación técnica.

También se advierte que el Tribunal *a quo* reiteró los requerimientos el 24 de junio de 2005 y el 19 de septiembre de 2008. La Alcaldesa de Cartagena contestó en septiembre de 2008 que había dado traslado a la Secretaria de Hacienda Distrital para obtener una respuesta y enviarla al Tribunal[[22]](#footnote-22). En esa oportunidad, la referida secretaria remitió una solicitud para que se le otorgara un plazo hasta el 5 de noviembre de 2008, pero finalmente no dio respuesta al requerimiento.

En atención al auto de 27 de agosto de 2010, se insistió en el requerimiento, que entonces fue dirigido al vicepresidente jurídico de la Fiduciaria La Previsora S.A., en la siguiente dirección: Getsemaní, Calle del Arsenal Cartagena, y al Secretario de Hacienda de la alcaldía. No se recibió respuesta alguna a los oficios correspondientes.

Mediante auto de 15 de diciembre de 2011 se declaró concluido el debate probatorio, sin que las partes hubieran presentado recurso alguno contra la citada decisión.

**5. El caso concreto**

Tal como se ha mencionado, en el asunto concreto, la sentencia de primera instancia acotó el **problema jurídico** en dos aspectos: **i)** si la declaratoria de desierta estuvo ajustada a la ley y **ii)** si la propuesta de la parte actora le daba derecho a la adjudicación.

Para resolver el referido problema, de cara a los argumentos de la apelación, la Sala se detendrá en las pruebas allegadas al proceso y en el análisis de la distribución de la carga de la prueba.

Con base en el acto administrativo mediante el cual se declaró desierto el procedimiento de contratación *sub lite*, se conoce lo siguiente:

**5.1**. Que el procedimiento se abrió por parte de la Fiduciaria la Previsora S.A., a solicitud presentada por el distrito de Cartagena, con fundamento en el Acuerdo 44 de 1999, contentivo del estatuto tributario distrital y en un contrato fiduciario suscrito entre el distrito y la referida entidad fiduciaria.

**5.2.** Que la invitación pública tenía el siguiente objeto (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“LA CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COBRO PREJURÍDICO PARA LA RECUPERACIÓN DE LA CARTERA MOROSA DEL DISTRITO POR CONCEPTO DE FACTURACIÓN DE LOS IMPUESTOS PREDIAL UNIFICADO, INDUSTRIA Y COMERCIO, CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN, ASÍ COMO LOS DEMÁS IMPUESTOS QUE DEBE RECIBIR EL DISTRITO, CON EXCEPCIÓN DEL IVA, Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE APOYO LOGÍSTICO Y TECNOLÓGICO POR PARTE DEL CONTRATISTA PARA QUE EL DISTRITO ADELANTE EL COBRO COACTIVO DE LA REFERIDA CARTERA. PARÁGRAFO 1º Sin perjuicio del apoyo logístico y tecnológico que EL CONTRATISTA preste al DISTRITO TURÍSITICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDICAS dirigido al cobro coactivo de dicha cartera, el contratista no podrá ejercer jurisdicción coactiva, facultad reservada legalmente al DISTRITO. PARÁGRAFO 2º Para todos los efectos, se exceptúan de la gestión de cobro prejurídico y apoyo logístico y tecnológico objeto de la contratación materia de los presentes términos de referencia, las deudas que la Nación, sus entidades o dependencias tengan pendientes de pago al Distrito”.*

**5.3.** Que la declaratoria de desierta se fundó en las siguientes irregularidades observadas por la alcaldía de Cartagena en el desarrollo de la invitación pública (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“El Comité Técnico de Evaluación no ha producido, en forma conjunta, el informe de evaluación de las propuestas y existen serias discrepancias entre sus integrantes en cuanto a la interpretación de las causales de inhabilidad y/o de rechazo de las propuestas (….) como se explica a continuación:*

*“1. En el informe de evaluación no se deja constancia de si los proponentes se encuentran debidamente inscritos en el RUP ( …).*

*“2. Ninguno de los proponentes presenta, en forma completa, sus estados financieros debidamente certificados por contador público o revisor fiscal (…).*

*“3. Únicamente el proponente INVERSIONES LOS ÁNGELES LTDA allega en debida forma sus declaraciones de renta, por los años gravables 1997. 1998 y 1999 (…) sin embargo los evaluadores consideran que este requisito es subsanable aún contra lo expresamente previsto en los términos de referencia de la invitación (Adendo No. 2. Ordinal 2.6. parte final).*

*“4. La sociedad CABRERA Y CABRERA LTDA, integrante de la UNIÓN TEMPORAL SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES, no acredita que su existencia social sea igual o superior al término de ejecución del contrato y dos años más (ordinal 2.3), lo cual es considerado por el Comité Técnico como subsanable, pero en realidad es causal de rechazo de acuerdo con los términos de referencia (ordinal 5.4. literal d) y además impide la comparación objetiva de la capacidad contractual de este proponente (art. 29, Ley 80 de 1993).*

*“5. En la evaluación de la propuesta económica de las ofertas, no se observó lo previsto en los términos de referencia, en cuanto hace a la apertura de las mismas dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento del término para resolver sobre las evaluaciones del informe de evaluación, incurriendo así en una infracción al debido proceso al pretermitir los términos propios del proceso de selección”.*

**5.4**. Que el distrito de Cartagena motivó la declaratoria de desierta con fundamento en las siguientes consideraciones (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Con base en las disposiciones anteriormente transcritas[[23]](#footnote-23), el Distrito se ve precisado a declarar desierta la presente invitación pública, por las siguientes razones:*

*“Sea lo primero decir que, incurriendo en infracción a la garantía constitucional al debido proceso, el Comité Técnico evaluador permitió que por lo menos uno de los proponentes tuviera acceso al resultado de la evaluación, sin que el informe correspondiente haya sido aún comunicado en debida forma a través del traslado ordenado en la Ley y en los términos de referencia. Ello se desprende de la comunicación dirigida a la Presidencia de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de fecha noviembre 9 de 2000 por medio de la cual el señor JAVIER ARIZA HEREDIA, representante legal de la UNIÓN TEMPORAL SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES pone de presente las irregularidades que se han dado en el proceso de selección; y hace observaciones a la puntuación que le fue asignada en la calificación de propuestas económicas; y en noviembre 14/ 2000 la FIDUCIARIA LA PREVISORA da respuesta al escrito de UNIÓN TEMPORAL SOLUCIONES TRIBUTARIAS INTEGRALES, informándole que dentro del proceso de selección aún no se ha comunicado la calificación adoptada por el Comité Técnico, y tampoco se ha iniciado el término de traslado para la formulación de observaciones.*

*“Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993, articulo 25 numeral 18, la declaratoria de desierta de la licitación o concurso procede únicamente por motivos o causas que impidan la selección objetiva del contratista, circunstancia que se presenta de manera evidente en esta invitación cuando, además de las observaciones ya acusadas, por medio de escrito dirigido a la Secretaria de Hacienda Distrital, calendado el día 7 de noviembre del año en curso, la doctora Claudia Bertel Lesmes en su calidad de Delegada del Comité Técnico de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. expresa (….)* [allí se transcribe en extenso un informe de la fiduciaria, en el cual se refirió a que si se adoptaba la inhabilidad de la propuesta en la que participaba Cabrera y Cabrera Ltda, a la luz de los resultados de la evaluación, se tendría la inhabilidad de todas las propuestas presentadas].

*“(…).*

*“Para este Despacho resultan muy claros los términos de referencia cuando en sus ordinales 2.6. y 5.4. prevén respectivamente las causales de inhabilidad y/o de rechazo de las propuestas: (…) concluye que ninguna de las propuestas recibidas al cierre de esta invitación puede ser calificada como hábil por cuanto en todas ellas se omitió presentar en debida forma por lo menos uno de los requisitos exigidos en los términos de la referencia, tal como ya se ha anotado en el acápite anterior de esta resolución”[[24]](#footnote-24).*

**5.5. Análisis de las pruebas aportadas**

La Sala advierte que sin conocer los términos de referencia del respectivo proceso de invitación pública es imposible atribuir la razón a la demandante, puesto que el acto administrativo probado en el proceso se presume amparado por la presunción de legalidad y, de acuerdo con el contenido de la Resolución 1457, el distrito observó que ningún proponente se encontraba habilitado, de donde lo conducente era declarar desierta la invitación pública.

Se debe tener presente que el documento de términos de referencia constituye el compendio de las reglas y condiciones de las diversas actuaciones dentro del procedimiento precontractual, como, por ejemplo, aquellas que rigen la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, en su caso[[25]](#footnote-25).

En este orden de ideas, se advierte que el pliego de condiciones es ley del procedimiento de contratación y, por ello, constituye una regla básica para el análisis de legalidad del acto de adjudicación, o, como en este caso, del acto de declaratoria de desierta.

Así las cosas, el estudio de las razones por las que se impugnó la declaratoria de desierta tiene que pasar por el análisis de las reglas del pliego de condiciones.

Se pone de presente, igualmente, la presunción de legalidad que ampara el acto de declaratoria desierta, la cual debe ser desvirtuada por la demandante, con fundamento en las pruebas que acreditan los supuestos de hecho que expone en la demanda, para salir avante con la pretensión de nulidad planteada, en este caso, mediante la prueba de la forma como supuestamente fueron transgredidas las reglas del pliego de condiciones.

En el relación con la falencia del acervo probatorio, en este caso, resulta útil hacer hincapié en los siguientes documentos que no se allegaron, pero que la demandante debía tener en su poder[[26]](#footnote-26), en original o en copia simple y, por tanto, estaba en posibilidad de aportar: **i)** Los términos de referencia de la invitación pública en la que participó; **ii)** la propuesta que presentó con sus anexos, **iii)** las comunicaciones que recibió de la fiduciaria solicitándole aclaraciones y **iv)** las respuestas que entregó a esa entidad para efectos de atender los requerimientos en el procedimiento de contratación y sus correspondientes anexos.

En el asunto concreto tiene que concluirse, por falta de la prueba a su cargo, que la demandante no acreditó que la declaratoria de desierta estuviera apartada de la ley ni del pliego de condiciones.

En este orden de ideas, se tiene que aceptar lo reseñado en el acto administrativo acusado, toda vez que en virtud del principio de economía, consagrado en el artículo 25, numeral 18 de la Ley 80 de 1993[[27]](#footnote-27), podía declararse desierto el procedimiento frente a la imposibilidad de realizar una comparación objetiva de las propuestas.

De acuerdo con los informes y consideraciones que aparecen en el acto acusado, ninguna propuesta cumplió con los requisitos de habilitación y, por ello, no quedaba propuesta algún objeto de comparación.

En el mismo orden de ideas, debe inferirse que el recurso de reposición que no se desató habría de ser confirmatorio de la declaratoria de desierta de la invitación pública, desde la perspectiva que otorga este plenario, dado que no se conoció el pliego de condiciones y que tampoco se probó en contra de la inhabilidad de todas las propuestas, afirmada en la Resolución 1457 de 2000.

**5.6. Consideraciones acerca de la carga de la prueba sobre los documentos del procedimiento de contratación**

La solución expuesta para el asunto *sub lite* amerita una consideración sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes del proceso precontractual, teniendo en cuenta que el procedimiento de contratación que ahora se estudia, se adelantó entre octubre y diciembre del año 2000, época para la cual la información pública de dichos procesos era exigua, máxime cuando el procedimiento de contratación se desarrollaba a través de la figura del encargo fiduciario, mediante una clase de contrato fiduciario que no aparece especificado en las pruebas que obran en el proceso; empero, se puede observar que la ejecución de dichos contratos, para esa época, no estaba sometida al reporte del procedimiento contractual previo en el sistema de información y vigilancia de la contratación estatal, en aquel entonces denominado SICE[[28]](#footnote-28).

Con lo anterior, se quiere significar que no existiendo sistemas de publicidad para los documentos del proceso, la carga de la prueba estaba radicada básicamente en las partes y cada una dependía de lo que estaba en sus archivos y, ambas, de lo que se encontraba en poder de la fiduciaria que instrumentó el procedimiento de la respectiva contratación.

Acerca de la carga de la prueba, la Corte Constitucional ha reseñado su naturaleza y los efectos que se derivan de esta institución procesal, en la siguiente forma:

*“Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.*

*“Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”.[[29]](#footnote-29).*

En el proceso contencioso administrativo que ahora se desata, la carga de la prueba estaba asignada, en primer lugar, a la demandante, respecto de los hechos que, según afirmó, se encontraban orientados a desvirtuar las consideraciones del acto administrativo impugnado.

Esa apreciación resulta indiscutible con apoyo en el artículo 168 del CCA, que invocó la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil, entonces vigente. Sobre el sistema probatorio inserto en nuestra legislación civil, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[30]](#footnote-30) reiteró:

*“En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del ‘onus probandi’ fue consagrado en el centenario Código Civil[[31]](#footnote-31). Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas’[[32]](#footnote-32)”.*

No se desconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de la carga de la prueba se puede flexibilizar con apoyo en las potestades del Juez, bajo la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual el Juez está facultado para ordenar que la parte que está en la mejor posición de proveer una prueba proceda a allegarla, so pena de derivar efectos contrarios a lo que deje de probar.

Sin embargo, ese principio es aplicable en casos excepcionales, según lo reseñó la Corte Constitucional en la sentencia C-086/16 que se viene comentando:

*“De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, ‘que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla’[[33]](#footnote-33), supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo[[34]](#footnote-34)”.*

Descendiendo al asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se considera que en relación con los documentos del procedimiento precontractual, la demandante no se vio ante la imposibilidad de probar los hechos referidos en su demanda y que, por ello, aunque el distrito de Cartagena no atendió los requerimientos para allegar la prueba de los referidos antecedentes administrativos, no puede tenerse por demostrado lo que se afirmó en la demanda.

Se concluye lo anterior, a partir de la observación de que las sociedades que conformaban la unión temporal estaban sometidas al estatuto del comerciante, según se establece con fundamento en las actividades descritas para cada una de ellas en el documento de la Unión Temporal y de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla que se aportó para una de ellas[[35]](#footnote-35), de manera que tenían que conservar el archivo de su correspondencia en los términos del artículo 54 del Código de Comercio[[36]](#footnote-36).

Así las cosas, la unión temporal demandante sí estaba en posibilidad de allegar la prueba de sus intervenciones en el procedimiento precontractual, amén de que su conducta procesal sí denota la inactividad que reseñó el Tribunal *a quo*, según se confirma, con base en lo que se detalla en el acápite siguiente.

**6. Efecto de la inactividad probatoria**

Se debe advertir que en procesos como el que ahora se desata, no hay lugar a dar aplicación a una supuesta inversión de la carga de la prueba, habida cuenta de que para desvirtuar los hechos y las consideraciones del acto administrativo impugnado correspondía a la demandante allegar las pruebas que estuvieran a su alcance, dado que estaba en el deber legal de conservar los respectivos documentos.

En el escenario de la prueba orientada a desvirtuar las consideraciones del acto administrativo de carácter contractual, la Sala reitera cierta parte de los razonamientos de esta Subsección[[37]](#footnote-37), que se han desplegado en orden a advertir que la carga de la prueba está en cabeza de la parte demandante:

*“En línea con lo expuesto, con acierto se han realizado precisiones acerca de los propósitos de la presunción de legalidad o del carácter ejecutorio de los actos administrativos; esa presunción –que, dicho sea de paso, es iuris tantum y, en cuanto tal, puede ser desvirtuada a instancia del particular interesado– pretende evitar que la simple impugnación que promuevan los particulares ⎯que en no pocas ocasiones se ejerce valiéndose de razones completamente carentes de fundamento⎯ pueda paralizar la actuación administrativa. La presunción de legalidad responde, por tanto, a la necesidad de garantizar la ejecutoriedad, la eficacia inmediata de los actos administrativos, pero deja intactas las reglas de la carga de la prueba, que operan con toda normalidad en el procedimiento contencioso-administrativo, del mismo modo que lo hacen en el proceso judicial civil o laboral, por ejemplo. De ahí que resulte frecuente encontrar pronunciamientos, por vía de ejemplo, en la jurisprudencia contencioso administrativa española, en los cuales se expresa que "la presunción de legalidad del acto administrativo traslada al administrado la carga de accionar para impedir que se produzca la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales"[[38]](#footnote-38) y, adicionalmente, que en el proceso contencioso-administrativo "cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias invoca"[[39]](#footnote-39).*

*“Cabe sostener a este respecto, por tanto, que la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial no se basa en la posición formal de demandante y demandado, sino en el objeto y en el contenido de las pretensiones; cada parte deberá probar aquellos hechos en los cuales se funda o bien su pretensión o bien su oposición a la misma, lo que equivale a decir que cada parte tendrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor[[40]](#footnote-40); tal es el contenido, por lo demás, del principio de carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano, de conformidad con el cual "[I]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"[[41]](#footnote-41). Dicho precepto legal debe ser aplicado en los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de lo normado en el artículo 168 del C.C.A[[42]](#footnote-42)”.*

Sin embargo, en el análisis de la carga procesal que pesa sobre la entidad estatal para soportar su propio acto administrativo de carácter precontractual o contractual, considera la Sala que, en este caso, como lo ha estimado en otros asuntos similares[[43]](#footnote-43), no hay lugar a entender como probado en contrario de lo contenido en el acto administrativo, por el solo hecho de la conducta estatal consistente en no aportar los antecedentes administrativos de su propio acto.

Lo anterior se concluye teniendo en cuenta que el acto administrativo allegado al plenario presentó un razonamiento consistente frente a la ley vigente y no quedó desvirtuado por los argumentos en contrario de la demandante.

En otras palabras, aun en el caso de la conducta probatoris omisiva por parte de la entidad estatal, el acto administrativo impugando debe ser valorado de acuerdo con lo probado en el proceso y de manera alguna la no contestación de los requerimeintos releva a la demandante de la carga de allegar los documentos que está obligada a conservar. Si se admitiera lo contrario se llegaria a dar por probado el contenido de los documentos precontractuales con base en el solo dicho del particular que obra como demandante y en sentido contrario de lo afirmado en el acto administrativo.

Además, en la valoración de la prueba en el caso concreto, se tiene en cuenta que el distrito de Cartagena había adelantado la invitación pública a través de una fiduciaria que administraba los recaudos tributarios y, por ello, hasta donde se conoce en este proceso, el distrito encargó a esa entidad fiduciaria la sustanciación de la calificación y le solicitó participar en un comité de evaluación, integrado con la presencia de algunos funcionarios de la Alcaldía, el cual no logró un acuerdo sobre la referida calificación, precisamente por las inhabilidades advertidas.

Por ello se tiene que concluir que la conducta de la entidad demandada, consistente en no allegar la documentación requerida por el Tribunal *a quo*, no puede llevar a declarar como desvirtuadas las consideraciones del acto administrativo, el cual, por el contrario, permanece incólume, en cuanto que, en asuntos como el presente, la prueba del acto administratrivo debe apreciarse por su contenido.

De acuerdo con el análisis que aquí se realiza, la motivación del acto administrativo se estima como ajustada a derecho, en tanto la declaratoria de desierta podía fundarse válidamente en la inexistencia de propuesta hábil.

Como consecuencia, no hay lugar a invocar un supuesto decaimiento de la presunción de validez del acto administrativo[[44]](#footnote-44) mediante el cual se declaró desierta la invitación, por el hecho de que la alcaldía de Cartagena se hubiera limitado a dar traslado a su Secretaria de Hacienda y esta última no hubiera allegado documento alguno acerca de un trámite que ella no adelantó directamente.

Así las cosas, se tiene que concluir que en este proceso ninguna de las partes allegó la documentación que estaba a su alcance y que el Tribunal Administrativo de Bolívar cerró el debate probatorio después de tres requerimientos fallidos, remitidos en un plazo de más de cuatro años, sin que la demandante hiciera un esfuerzo por aportar los documentos que ella misma reseñaba en los argumentos de su demanda, para defender la idoneidad de su propuesta en la invitación pública.

Se puntualiza que ambas partes fallaron en su carga probatoria y ninguna de ellas mostró interés en que la representante de la Fiduciaria La Previsora S.A. fuera citada, por ejemplo, dirigiendo la correspondencia al domicilio principal de esa sociedad fiduciaria, cuando resultaba de la mayor importancia, en tanto que esa entidad de servicios financieros era la que debía tener en su poder los documentos originales, mediante los cuales se realizó la denominada invitación pública, los términos de referencia, las actas de las audiencias, el detalle de las actividades que se contrarían, los requisitos de habilitación, los factores de calificación, las propuestas recibidas, las razones por las que no hubo acuerdo en el comité de evaluación, los informes que debió presentar esa fiduciaria a la alcaldía de Cartagena; todo ello, en desarrollo del contrato fiduciario mediante el cual fue facultada para esa gestión, al parecer, de servicios fiduciarios relacionados con los recaudos tributarios que debía estar administrando esa entidad[[45]](#footnote-45), de donde se derivó la contratación requerida por el distrito de Cartagena.

De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan desvirtuar lo considerado en el acto administrativo acusado y, por ello, no puede rebatirse la declaratoria de desierta, en cuanto se tiene por cierto que ninguna propuesta era hábil, que el comité de evaluaciones no llegó a un acuerdo sobre la calificación y que la alcaldía se encontró frente a propuestas que no reunieron los requisitos para ser objeto de calificación objetiva, de donde podía declarar desierta la invitación, con apoyo en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en la parte motiva del acto acusado.

Por otra parte, del exiguo acervo probatorio que la demandante aportó, no resulta demostrado que hubiera saneado los requerimientos comunicados por la fiduciaria, ni tampoco es claro a qué se referían, toda vez que la parte actora los expuso en el escrito del recurso de reposición, pero de allí no se puede inferir cuál era el requisito de capacidad financiera que impedía la comparación de las propuestas.

Bien se sabe que el estudio de los requisitos de los pliegos de condiciones ha derivado en una diferenciación, hoy incorporada en el estatuto de contratación estatal, entre los requisitos habilitantes[[46]](#footnote-46) y los factores técnicos y económicos de calificación de las propuestas, de la cual se ha observado por esta Subsección que los primeros se refieren a calidades de los proponentes y los segundos al contenido de la oferta. Ese asunto se estableció a partir de la Ley 1150 de 2007, con base en la identificación y separación de los denominados requisitos “*habilitantes”,* que bajo la nueva legislación no pueden otorgar puntaje, de acuerdo con el artículo 5, cuyo cumplimiento se constituye, entonces, en una condición o de acceso, admisibilidad o, legalmente, de *“habilitación”* del oferente para participar en el procedimiento de licitación.

No obstante, para el presente proceso se debe tener en cuenta que en vigencia del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, fue permitido estructurar factores de calificación y asignación de puntaje indistintamente basados en las requisitos de los proponentes (hoy denominados habilitantes jurídicos, financieros y de organización) y en los contenidos de la oferta (factores técnicos y económicos de la propuesta).

**7. Anotación final sobre la integración del contradictorio**

Las consideraciones acerca de la participación de una sociedad fiduciaria en el procedimiento precontractual no llevan a concluir que la demanda se ha debido impetrar contra la referida sociedad, por la sencilla razón de que los actos acusados fueron expedidos por el distrito de Cartagena y no por la fiduciaria.

Además, la parte actora no identificó cargo alguno en relación con la actuación de la fiduciaria ni puede inferirse de lo que se conoció en este proceso.

Por tanto, la demanda se entiende correctamente incoada contra el distrito de Cartagena.

**8. Costas**

Habida cuenta de que para este proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en cuyo texto se indica que sólo hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la conducta de las partes y que, pese a la inactividad probatoria, no se puede afirmar que hubiera un actuar temerario, en el presente asunto no habrá lugar a imponer la condena en costas.

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

**F A L L A**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 02, el 24 de enero de 2014

**SEGUNDO**.- **Sin** condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante se podrá denominar: el distrito de Cartagena o, simplemente, el distrito. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 105 a 107, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. 29 de junio de 2001. [↑](#footnote-ref-3)
4. Registro Único de Proponentes [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 122, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 137, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 137, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 130, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 168, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 196, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las *entidades públicas*, en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las* ***entidades públicas*** *incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”* [↑](#footnote-ref-11)
12. Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”* (a subraya no es del texto). [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Artículo 87 C.C.A. De las controversias contractuales****.*** *(…) 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.”*  [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ley 80 de 1993, “Artículo 24. (…) 7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. *“Artículo 75.C.C.A. Del Juez competente, Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”* [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 101, cuaderno 1. La demandante no discriminó el monto global en el que estimó la cuantía en su demanda, al parecer, derivado de su estimativo de un porcentaje sobre la cartera que habría podido cobrar y recuperar en desarrollo del contrato. [↑](#footnote-ref-16)
17. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2001 ($286.000), toda vez que la demanda se presentó el 29 de junio de 2001 y, para efectos de establecer la competencia en orden a conocer del recurso de apelación se tiene en cuenta que el mismo se interpuso el 19 de septiembre de 2014, en vigencia de las cuantías adoptadas por la Ley 1450 de 2011. [↑](#footnote-ref-17)
18. *“Artículo**50 C.C.A. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*

*“1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque”.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993. *“Artículo 77º.****-****De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas.* *En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

*“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*“Parágrafo 1º.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 1 a 4, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: radicación No.:25000232600019971393001, expediente No. 19.933, actor: Consorcio Glonmarex, demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Consorcio [↑](#footnote-ref-21)
22. folio 156 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-22)
23. De acuerdo con el texto de la resolución, se refirió al ordinal 5.7. de los términos de referencia, al artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993 y al artículo 29 de la misma ley. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 6, 7 y 8 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Dentro de las muchas y similares definiciones y descripciones que tradicionalmente se han expuesto por la Jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del pliego de condiciones en vigencia de la Ley 80 de 1993 puede citarse la siguiente: *“El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. En cuanto a la elaboración del pliego, la Sala ha precisado que la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, ya referido, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista.”*  Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 19 de julio de 2001, radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037), actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores - Acic-. [↑](#footnote-ref-25)
26. *“Artículo 54 C.Co. El comerciante deberá dejar copia fiel de la correspondencia que dirija en relación con los negocios, por cualquier medio que asegure la exactitud y duración de la copia. Asimismo, conservará la correspondencia que reciba en relación con sus actividades comerciales, con anotación de la fecha de contestación o de no haberse dado respuesta”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. *“Artículo 25. Del principio de la economía.*

*“En virtud de éste principio:*

*“(…).*

*“18. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”* (la subraya no es del texto). [↑](#footnote-ref-27)
28. Creado por la Ley 598 de julio 18 de 2000. A partir de la Ley 1150 de 2007 se desarrollaron los sistemas de publicidad a través del SECOP, con alcance sobre los documentos del proceso de contratación, desde la etapa de planeación del contrato hasta su liquidación.  [↑](#footnote-ref-28)
29. #  Sentencia C-086/16. La cita original de esta sentencia, refiere las siguientes providencias de la Corte Constitucional: “Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-662 de 2004, C-275 de 2006, C-227 de 2009 y C-279 de 2013, entre otras”.

 [↑](#footnote-ref-29)
30. Sentencia C-086/16. [↑](#footnote-ref-30)
31. ARTÍCULO 1757.- PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. ”*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.*  [↑](#footnote-ref-31)
32. Artículo 177. Carga de la prueba. *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Cita original de la sentencia: “*Inés Lépori White, ‘Cargas probatorias dinámicas’. En: ‘Cargas probatorias dinámicas’ (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p.60”.* [↑](#footnote-ref-33)
34. Cita original de la sentencia: *‘La doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso, recayendo en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir las pruebas, más allá del emplazamiento como actor o demandado en el proceso o de que se trate de hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos, y puede desplazarse del actor al demandado y viceversa, según corresponda (…)’. Ivanna María Airasca, ‘Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas’. En: ‘Cargas probatorias dinámicas’ (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p.135-136”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 53 y 34, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. *“Artículo 54 C.Co. El comerciante deberá dejar copia fiel de la correspondencia que dirija en relación con los negocios, por cualquier medio que asegure la exactitud y duración de la copia. Asimismo, conservará la correspondencia que reciba en relación con sus actividades comerciales, con anotación de la fecha de contestación o de no haberse dado respuesta”.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 27 de noviembre de 2013, expediente No.: 25.742, actor: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cita original de la sentencia: *“Puede verse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1990, 29 de noviembre de 1991 y 30 de junio de 1992”.* [↑](#footnote-ref-38)
39. Cita original de la sentencia: “*En este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1991, 19 de febrero de 1994 y 16 y 17 de marzo de 1995”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Cita original de la sentencia: “GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil,* I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 326-327; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* I, Bosch, Barcelona, 1992, p. 548”. [↑](#footnote-ref-40)
41. En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, establece que *"[I]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*. [↑](#footnote-ref-41)
42. El artículo 168 del C.C.A., dispone lo siguiente: *"En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".*

Por su parte, a este mismo respecto, los artículos 211 y 306 de la Ley 1437 de 2011 preceptúan lo siguiente:

*"Artículo 211. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil".*

*"Artículo 306. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"*.  [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente (e): Hernán Andrade Rincón; radicación: 63001233100020050191901 (37.607), demandante Taller Electromecánico, Empresa Unipersonal, demandado Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario San Juan de Dios de Armenia. [↑](#footnote-ref-43)
44. Esa tesis fue desplegada por la jurisprudencia ya citada, para un acto contentivo de la sanción de caducidad contractual, con relación a afirmaciones no sustentadas en el respectivo acto administrativo, asunto que difiere en forma esencial del actual, donde la demandante se mantuvo inactiva en la primera instancia pese a que la entidad estatal no atendía los requerimientos y que la controversia versaba sobre documentos que la demandante debía tener en sus archivos, incluso los referidos a su propia propuesta y a las aclaraciones que entregó dentro del proceso precontractual, pero que decidió no allegar al proceso judicial. [↑](#footnote-ref-44)
45. Como se desprende de la figura del encargo fiduciario sobre recursos públicos que se infiere de la referencia al contrato fiduciario, de acuerdo con la Resolución 1457 de 2000 obrante en el proceso, en concordancia con lo que dispone el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para el encargo celebrado con las sociedades fiduciarias. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ley 1150 de 2007, Artículo 5.

*“(…) La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.”* [↑](#footnote-ref-46)