

CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA – Ley 80 de 1993 – Contrato de Fiducia.

La Corte Constitucional, en torno a la constitucionalidad del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, destacó la importancia de la «reglamentación de un contrato como el de fiducia pública, que si bien se relaciona con el ejercicio de operaciones financieras, bursátiles y aseguradoras, entre otras, debe hacer parte de un estatuto de contratación administrativa, pues en últimas ese contrato supone que la entidad contratante es entidad pública y, por tanto, su régimen se debe establecer en una ley como la Ley 80 de 1993. Pretender lo contrario significaría, entonces, que cualquier ejercicio por parte de una entidad estatal de una actividad que de una forma u otra se relacione con el campo financiero o bursátil, por ejemplo, debería someterse a los parámetros de una ley general. Para la Corte es claro que ese no es el espíritu de los artículos 150-19 y 335 constitucionales». En esa línea, el inciso 6 del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 precisó que los «actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente».

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 15001-23-31-000-1994-04187-01(23789)

Actor: INGENIERIA Y GEOLOGIA LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE SOGAMOSO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 29 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual resolvió negar las pretensiones (fl. 238, c. ppal 2).

SÍNTESIS DEL CASO

El 17 de enero de 1994, en desarrollo del contrato de fiducia suscrito entre la Fiduciaria La Previsora S.A. y el municipio de Sogamoso, la primera dispuso la apertura de la licitación pública PSG001 para contratar la interventoría técnica y administrativa de las obras incluidas en el Plan de Desarrollo del ente territorial en mención. El 3 de febrero siguiente, a pesar de la defectuosa elaboración, modificación y aplicación de los criterios de evaluación, irregularidades advertidas

por la sociedad Ingeniería y Geología Ltda., el Comité Operativo de la fiducia mercantil aprobó la adjudicación al señor Néstor Arteaga Peña y, finalmente, mediante resolución 280 del 7 de marzo del mismo año se adjudicó.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 11 de julio de 1994 (fl. 17, c. ppal), la sociedad Ingeniería y Geología Ltda., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del municipio de Sogamoso y la Fiduciaria La Previsora S.A. (fls. 10 a 17 y 96 a 107, c. ppal)¹.

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 96 a 106, c. ppal):

1.1.1.1. El 20 de junio de 1993, el municipio de Sogamoso y la Fiduciaria La Previsora S.A. suscribieron el contrato de fiducia mercantil para la realización de las obras previstas en el Plan de Desarrollo municipal, cuyas decisiones estarían a cargo de un Comité Operativo.

1.1.1.2. El 17 de enero de 1994, en desarrollo del mencionado contrato, la Fiduciaria dispuso la apertura de la licitación pública PSG001 para contratar la interventoría técnica y administrativa de las obras arriba citadas.

1.1.1.3. Dentro de las condiciones para participar se exigió encontrarse inscrito en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso al 31 de diciembre de 1993, exigencia fue ampliada hasta el 17 de enero de 1994; igualmente, se valoró la experiencia general dos veces, de forma separada de la experiencia específica y una vez más dentro de esta última.

1.1.1.4. El proponente ganador incumplió con las calidades del personal técnico requerido; las certificaciones de experiencia; la organización, al presentarse una estructura que corresponde a una persona jurídica y no a una natural que fue la forma en que se presentó la propuesta, y el programa de ejecución.

1.1.1.5. El 3 de febrero siguiente, a pesar de las irregularidades advertidas, el Comité Operativo de la fiducia mercantil aprobó la adjudicación al señor Néstor Arteaga Peña, cuando, *“con las condiciones y requisitos señalados en los términos de referencia debió serle adjudicado”* a la actora (fl. 15, c. ppal).

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 10, c. ppal):

¹ La demanda fue admitida el 3 de agosto de 1994 (fls. 20 y 21, c. ppal). Mediante auto del 14 de junio de 1995 (fls. 109 y 110, c. ppal), se admitió la aclaración y adición de la demanda (fls. 96 a 107, c. ppal). Igualmente, ambas decisiones fueron notificadas personalmente al señor Néstor Arteaga Peña, en su calidad de adjudicatario del proceso de selección cuestionado (fls. 28 y 123, c. ppal), sin pronunciamiento de su parte.

1. Que es nula en todas sus partes la resolución número 0280 del 7 de marzo de 1994, expedida por el señor alcalde del municipio de Sogamoso, mediante la cual se adjudicó al señor NÉSTOR ARTEAGA PEÑA la interventoría técnica y administrativa de unas obras correspondientes al plan de desarrollo de Sogamoso.

2. Que se condene a las entidades demandadas a pagar a la demandante, de manera solidaria el valor de los perjuicios de orden material, el daño emergente y el lucro cesante que le fueron ocasionados como consecuencia de la expedición del acto acusado, los cuales ascienden a la suma de \$15.000.000 o la que resulte probada en el proceso, monto que ha de ser actualizado en su valor al momento de proferirse la sentencia.

3. A la sentencia que ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

1.1.3. Concepto de la violación

La actora fundamentó la solicitud de nulidad de los actos administrativos en cuestión (fls. 15 y 16, c. ppal), en la violación de los artículos 1 y 6 de la Constitución Política; 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo; 1 a 4, 12, 23, 24, 26, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, en tanto se modificó, injustificadamente, la fecha límite de inscripción en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso y se evaluaron las propuestas con el ánimo de favorecer al adjudicatario final, toda vez que la calificación de su experiencia correspondía a cero y la omisión de la documentación mínima exigida y del personal requerido generaba su rechazo.

En esos términos, como concepto de la violación estimó que la “*administración pública, representada en este caso por las entidades que adelantaron el (sic) correspondiente a la licitación pública PSG 001 de 1994, en este caso la Fiduciaria La Previsora Ltda. y el municipio de Sogamoso, pretermitieron el cumplimiento de las disposiciones contenidas en las normas invocadas, por cuanto en primer lugar modificaron una de las condiciones establecidas en los avisos publicados en desarrollo de la licitación, con el fin de permitir que quien iba posteriormente a ser el adjudicatario pudiera participar en dicho proceso. // En segundo lugar, **al establecer un acomodaticio sistema de calificación de las propuestas** que permitió al final sacar ganadora la propuesta del señor NÉSTOR ARTEAGA PEÑA, esta otorgó una serie de puntos en aspectos en los cuales debió ser calificada de manera negativa, este es el caso de la experiencia específica, de la cual el ganador de la licitación carecía por completo de experiencia. // Se violaron también las disposiciones invocadas al validar una propuesta que no se ajustaba a los mínimos de la documentación exigida, específicamente la relacionada con los documentos de la propuesta y el personal requerido en los términos de referencia. // No debe olvidarse que estos procesos relacionados con el trámite de adjudicación de contratos son absolutamente reglados y que el desconocimiento de algunos de los presupuestos, máxime si como en este caso son esenciales, implica la nulidad de los actos que con la violación de esos requisitos se expidan” (se destaca) (fls. 15 y 16, c. 2)².*

² Igualmente, en los hechos de la demanda, se expresó (este hecho se mantuvo dentro de la aclaración de la demanda fl. 105, c. ppal): “13) El siguiente es el resumen del contenido del documento en el cual se evidenciaron los vicios de la calificación: -Violación abierta de la Ley 80 de 1993, por desconocimiento del artículo 24, principio de la transparencia, numeral 5 del artículo 29 deber de selección objetiva, artículos 57 y 58 y artículo 30 numeral 8. // -Se planteó desde ese momento que la propuesta del ingeniero NÉSTOR

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. La Fiduciaria La Previsora S.A. (fls. 89 a 95, c. ppal) se opuso a la condena solidaria, toda vez que, de conformidad con las cláusulas octava y novena, párrafos primero y segundo, no formaba parte del Comité Operativo del Fideicomiso, aun cuando un representante suyo actuaba con voz pero sin voto y, en todo caso, dicha instancia avaló su gestión evaluativa.

Puso de presente que si se amplió la inscripción en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso, lo fue para favorecer la pluralidad de oferentes, siendo que, en el plazo original, tan solo un proponente cumplió esa exigencia, claro está, con previa autorización del pluricitado comité.

Con base en lo expuesto, propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.2.2. El municipio de Sogamoso se limitó a indicar que la responsabilidad por la adjudicación recaía en la Fiduciaria La Previsora S.A., tal como quedó consignado en el contrato de fiducia mercantil (fls. 129 y 130, c. ppal).

1.3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes (fls. 172 a 206, c. ppal) reiteraron los argumentos de sus intervenciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 29 de mayo de 2002 (fls. 208 a 238, c. ppal 2), el *a quo*, para negar las pretensiones de la demanda, sostuvo:

La comparación de la documentación de las dos propuestas, respecto a la puntuación asignada nos lleva a concluir que tanto los años de experiencia como los contratos generales ameritaron mayor calificación en la propuesta que obtuvo el mayor puntaje, máxime que la vencida no presentó documentación que acreditara superar a Peulla en tales ítems (...).

De todo lo anterior se concluye, conforme a las pruebas allegadas al proceso, que el licitante vencido no presentó una propuesta en mejores condiciones que la del ganador y tampoco la adjudicación de la licitación correspondía a situaciones favorables al demandado, máxime que dentro del

ARTEGA PEÑA a pesar de actuar como persona natural, presenta en su organigrama una supuesta Junta de Socios, sin ningún soporte se le asigna puntaje igual al de Ingeniería y Geología que por tratarse de una compañía sí podía recibir dicha ponderación, lo anterior en relación con el ítem 2.3 de las tablas de calificación establecidas por la Fiduciaria La Previsora. // Parcialidad en la calificación de las propuestas, pues mientras a la del ingeniero Arteaga se le calificó el ítem de la experiencia desde el momento en que el mismo egresó como profesional, para el caso de la demandante se le contabilizó la experiencia únicamente a partir de la constitución de la firma, sin tener en cuenta los años de experiencia profesional de cada uno de los miembros que la conforma. // - La propuesta del ingeniero NÉSTOR ARTEAGA no discriminó la experiencia general y la específica, presentó como documentos para acreditar la misma una hoja de vida y nueve contratos de obra civil, no acreditó experiencia ni interventoría, a pesar de esto se le dio una calificación de 7.5 puntos en numeral 2.1 años de experiencia, 7.75 puntos en el numeral 3.1 contratos de interventoría y 9.31 puntos en el numeral 3.2 contratos generales. Por el contrario la propuesta de la firma INGENIERÍA Y GEOLOGÍA LTDA., no adolecía de las inconsistencias descritas pues acreditó la expediente con los documentos idóneos a través de certificaciones autenticadas referentes a contratos de interventoría e interventoría (sic). // - El personal que propone el ingeniero NÉSTOR ARTEAGA no se ajusta a las condiciones previstas en los términos de referencia, pues se trata de profesionales recién egresados sin matrícula profesional y sin la experiencia de cinco años que exige el pliego de condiciones” (fl. 14, c. ppal).

proceso licitatorio los integrantes del Comité Operativo no manifestaron estar en desacuerdo con los estudios realizados a través del desarrollo del contrato de fiducia y el resultado que conllevó a que la administración municipal materializara la decisión en la expedición del acto acusado, en el entendido que a la fiducia pública se le deben aplicar las normas contenidas en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, con la salvedad entre otras a la adjudicación de los contratos, la cual debe ser realizada por la entidad fideicomitente.

Así las cosas, encuentra la Sala que el actor fundamenta la demanda en el defectuoso trámite que hubo al momento de realizarse la calificación técnica de las propuestas; sin embargo, las pretensiones de la misma están orientadas a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución que adjudica el contrato a la firma que obtuvo el mayor puntaje, pero, nada pretende respecto al trámite licitatorio. Es decir, que al no cuestionarse este sigue amparado bajo la presunción de legalidad y que de acuerdo con el análisis probatorio hecho en la presente sentencia ninguno de sus pasos se agotó en forma contraria a las normas legales que rigen la contratación estatal, razón por la cual esta Corporación considera que la resolución 0280 del 7 de marzo de 1994, proferida por el Alcalde municipal de Sogamoso, simplemente cumple con el paso final de la adjudicación teniendo en cuenta las recomendaciones de la Fiduciaria, que si bien es cierto no constituye camisa de fuerza para la administración municipal si deben ser observadas bajo el principio de la ética y la legalidad adjudicando el contrato a quien haya obtenido mayor puntaje entre los participantes en la licitación, y al no contrariar este acto administrativo normas de orden constitucional y legal, la declaratoria de nulidad solicitada no procede, razón por la cual las pretensiones de la demanda han de ser denegadas (fls. 235 a 237, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

3.1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora interpone recurso de apelación (fls. 241 a 249, c. ppal 2). Reitera que las demandadas favorecieron indebidamente al proponente ganador (i) por ampliar la inscripción en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso del 31 de diciembre de 1993 hasta el 17 de enero de 1994 y (ii) evaluar incorrectamente su experiencia y personal técnico requerido, toda vez que, al omitir la documentación mínima exigida, se imponía su rechazo o, en el peor de los escenarios, una calificación mínima. Además, se valoró la experiencia general dos veces, de forma separada de la experiencia específica y una vez más dentro de esta última. Al efecto, señaló:

Las condiciones de selección de las propuestas en el primer aviso (enero 7 de 1994) (...), en esta publicación se estableció que sólo podrían participar las personas naturales o jurídicas que al 31 de diciembre de 1993 se hallaban inscritas, calificadas y clasificadas en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso, luego avisos publicados en enero 16, 17 y 21 de 1994 se cambiaron de manera acomodada las condiciones establecidas inicialmente se estableció que “Podrán participar las personas naturales o jurídicas que al 17 de enero de 1994 se hallen debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el Registro de Interventores y/o Constructores del municipio de Sogamoso”.

CON RESPECTO A LA EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTA:

En los documentos contenidos de la calificación se observa claramente el manejo parcializado, contrario a la ley y violatorio de los términos de referencia seguido por el calificador.

Se realizaron dos evaluaciones en las cuales se observa como la calificación se adelantó con parcialidad y favorecimiento a la propuesta formulada por NÉSTOR ARTEGA PEÑA.

Esta situación está presente de manera específica en la calificación y el puntaje que se acordó en los ítem correspondientes a la EXPERIENCIA PERSONAL, EXPERIENCIA ESPECÍFICA DE LA FIRMA y el relativo a la EXPERIENCIA PERSONAL, es decir a las exigencias señaladas en los ítems 1.13, 1.18 y 1.19 de los términos de referencia.

La Fiduciaria La Previsora ideó un mecanismo ideal para adelantar la calificación lo cual necesariamente tenía que concluir en un resultado igualmente ilegal y arbitrario.

La ilegalidad de la calificación se materializó al otorgarle puntaje a la propuesta de NÉSTOR ARTEAGA PEÑA en el ítem de experiencia específica, concretamente a lo referente de contratos de interventoría la cual por no haber sido acreditada debió ser calificada con CERO puntos, sin embargo en las dos evaluaciones se les asignaron respectivamente 7.75 y 10 puntos.

Mientras esto sucedía la propuesta de la demandante que sí acreditó la experiencia específica sólo se le asignaron 7 y 5 puntos en las dos calificaciones.

En el caso del personal presentado por NÉSTRO ARTEAGA PEÑA la situación es la misma pues se dio puntaje a unos Inspectores de Obra de 0.35 y .05 en la primera calificación, de 0.2 y 0.5 en la segunda y al tipógrafo de 1 en ambos cuando a lo conforme por los parámetros establecidos por la Previsora tal asignación no era viable en razón que ninguno de ellos acreditaba la experiencia.

Así las cosas estos factores no pueden tenerse como válidos con respecto de la evaluación de las propuestas y en consecuencia de la licitación debió serle adjudicada a mí representado la que en la sumativa de los puntajes legalmente calificados queda por encima de la que se declaró ganadora (fls. 241, 247 y 248, c. ppal 2).

Por último, puso de presente que tales irregularidades fueron advertidas por la Procuraduría Provincial de Sogamoso.

3.2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la Fiduciaria La Previsora S.A. reiteró sus argumentos de defensa de la primera instancia (fls. 260 y 261, c. ppal 2).

El Ministerio Público (fls. 262 a 294, c. ppal 2) conceptuó que la calificación de las propuestas fue irregular, toda vez que (i) se valoró doblemente la experiencia general, en forma separada de la experiencia específica y dentro de esta; (ii) aunque el ganador no acreditó trayectoria en contratos de interventoría se le

asignó puntaje, en contraste, la calificación de la actora no consultaba el número de certificaciones allegadas para acreditar toda su experiencia general y específica, sin perder de vista que estos dos factores sumaban el 60% de la calificación; (iii) la fiduciaria efectuó una ponderación de los criterios de evaluación que no estaba en los términos de referencia y sin ningún adendo.

Estimó que el ejercicio estricto de evaluación arrojaba como adjudicataria a la demandante y que sus perjuicios deben corresponder al 10% del valor del contrato, en tanto corresponde a la utilidad esperada en este tipo de negocios, sin lugar al reembolso de los gastos en que se incurrió para participar por tratarse del costo de la oportunidad.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

4.1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

Como dentro de la controversia está una entidad pública y estatal³, el municipio de Sogamoso, es de conocimiento de esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos⁴.

De otro lado, previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993⁵ prescribía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituía la vía procesal conducente para buscar la nulidad de los actos administrativos de adjudicación.

4.1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que el municipio demandado es el responsable del proceso licitatorio y su contraparte fue proponente dentro del mismo, según la resolución 280 del 7 de marzo de 1994, por medio de la cual se adjudicó la interventoría técnica y administrativa de unas obras dentro del plan de desarrollo municipal (fls. 2 y 3, c. ppal, en copia auténtica).

Ahora, frente a la excepción propuesta por la Fiduciaria La Previsora S.A., huelga

³ Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: *“Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) 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 (...)”*.

⁴ El numeral 2 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, asignó el conocimiento en primera instancia a los tribunales administrativos de los procesos de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios y organismos administrativos del orden municipal, cuando no sean de única instancia. En ese orden, como los perjuicios materiales se calcularon en \$15.000.000, siendo esta la mayor pretensión (fl. 10, c. ppal), es claro que para el año 1994, cuando se presentó la demanda (fl. 34, c. ppal 1), la controversia de nulidad y restablecimiento tenía un valor superior a \$2.200.000. En el mismo sentido, ver auto del 19 de noviembre de 2002 dictado dentro del presente proceso (fls. 255 y 256, c. ppal 2).

⁵ *“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”*.

recordar que la legitimación en la causa tiene dos connotaciones, a saber: de hecho y material. La primera, entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado; la segunda, alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda⁶.

Superada la legitimación de hecho, en tanto es indiscutible que la fiduciaria fue demandada y vinculada procesalmente a la presente *litis*, no de otra forma se explica que la Sala se ocupe de esta cuestión, es preciso preguntarse si participó en el trámite contractual cuestionado. En esa vía, precisa advertir que el hecho de suscribir el contrato de fiducia mercantil del 28 de junio de 1993 con el municipio de Sogamoso (fls. 52 a 59, c. ppal, copia auténtica) le impuso, entre otras, la siguiente carga:

TERCERA: OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: En virtud del presente contrato la FIDUCIARIA se obliga a: (...) 7) Designar y contratar, con cargo a los recursos del fideicomiso la interventoría técnica y administrativa (fl. 54, c. ppal).

Por esa razón, la adjudicación que se cuestiona se hizo con base “en los lineamientos y el concepto emitidos” por la fiduciaria (fl. 2, c. ppal), como dan cuenta los términos de referencia y las evaluaciones que elaboró (fls. 1 a 31 y 55 a 65, anexo I, en copia auténtica). De esa forma se sigue su legitimación material, en la medida que participó realmente en el proceso de selección *sub iudice*, sin que se enerve la misma porque en el párrafo primero de la cláusula novena de la fiducia mercantil⁷ la liberaron de toda responsabilidad por su gestión y la trasladaron al Comité Operativo⁸, tampoco por la liquidación bilateral de esa relación contractual (fls. 142 a 146, c. ppal, copia auténtica del acta); por lo tanto será en el análisis de fondo donde se despeje la discusión frente a la imputación del daño deprecado.

4.1.3. La caducidad

El acto administrativo en cuestión debía demandarse dentro de los cuatro meses siguientes a su comunicación, notificación o publicación. En ese orden, como la copia de la resolución 280 del 7 de marzo de 1994 fue entregada a la actora el 11 del mismo mes y año (fls. 4 y 5, c. ppal, constancias de envío originales) y la demanda se presentó el 11 de julio siguiente (fl. 17, c. ppal), fuerza concluir que lo fue en tiempo.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 19.753, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ El contenido de la cláusula es el siguiente: “NOVENA: FUNCIONES DEL COMITÉ: PARÁGRAFO PRIMERO: Para las funciones aquí señaladas y las que se determinen posteriormente, que entrañen aprobación de gestión o instrucciones impartidas, el Comité Operativo contará con poder decisorio, y las decisiones adoptadas serán de obligatorio cumplimiento para la FIDUCIARIA, quedando liberada de toda responsabilidad por el cumplimiento de las mismas” (fl. 57, c. ppal).

⁸ En la cláusula octava pactaron que la planeación y supervisión general del contrato de fiducia estaría a cargo de un Comité Operativo, integrado por diferentes funcionarios de la alcaldía, del concejo municipal de Sogamoso y por un representante de la fiduciaria (fl. 56, c. ppal). Y en el párrafo segundo de la cláusula novena precisaron: “En este Comité el representante designado por la FIDUCIARIA actuará con voz pero sin voto” (fl. 57, c. ppal).

Como se desprende de la demanda el actor alega tener un mejor derecho y por lo cual controvertió las reglas de adjudicación, las cuales según su versión fueron modificadas para favorecer al adjudicatario.

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si dentro del proceso de selección para contratar la interventoría técnica y administrativa de las obras del Plan de Desarrollo del municipio de Sogamoso, se incurrió en un favorecimiento indebido frente al proponente ganador (i) al ampliar la inscripción en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso del 31 de diciembre de 1993 hasta el 17 de enero de 1994, y (ii) evaluar incorrectamente su experiencia y el personal técnico requerido por omisión de la documentación mínima exigida, y valorar la experiencia general de forma separada de la experiencia específica y una vez más dentro de esta última. De ser así, se impondría revisar si se trataba de la mejor propuesta, determinar el daño causado con base en lo probado y dilucidar sobre la imputación a las demandadas.

4.3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN

4.3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección

De entrada, precisa advertir que para el 17 de enero de 1994 (fl. 33, anexo 1, avisó de apertura, copia auténtica), cuando se abrió la licitación pública en estudio, el municipio de Sogamoso, en esta materia, se encontraba sometido a las previsiones de la Ley 80 de 1993⁹. En consecuencia, se impone estudiar lo acontecido a la luz del estatuto contractual referido¹⁰.

Con todo, vale precisar que aun cuando el proceso de selección fue iniciado por la Fiduciaria La Previsora S.A.¹¹, entidad, en principio, exceptuada del Régimen General de Contratación de la Administración Pública¹², lo hizo en cumplimiento del contrato de fiducia mercantil suscrito con el municipio de Sogamoso y con los recursos públicos de este último. Por consiguiente, se impone el régimen de la entidad territorial que le señala la forma de disponer de sus recursos¹³.

⁹ Efectivamente, en su artículo 81 se dispuso que, salvo algunas disposiciones, la vigencia de la referida ley sería a partir del 1 de enero de 1994.

¹⁰ La Ley 80 de 1993, sobre el tema, precisó: “**ARTÍCULO 78. DE LOS CONTRATOS, PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS EN CURSO. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación**”.

¹¹ El artículo 70 del Decreto 919 de 1989, que modificó el artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, autorizó a la compañía de seguros La Previsora S.A. y a otras entidades públicas que tuvieran el mismo objeto del Fondo Nacional de Calamidades a constituir una sociedad fiduciaria, entre otros, para su manejo, dispuso: “*El Fondo Nacional de Calamidades será manejado por la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público*”.

¹² El párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribió: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades*”. El artículo 3 del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico Financiero, disponía: “*Sociedades de servicios financieros. 1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad*”.

¹³ El literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 define como entidad estatal, entre otros, a los municipios. A su turno, en los términos del artículo 32 *ejusdem*, son estatales los contratos celebrados por esas entidades. El artículo 13 de la misma ley determinó que el régimen jurídico de los contratos estatales es

En ese orden, si bien la fiducia mercantil se concretó en la transferencia de unas sumas de dinero del municipio de Sogamoso para que la fiduciaria las administrara e invirtiera, mientras se destinaban al desarrollo de las obras del Plan de Desarrollo de la entidad territorial¹⁴, ello no comporta, de ninguna manera, que se mute la naturaleza de los recursos entregados y, por ende, el régimen jurídico de su ejecución. En torno al alcance del parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esta Corporación ha precisado¹⁵:

La sola lectura de la disposición legal transcrita muestra que, sin duda, no es la llamada a regular este caso; en efecto, ella se refiere a los contratos celebrados por compañías de seguros (y otras), de carácter estatal, en principio, con los particulares; tales contratos se excluyen de la regulación de la ley 80, exclusión que requería de norma expresa porque, en caso contrario, se podría pensar que, siendo una de las partes una entidad estatal (para el caso la aseguradora), se trataría de un contrato estatal típico sujeto a la ley 80.

Lo dicho hace ver que la norma no se refiere a los contratos de seguro (u otros) celebrados por una aseguradora privada o estatal con una de las entidades estatales que enlista el art. 2 de la ley 80.

La Sala, en otras oportunidades, ha establecido que si el contrato, en desarrollo de las actividades descritas en la norma, es celebrado por una entidad estatal y un particular, es competente la jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre las controversias que surjan.

*Ha afirmado que lo que pretende la norma es que los contratos de seguro, entre otros, cuando son celebrados por compañías de seguros de carácter estatal no sean considerados, por este simple hecho, como contratos estatales, **pero no es aplicable cuando la entidad aseguradora o financiera es un particular que celebra un contrato con una entidad estatal; en este caso, como se dijo, tiene aplicación la regla general establecida en el art. 32.***

Tampoco tiene aplicación la excepción consagrada en el parágrafo 1º del art. 32 cuando el contrato es celebrado entre dos entidades estatales pues, en ese caso, la competencia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

“Sin embargo, el régimen de excepción así establecido no está excluyendo la atribución a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las

el del derecho privado, con excepción de lo expresamente regulado en la plucitada ley, en particular, los procesos de selección (artículo 24).

¹⁴ La cláusula primera de la fiducia dispuso: “**PRIMERA: OBJETO:** El presente contrato tiene por objeto, constituir una fiducia mercantil sobre las sumas que el FIDEICOMITENTE entregará a la FIDUCIARIA, a título de Fiducia, con el fin de que ésta la administre, invierta y destine al desarrollo de las obras incluidas en el plan de desarrollo del municipio de Sogamoso, contenidas en los acuerdo 007, 011 y 012 de 1993” (fls. 52 y 53, c. ppal). El artículo 1226 del Código de Comercio define: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, exp. 28.154, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

controversias contractuales que se deriven de los contratos celebrados en desarrollo de dichas actividades cuando el contratante sea también una entidad estatal de aquellas que están sujetas a dicho estatuto, caso en el cual la atribución de competencia prevista en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 se mantiene, en razón de la naturaleza que adquiere el respectivo contrato.

*En otros términos, si el contrato al cual se refiere la figura exceptiva del párrafo del artículo 32, lo celebra un establecimiento de crédito, compañía de seguros u otra entidad financiera, siendo ella de carácter estatal, con un particular, **la regulación y la jurisdicción** escaparán a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Pero si el contrato es celebrado, no con un particular, sino con otra entidad estatal, como ocurre en este caso en que el contratista es el municipio de Buenaventura, es claro que los preceptos de dicha Ley, al menos en cuanto a la jurisdicción se refiere, no se ponen en duda”¹⁶ (se destaca).*

Valga precisar que si bien la sentencia se ocupa, principalmente, de la jurisdicción a la cual le corresponde las controversias derivadas de un contrato donde uno de los extremos es una entidad financiera estatal, no es menos cierto que los argumentos resultan igualmente válidos para concluir que el régimen jurídico aplicable corresponde al de la entidad estatal no excluida, debido al claro compromiso de sus recursos públicos, cuya forma de ejecución está contenida en la Ley 80 de 1993; sin perjuicio del régimen privado precontractual y contractual propio de la fiducia mercantil, para regular la relación jurídica entre sus partes, en consideración a su condición de contrato de derecho privado de la administración como lo disponía la norma vigente a su suscripción, esto es el Decreto Ley 222 de 1983¹⁷.

La Corte Constitucional, en torno a la constitucionalidad del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, destacó la importancia de la *“reglamentación de un contrato como el de fiducia pública, que si bien se relaciona con el ejercicio de operaciones financieras, bursátiles y aseguradoras, entre otras, debe hacer parte de un estatuto de contratación administrativa, pues en últimas ese contrato supone que la entidad contratante es entidad pública y, por tanto, su régimen se debe establecer en una ley como la Ley 80 de 1993. Pretender lo contrario significaría, entonces, que cualquier ejercicio por parte de una entidad estatal de una actividad que de una forma u otra se relacione con el campo financiero o bursátil, por ejemplo, debería someterse a los parámetros de una ley general. Para la Corte es claro que ese no es el espíritu de los artículos 150-19 y 335 constitucionales”¹⁸.*

En esa línea, el inciso 6 del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 precisó que los *“actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario **cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto**, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente”* (se destaca).

¹⁶ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 7 de marzo de 2002, exp. 19057.

¹⁷ El inciso 4 del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribe: *“Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias”.*

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-086 del 1 de marzo de 1995, exps. acumulados D-647 y D-672, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Al respecto, es preciso señalar que las demandadas discutieron la cuestión y llegaron a la misma conclusión. Efectivamente, en el acta 1 del 29 de octubre de 1993, el Comité Operativo del fideicomiso acordó realizar una convocatoria privada a partir del 12 de noviembre siguiente para seleccionar la firma interventora (fl. 168, c. 4, copia auténtica remitidas por la Procuraduría Departamental de Boyacá)¹⁹. En la reunión del 7 de diciembre siguiente se dejó constancia de que se debía determinar si se aplicaba o no Ley 80 de 1993. En la misma acta, se acordó que *“la Fiduciaria aceptará completar las propuestas de quienes intervinieron en la primera invitación, juntos con otros dos que invitará a su libre elección, al igual de otros dos que propondrá el municipio, siempre y cuando la Ley 80 lo permita”*. (fls. 191 y 194, c. 4, Acta 3, copia auténtica remitida por la Procuraduría Departamental de Boyacá). En el acta 4 del 17 de diciembre de 1993 consta (fl. 70, anexo 1, copia auténtica):

7. Análisis y aprobación términos de referencia para la contratación de la interventoría

La Fiduciaria explica que como el proceso de selección de interventoría se inició el 29 de octubre y para esta fecha ya había entrado en vigencia de la Ley 80 de 1993, este proceso requiere licitación pública (...).

4.3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. De las cuales se tiene:

4.3.2.1. El 28 de junio de 1993, el municipio de Sogamoso y la Fiduciaria La Previsora suscribieron el contrato de fiducia mercantil, en los siguientes términos (fls. 52 a 59, c. ppal, copia auténtica):

PRIMERA OBJETO: El presente contrato tiene por objeto constituir una fiducia mercantil sobre las sumas que el FIDEICOMITENTE entregará a la FIDUCIARIA, a título de Fiducia, con el fin de que esta la administre, invierta y destine al desarrollo de las obras incluidas en el plan de desarrollo del municipio de Sogamoso, contenidas en los acuerdos 007, 011 y 012 de 1993. SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE: En virtud del presente EL FIDEICOMITENTE se obliga a: 1) Transferir a LA FIDUCIARIA los recursos necesarios para el desarrollo del objeto del presente contrato, previa presentación por parte de la FIDUCIARIA de las respectivas cuentas de cobro. 2) Entregar a LA FIDUCIARIA la información técnica, el presupuesto, especificaciones, planos, estudios, licencia, programación de obra, etc. 3) Solicitar a LA FIDUCIARIA mediante la presentación de órdenes de pago, cualquier otro desembolso siempre y cuando se encuentre en el flujo de fondos aprobado por el Comité Operativo. (...) 7) Participar en el Comité Operativo a través de los miembros designados para tal efecto. (...). TERCERA: OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: En virtud del presente contrato LA FIDUCIARIA se obliga a: 1) Administrar e invertir los recursos que le confían o que le sean entregados en virtud de este contrato y mientras

¹⁹ Es preciso llamar la atención de que fue la parte actora quien solicitó la remisión de la susodicha investigación disciplinaria (fl. 107, c. ppal); sin embargo, el *a quo*, mediante auto del 29 de noviembre de 1995 (fl. 1, c. 4), se abstuvo de ordenar la inspección judicial a la alcaldía de Sogamoso para obtener los antecedentes del proceso contractual en estudio, toda vez que ya se encontraban dentro de la información enviada por las diferentes entidades requeridas, entre ellas, la Procuraduría .

se destinan al cumplimiento del objeto del presente contrato, de manera expresa y con destinación específica en cuentas de ahorro, fondos comunes ordinarios, en títulos de alta liquidez, seguridad y rendimiento, emitidos, avalados, aceptados o garantizados por establecimientos de crédito, entidades financieras, organismos cooperativos y en general por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, igualmente podrá invertir en títulos autorizados por la Superintendencia de Valores o inscritos en Bolsa de Valores o que puedan negociarse en ella, en título emitidos, aceptados, avalados o garantizados por la Nación, el Banco de la República u otras entidades públicas

2) Administrar y disponer de los rendimientos que produzcan las sumas dadas en fiducia, en la forma establecida en la legislación vigente. (...)6) Contratar, siempre y cuando no se establezca una relación laboral, los diseños, estudios y presupuesto, con las personas seleccionadas por el Comité Operativo y cancelar los honorarios con cargo a los recursos del fideicomiso. 7) Designar y contratar, con cargo a los recursos del fideicomiso la interventoría técnica y administrativa. 8) Designar y contratar con cargo a los recursos del fideicomiso, el Director del proyecto que sea designado por el Comité Operativo. 9) Celebrar todos los contratos que se requieran con personas naturales o jurídicas especializadas, para la adquisición de bienes y prestación de los servicios relacionados con el desarrollo del objeto del presente contrato, previa aprobación del Comité Operativo. 10) Revisar el presupuesto y elaborar los pliegos de contratación para presentarlo a estudio y aprobación del Comité Operativo (...).

15) Participar en el Comité Operativo del Fideicomiso a través de los representantes designados para tal efecto (...).

QUINTA: GESTIÓN FIDUCIARIA: Queda claramente entendido que las obligaciones de la FIDUCIARIA son de medio y no de resultado, debiendo realizar diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el presente contrato. (...)

OCTAVA: COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL: La planeación y supervisión general del presente contrato estará a cargo del FIDEICOMITENTE, no obstante la planeación, desarrollo y destinación de cada operación, aspectos técnicos y operativos que surjan durante la ejecución del mismo, corresponderá a un COMITÉ OPERATIVO integrado por el Alcalde municipal, el Jefe del Departamento de Planeación municipal, tres delegados del Concejo municipal con sus respectivos suplentes elegidos en plenario y un representante de la FIDUCIARIA (...).

NOVENA: FUNCIONES DEL COMITÉ OPERATIVO: El Comité Operativo tendrá como funciones las siguientes: (...) 6) Seleccionar a los terceros contratistas necesarios para el desarrollo del objeto del presente contrato, diseño y adquisición de bienes y servicios del cuadro comparativo que para el efecto le presente la FIDUCIARIA y conforme los requerimientos del contrato contenidos en el programa elaborado por el FIDEICOMITENTE (...).

PARÁGRAFO PRIMERO: Para las funciones aquí señaladas y las que se determinen posteriormente, que entrañen aprobación de gestión o instrucciones impartidas, el Comité Operativo contara con poder decisorio y las decisiones adoptadas serán de obligatorio cumplimiento para la FIDUCIARIA, quedando liberada de toda responsabilidad por el cumplimiento de las mismas.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En este Comité el representante designado por la FIDUCIARIA actuará con voz pero sin voto (...).

DÉCIMA PRIMERA: SEPARACIÓN DE LA FIDUCIA: LA FIDUCIA mantendrá los bienes que inicialmente reciba, al igual que aquellos que en su desarrollo le sean entregados, separados del resto de sus activos y de los que corresponda a otros negocios fiduciarios, los cuales formarán un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en este negocio jurídico (...).

DÉCIMA

OCTAVA: LEGISLACIÓN APLICABLE: En lo no previsto en las cláusulas anteriores, el presente contrato se regulará por lo que disponen los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio y por las instrucciones de la Superintendencia Bancaria (fls. 52 a 57, c. ppal).

4.3.2.2. El 13 de enero de 1994, el Comité Operativo del fideicomiso autorizó ampliar la fecha hasta el 17 siguiente para que los proponentes se inscribieran en el Registro de Interventores del municipio (fl. 78, anexo 1, copia auténtica). Obra el aviso del adendo correspondiente, sin fecha, elaborado por la fiduciaria (fls. 34, anexo 1, copia auténtica).

4.3.2.3. El 17 de enero de 1994, en desarrollo de la fiducia mercantil, la Fiduciaria La Previsora S.A. abrió la licitación pública PSG 001/94²⁰ para contratar la interventoría técnica y administrativa de las obras del Plan de Desarrollo del municipio de Sogamoso (fl. 33, anexo 1, copia auténtica del aviso de publicación). En dicho documento se tiene:

FECHA DE APERTURA: A partir de las 8:00 del día 17 de enero de 1994.

PARTICIPANTES: Podrán participar en esta licitación, las personas naturales o jurídicas colombianas que a 31 de diciembre de 1993, se hallen debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el Registro de Interventores del municipio de Sogamoso (...).

SELECCIÓN DE LAS PROPUESTAS: Las propuestas técnicas serán calificadas por la Fiduciaria y presentará el cuadro comparativo para estudio y aprobación al Comité Operativo del Fideicomiso quien adjudicará el contrato.

La calificación de las propuestas tendrá un puntaje máximo total de 100 puntos distribuidos así: Cronograma de la ejecución de la interventoría (20 puntos); experiencia general de la firma (20) puntos; experiencia de la firma (40 puntos); experiencia general y específica del personal (20) (...).

FECHA DE CIERRE Y APERTURA DE LAS PROPUESTAS: Se hará en las oficinas de la FIDUCIARIA LA PREVISORA LTDA., calle 14 No. 12.59, oficina 202, Sogamoso, Boyacá a las 10:00 a.m. del día 24 de enero de 1994. No se aceptarán propuestas enviadas por correo, ni depositadas en lugares distintos.

4.3.2.4. El 18 de enero siguiente, el Secretario de Planeación del municipio de Sogamoso, en su calidad de integrante del Comité Operativo, puso de presente que no tenía conocimiento de los pliegos de la licitación y que “*el interventor no lo nombra la Fiduciaria y que esta entidad se está tomando atribuciones que no le competen*”. El ingeniero Jairo Luis Cubides, representante de la fiduciaria, “*entregó a los miembros del Comité presentes copia de los términos de referencia para la contratación de la interventoría*”. Asimismo, se aprobó solicitar a la fiduciaria que publicara un nuevo adendo para ampliar la inscripción en el Registro de Interventores municipal hasta el 24 del mismo mes y año (fls. 78 y 82, c. ppal, acta 8, copia auténtica).

²⁰ *Estricto sensu* corresponde a un concurso de méritos, en tanto lo pretendido es un contrato de consultoría (artículo 32, numeral 2 de la Ley 80 de 1993); sin embargo, se acoge la denominación dada por la fiduciaria en aras a evitar confusiones innecesarias.

4.3.2.5. En lo pertinente, los términos de referencia, sin fecha, prescribieron²¹:

1.13. CALIDAD DEL PERSONAL TÉCNICO DEL INTERVENTOR

El personal técnico propuesta por el interventor deberá cumplir con los siguientes requisitos mínimos.

a) Ingeniero o arquitecto-director (tiempo completo). Con un mínimo de cinco años de experiencia comprobada en labores de interventoría y con matrícula profesional vigente de ingeniero civil o arquitecto.

b) Un ingeniero civil o arquitecto residente. (de tiempo completo, seis meses). Con mínimo de cinco (5) años de experiencia comprobada en labores de interventoría de construcción de obras, con matrícula profesional vigente.

c) Ingeniero residente (de tiempo completo, cuatro meses). Como mínimo cinco (5) años de experiencia comprobada en labores de interventoría de construcciones de vías, con matrícula profesional vigente de ingeniero civil o de vías.

d) Ingeniero electricista (tiempo parcial), con las idénticas características de los profesionales anteriores. El oferente debe indicar el porcentaje de tiempo que le dedicará el profesional a la obra.

e) Dos inspectores de obra (de tiempo completo, cuatro y seis meses). Con cinco (5) años mínimos de práctica, en control de obras de la misma naturaleza de las que se llevarán a cabo.

f) Un topógrafo (de tiempo completo, cuatro meses). Con mínimo tres (3) años de la experiencia comprobada en labores de la misma naturaleza de las que se llevarán a cabo.

El oferente podrá proponer el personal adicional que considere necesario de acuerdo a su organización y mitología prevista, e indicará el porcentaje de tiempo necesario que dicho personal le dedicará a la obra.

La experiencia del personal aquí solicitada, se contará a partir de la fecha de expedición de la matrícula profesional.

Si durante el desarrollo de los trabajos se hace necesario el cambio de algún técnico. Será (sic) necesario reemplazarlo por uno de igual o mayor experiencia al propuesto inicialmente.

Estos cambios serán aprobados por el Comité Operativo del Fideicomiso. El municipio de Sogamoso y la Fiduciaria se reservan el derecho de solicitar cambios en el personal vinculado al contrato de interventoría.

Las propuestas se consideran válidas hasta cuatro (4) meses después de su presentación tiempo en el cual los consultores deberán mantener sin cambio el personal propuesto (...).

1.18. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

²¹ En copia auténtica (fls. 1 a 31, anexo 1).

La propuesta técnica deberá estar acompañada por los siguientes documentos (...):

c) Enfoque general de la interventoría y la metodología propuesta para la ejecución de los trabajos, de acuerdo con los programas de construcción.

d) Esquema de organización de la interventoría y el esquema de distribución del personal.

e) Programa de ejecución de la interventoría, en función del plazo especificado en el numeral 1.2, incluyendo el personal y el tiempo de cada uno para cada frente de trabajo.

f) Información sobre la experiencia general de la firma, incluyendo los últimos contratos celebrados, indicando entidad contratante, objeto del contrato, valor y fechas de iniciación y terminación, el proponente debe incluir en su oferta certificaciones de los trabajos realizados.

g) Información sobre experiencia específica en interventoría de construcción de vías y construcción de edificios de la firma en trabajos similares a los que hacen parte del objeto de esta invitación durante los últimos cinco (5) años. Indicando entidad contratante, objeto del contrato, valor y fechas de iniciación y terminación. Se debe incluir certificaciones de los trabajos realizados.

h) Información sobre la experiencia del personal que proyecta emplear en los trabajos, identificando el cargo que desempeñará dentro del contrato y anexando las hojas de vida de cada uno de ellos. Se debe incluir certificación de los trabajos realizados.

Es independiente que el proponente establezca el número de personas a utilizar en el desarrollo de los trabajos de acuerdo con el enfoque y organización que de a los mismos, lo cual estará sujeto a revisión y aprobación de la Fiduciaria la Previsora Ltda., a través del vicepresidente inmobiliario sin embargo, deberá cumplir con lo mínimo que es:

Un (1) ingeniero o arquitecto director

Un (1) arquitecto residente

Un (1) ingeniero residente

Un (1) ingeniero electricista (tiempo parcial)

Dos (2) Inspectores de obra (tiempo completo)

Un (1) topógrafo (tiempo completo) (...)

j) Carta de intención suscrita por los profesionales que se pretende utilizar en la interventoría.

1.19. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS

Las propuestas técnicas serán calificadas por la Fiduciaria la Previsora Ltda. y presentará el cuadro comparativo para estudio y aprobación del Comité Operativo del Fideicomiso Sogamoso.

La calificación de las propuestas tendrá un puntaje máximo total de 100 puntos distribuidos así:

-Cronograma de la ejecución de la interventoría (enfoque, metodología, organización, **otros**).... 20 puntos.

-Experiencia general de la firma (sin incluir la experiencia específica) 20 puntos.

-Experiencia específica en interventoría de construcción vías y de construcción edificios de la firma durante los últimos 5 años 40 puntos.

-Experiencia general y específica del personal que proyecta emplear en los trabajos de la interventoría 20 puntos.

Ante la igualdad de puntaje en las propuestas técnicas se decidirá por la propuesta económica más baja, las propuestas económicas solo se conocerán después de efectuado el estudio de la propuesta técnica y se hará en presencia de los proponentes, mediante invitación hecha con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación (...).

1.23. TÉRMINO PARA LA SELECCIÓN DE LA OFERTA Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

La selección de la propuesta se hará dentro de los 30 días calendario siguiente a la fecha fijada para su cierre o dentro del término de prórroga, sino lo hubiese, dentro del mismo términos se podrá declara inconveniente la contratación de la interventoría conforme a la ley (se destaca) (fls. 7 a 13, anexo 1).

4.3.2.6. Según el informe de evaluación de las propuestas se presentaron la sociedad Ingeniería y Geología Ltda. (propuesta 1) y los señores Néstor Arteaga Peña (propuesta 2) y Jaime Cepeda Fonseca (propuesta 3) (fl. 62, anexo 1, informe de evaluación en copia auténtica y fl. 233 y 234, c. 4, copia auténtica allegada por la Procuraduría Departamental de Boyacá), cuyo consolidado arrojó los siguientes guarismos:

RESUMEN DE ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS				
DESCRIPCIÓN	PUNTOS	PROPUESTA 1	PROPUESTA 2	PROPUESTA 3
1. CRONOGRAMA	20			
1.1. Enfoque	4	4	4	3.5
1.2. Metodología	7	7	7	6.5
1.3. Organización	5	5	5	5
1.4. Organigrama	2	2	0.5	2
1.5. Cronograma	2	2	0.75	1
SUBTOTAL	20	20	17.25	18
2. EXPERIENCIA GENERAL	20			
2.1 Años de experiencia	10	3	7.5	5

2.2 Organización general	5	4.5	3.5	1
2.3 Organigrama	5	5	5	0
SUBTOTAL	20	12.5	16	6
3. EXPERIENCIA ESPECÍFICA DE LA FIRMA	40			
3.1 Contratos de interventoría	30	7	7.75	4.9
3.2 Contratos generales	10	6.96	9.31	6.1
SUBTOTAL	40	13.96	17.6	11
4. EXPERIENCIA DEL PERSONAL INVOLUCRADO	20			
4.1 Director				
4.1.1 Interventoría	5	2	2.5	Ilegible
4.1.2 Contratos	3	2.5	3	Ilegible
4.1.3 Empleos	2	2	2	Ilegible
4.2 Residente				
4.2.1 Interventoría	1	1	1	Ilegible
4.2.2 Contratos	1	1	1	Ilegible
4.2.3 Empleos	1	1	1	Ilegible
4.3 Residente				
4.3.1 Interventoría	1	1	1	Ilegible
4.3.2 Contratos	1	1	1	Ilegible
4.3.3 Empleos	1	1	1	Ilegible
4.4 Electricista	1	1	1	Ilegible
4.5 Inspector	1	1	0.35	Ilegible
4.6 Inspector	1	1	0.5	Ilegible
4.7 Topógrafo	1	1	1	0
SUBTOTAL		16.5	16.35	Ilegible

TOTAL		62.96	66.66	49 (sic)
--------------	--	-------	-------	----------

Adjunto a la evaluación, obra un documento denominado “*METODOLOGÍA PARA LA EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS DE INTERVENTORÍA*”, en tanto los anexos ni el índice de los términos de referencia dan cuenta de él, en el cual consta (fl. 63 a 65, anexo 1, copia auténtica):

1.- *Cronograma de la ejecución de la interventoría (Enfoque, Metodología, Organización, Otros) 20 puntos*

1.1. *Enfoque: Descripción general para la prestación del servicio de la Interventoría propuesta. 0.0 a 5.0 puntos.*

1.2. *Metodología: Metodología propuesta para el desarrollo de la Interventoría: 0.0 a 5.0 puntos.*

1.3. *Organización: Organización propuesta, para el desarrollo de la interventoría. 0.0 a 5.0 puntos.*

1.4. *Organigrama: organigrama propuesta, para el desarrollo de la interventoría. 0.0 a 2.0 puntos.*

1.5. *Cronograma: Cronograma propuesto, para el desarrollo de la interventoría. 0.0 a 2.0 puntos.*

2. *Experiencia general de la firma (sin incluir la experiencia específica) 20 puntos.*

2.1. *Años de experiencia de la firma. Para 10 años o más 10 puntos. 0.0 a 10.0 puntos.*

2.2. *Organización general de la firma. 0.0 a 5.0 puntos.*

2.3. *Organigrama de la firma. 0.0 a 5.0 puntos.*

3. *Experiencia específica en Interventoría de construcción vías y de construcción de edificios de la firma durante los últimos 5 años 40 puntos.*

3.1. *Experiencia de la firma en contratos de interventoría. 0.0 a 30.0 puntos.*

3.2. *Experiencia de la firma en contratos generales. 0.0 a 10.0 puntos.*

4. *Experiencia general y específica del personal que proyecta emplear en los trabajos de la Interventoría 20 puntos*

4.1. *Director de interventoría (ingeniero o arquitecto). 10 puntos.*

4.1.1. *Experiencia específica en interventoría como contratista o como empleado (profesional), para 5 años o más 5.0 puntos. 0.0 a 5.0 puntos.*

4.1.2. *Experiencia general como contratista en obras de construcción de edificios y/o vías, para 5 años o más de experiencia 2.0 puntos. 0.0 a 2.0 puntos.*

4.2. Ingeniero residente de vías 3.0 puntos.

4.2.1. Experiencia específica en interventorías, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.2.2. Experiencia general en contratación, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.2.3. Experiencia como empleado, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.3. Ingeniero o arquitecto residente de construcción 3.0 puntos.

4.3.1. Experiencia específica en interventorías, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.3.2. Experiencia general en contratación, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.3.3. Experiencia como empleado, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.4. Ingeniero electricista, experiencia general, específica o como empleado, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.5. Inspector de vías. Experiencia general, específica o como empleado, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.6. Inspector de construcción. Experiencia general, específica o como empleado, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.7. Topógrafo. Experiencia general, específica o como empleado, para 5 años o más 1.0 puntos. 0.0 a 1.0 puntos.

4.3.2.7. El 3 de febrero de 1994, el Comité Operativo aprobó el informe de evaluación en los siguientes términos (fls. 280 a 285, anexo 1, copia auténtica):

*El ingeniero Dairo Valderrama (Secretario de Planeación municipal) pregunta si el informe de la licitación se presenta para conocimiento de la junta o este debe ser aprobado. La doctora Diana González (Coordinadora de los proyectos fiduciarios de la Fiduciaria) **dice que el informe debe ser aprobado** (...).*

3. Presentación del informe de la licitación No. PSG 001/94

La doctora Diana González informa al Comité Operativo la metodología utilizada para evaluar las propuestas técnicas para el orden de elegibilidad de la interventoría y los resultados de la misma, se entregan a los miembros del Comité Operativo y hacen parte integral del acta.

Se indicó que para el estudio de las propuestas técnicas se conformaron dos grupos de trabajo, y sus resultados finales fueron:

PRIMERA PROPUESTA

Primer análisis	62 puntos
Segundo análisis	63.92 puntos

SEGUNDA PROPUESTA

Primer análisis 66.7 puntos
Segundo análisis 66.62 puntos

TERCERA PROPUESTA

Primer análisis 44 puntos
Segundo análisis 55 puntos

Posteriormente se sacó el promedio de los dos análisis efectuados por la Fiduciaria La Previsora S.A. obteniéndose el siguiente resultado:

Propuesta uno 62.95 puntos
Propuesta dos 66.66 puntos
Propuesta tres 49.5 puntos (...)

El doctor Luis Guillermo González Luque somete a aprobación la evaluación de las propuestas técnicas del orden de elegibilidad para la interventoría, la cual es aprobada por el Comité Operativo.

4.3.2.8. El 8 de febrero de 1994, la actora presentó observaciones ante la fiduciaria a su informe de evaluación frente al puntaje asignado a la propuesta del señor Néstor Arteaga Peña, particularmente, en torno a la presentación de un organigrama de junta directiva, cuando actuó como persona natural y la experiencia de algunos profesionales (fls. 38 a 41, anexo 1, copia auténtica).

4.3.2.9. El 7 de marzo siguiente, el municipio de Sogamoso, mediante resolución 280, a través de su alcalde, “siguiendo los lineamientos y el concepto emitidos por la Fiduciaria La Previsora S.A. al Comité Fiduciario, decidió adjudicar el contrato de interventoría al ingeniero NÉSTOR ARTEAGA PEÑA, por valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CIENCUENTA PESOS (\$55.838.250) Mcte” (fl. 2, c. ppal, copia auténtica) y, en consecuencia, autorizó a la fiduciaria para contratar (fls. 2 y 3, c. ppal, copia auténtica).

4.3.2.10. El 16 de marzo siguiente, la fiduciaria desestimó las observaciones formuladas por la actora (fls. 286 a 288, c. 4, copia auténtica remitida por la Procuraduría Departamental de Boyacá).

4.3.3. DE LOS CARGOS FORMULADOS

Teniendo en cuenta que los cargos formulados ponen en tela de juicio la elaboración, modificación y aplicación de las reglas del proceso de selección *sub judice*, es necesario hacer las siguientes precisiones.

4.3.3.1. Los pliegos de condiciones

De entrada, precisa advertir la discusión sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, la cual pasa por encuadrarlos como reglamento²² o acto

²² Cfr. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Legis, 1999, p. 183.

administrativo general²³. En ese orden, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que ninguna de esas clasificaciones es satisfactoria. En efecto, sobre el particular se dijo²⁴:

La Sala, puesta de nuevo sobre el problema, estima que ambas posiciones son inexactas, la primera por equivocada y la segunda por insuficiente, según pasa a explicarse.

En primer lugar, porque el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, éste es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo —en tanto no se agota con su aplicación— y se expide en ejercicio de la función administrativa.

Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como “acto administrativo”, naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato; se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general²⁵, puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios²⁶; pero igualmente tiene vocación para convertirse en “cláusula contractual”, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.

Esa naturaleza mixta deja de presente el claro impacto de las estipulaciones del pliego de condiciones, no sólo respecto del proceso de selección sino también en la futura relación contractual, razón por la cual su elaboración deberá responder estrictamente a las exigencias de la Ley 80 de 1993, normatividad aplicable en el presente asunto, sin perjuicio de la amplia facultad de configuración con que cuentan las entidades estatales. En efecto, en tal sentido, la Sección sostiene²⁷:

²³ Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 456-457.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18.059, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

²⁵ Cita original: *Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.*

²⁶ Cita original: *Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.*

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 2009, exp. 17.760, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993²⁸, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso; su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la Administración. Por esta razón, **los criterios de selección de la propuesta plasmados en los pliegos de condiciones para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos**, de forma tal que se pueda escoger aquel que resulte más favorable para los fines e intereses de la entidad estatal.

En suma, resulta menester que los criterios de selección que se consagren en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la Administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a proponer; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones.

De ahí que la Sala considere que si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, **los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella**. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato²⁹ (se destaca y subraya).

En suma, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia deberán ajustarse estrictamente a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la citada Ley 80, así:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

²⁸ Cita original: El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

²⁹ Cita original: Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

En armonía con lo expuesto, “la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que, cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o ineficacia de pleno derecho”³⁰.

Por último, la modificación de las reglas del proceso de selección no puede ser absoluta, so pena de vulnerar los derechos de los proponentes. En consecuencia, toda variación a las reglas implica correlativamente la oportunidad de los participantes de conocerlas con antelación y, si es del caso, ajustar sus propuestas a las nuevas exigencias. En un escenario distinto se muestran contrarias al ordenamiento jurídico.

4.3.3.2. *La doble valoración de la experiencia general.* La actora sostiene que la experiencia general se cuantificó de forma separada de la experiencia específica y dentro de ésta. Ello supone un defecto en la elaboración de la regla. Varias disposiciones de los términos de referencia resultan pertinentes para ilustrar el alcance de la exigencia. En efecto, el numeral 1.18, documentos de la propuesta, prescribió:

f) Información sobre la experiencia general de la firma, incluyendo los últimos contratos celebrados, indicando entidad contratante, objeto del contrato, valor y fechas de iniciación y terminación, el proponente debe incluir en su oferta certificaciones de los trabajos realizados.

g) Información sobre experiencia específica en interventoría de construcción de vías y construcción de edificios de la firma en trabajos similares a los que hacen parte del objeto de esta invitación durante los últimos cinco (5) años. Indicando entidad contratante, objeto del contrato, valor y fechas de iniciación

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 2009, exp. 17.760, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de abril 26 de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

y terminación. Se debe incluir certificaciones de los trabajos realizados (fl. 10, anexo 1).

De lo anterior se desprende que el factor de experiencia tenía dos variantes, una general y otra específica, diferenciadas porque en la última se exigía actividades en contratos de interventoría en construcción vías y de edificios, mientras que la primera excluía esta última. En todo caso, la demostración de ambas pasaba por las certificaciones donde se indicara el objeto del contrato, valor, fechas de iniciación y cumplimiento de los trabajos realizados³¹. Los parámetros de la evaluación fueron los siguientes:

1.19. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS (...)

La calificación de las propuestas tendrá un puntaje máximo total de 100 puntos distribuidos así (...):

-Experiencia general de la firma (sin incluir la experiencia específica) 20 puntos (fl. 12, anexo 1).

-Experiencia específica en interventoría de construcción vías y de construcción edificios de la firma durante los últimos 5 años 40 puntos

Frente a la distribución de los anteriores puntajes, el documento adjunto a la evaluación denominado “METODOLOGÍA PARA LA EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS DE INTERVENTORÍA” precisó (fl. 63 a 65, anexo 1, copia auténtica):

2. Experiencia general de la firma (sin incluir la experiencia específica) 20 puntos.

2.1. Años de experiencia de la firma. Para 10 años o más 10 puntos. 0.0 a 10.0 puntos.

2.2. Organización general de la firma. 0.0 a 5.0 puntos.

2.3. Organigrama de la firma. 0.0 a 5.0 puntos.

3. Experiencia específica en Interventoría de construcción vías y de construcción de edificios de la firma durante los últimos 5 años 40 puntos.

3.1. Experiencia de la firma en contratos de interventoría. 0.0 a 30.0 puntos.

*3.2. **Experiencia de la firma en contratos generales.** 0.0 a 10.0 puntos (se destaca) (fl. 63, anexo 1).*

Como se observa, sólo en la evaluación se precisaron los criterios para calificar las propuestas, incluido el que la actora estima como irregular. Actuación que sin perder de vista su ilegalidad, en tanto la etapa evaluativa resultaba inapropiada para el efecto, además de incorporar nuevos criterios de puntuación –así, (i) en la experiencia general se introdujo el criterio de años de experiencia, organización general y organigrama de la firma y, (ii) en la experiencia específica, se incluyó la

³¹ En efecto, los términos prescribieron: “EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS (...) // - Experiencia general de la firma (sin incluir la experiencia específica) (fl. 12, anexo 1)”.

relacionada con actividades de interventoría y en contratos generales-, ponía en evidencia la elaboración incompleta de las reglas del proceso de selección.

Precisa aclarar que el documento de metodología para evaluación de las ofertas no aparece relacionado como anexo al pliego³², como da cuenta su propio índice, sino adjunto a la evaluación misma, de lo que se sigue que fue en esta oportunidad donde se precisaron los alcances de los criterios de evaluación.

Efectivamente, los términos de referencia se limitaron a señalar que la experiencia general y específica otorgaba 20 y 40 puntos, respectivamente; que la primera excluía a la segunda, sin precisar nada en el caso contrario, sólo hasta la evaluación donde se introdujo la duplicidad que la actora aduce como ilegal. Asimismo, se indicó que la experiencia específica correspondía a los últimos cinco años, sin decir lo propio para la otra.

De lo expuesto se sigue la imposibilidad de cuantificar esos factores, al omitir la metodología para la obtención de puntajes entre los participantes. En el caso de la experiencia general se limitó a señalar el puntaje máximo, 20 puntos, pero sin precisar la forma de asignarlo; en la experiencia específica, aunque se indicó el número de años, los últimos cinco, no se precisó la ponderación entre los oferentes, es decir, si el máximo puntaje sería para quien tuviera cinco años y de allí en proporción con lo demostrado. La metodología de evaluación tampoco precisó tal situación, por el contrario introdujo como criterio de puntuación a los “*contratos generales*”, valorados en la experiencia general, limitándose vagamente a indicar que se puntuaría de 0.0 a 10 puntos, sin parámetros para asignar ese puntaje.

En ese orden, la confección inicial de los factores de evaluación en comento fue defectuosa y contraria a la exigencia del literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que impone el deber de reglas objetivas, justas, claras y completas. De suerte que, en los términos del artículo en cita, esas reglas devenían en ineficaces de pleno derecho, sin que las modificaciones introducidas las complementaran, dada su extemporaneidad. Siendo así, se imponía el respeto de las reglas originales, así fueran defectuosas, so pena de vulnerar los derechos de los proponentes, como efectivamente ocurrió. Vale aclarar que, aunque no fueron demandadas las estipulaciones de los términos de referencia, como quedó expuesto, al juez le es dado abordar su estudio cuando se está en presencia de las irregularidades advertidas.

Respecto del alcance de la ineficacia de pleno derecho, esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar³³:

De lo dicho y de conformidad con la norma transcrita (refiere al numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), no puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores puramente formales o adjetivos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, es decir, que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración, toda vez que ello contraría los principios de la

³² En numeral 1.30 del pliego se refiere como anexos únicamente a la minuta del contrato (fl. 15, anexo I).

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 16.503, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva.

(...) Recuérdesse que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción de ilegalidad o por 'ineficacia de pleno derecho', sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo.

Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato³⁴, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, pueda ser inaplicada en el caso concreto.³⁵

(...) Con todo, es pertinente advertir que el análisis de necesidad y razonabilidad de la regla es un examen que comporta entre otros aspectos, como se señaló, una relación de conexidad sustancial con el objeto a contratar y los fines de la contratación estatal perseguidos, de manera que lo que puede ser superfluo e intrascendente en el mérito o la esencia en un proceso para otro no, razón por la cual -y en virtud del principio de planeación y responsabilidad-, deben estar presentes estos elementos en la elaboración de reglas justas, claras y objetivas al momento de confeccionar los pliegos de condiciones o términos de referencia, so pena de ineficacia de pleno de derecho de las mismas y a riesgo de quedar expuestos al control de legalidad por parte del juez.

(...) En síntesis, en este evento concreto analizado por la Sala se estima que el criterio de selección en estudio es inane, impertinente y carente de importancia frente al fin contractual de la Licitación Pública de obra civil No. SOP-010-96, y por lo tanto, es una regla que no cumple las características de objetividad y razonabilidad exigidas, como se expuso, por la Ley 80 de 1993, lo cual la torna ineficaz de pleno derecho.³⁶ (subrayas ajenas al texto original)

³⁴ Cita original: Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

³⁵ Cita original: Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de junio de 2004, expediente 15235, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en la cual señaló que “...el juez administrativo si puede inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual (...) tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos (...) La inaplicación, concretamente de las disposiciones del pliego de condiciones, encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral”.

³⁶ Cita original: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de abril de 2006, Rad. 66001-23-31-000-3637-01 (16.041), Actor: Miguel Antonio Casas Garzón, Demandado: Departamento de Risaralda, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Los mismos reparos son extensibles frente a los demás criterios técnicos de evaluación de los términos de referencia, para lo cual es suficiente con recordar la redacción de éste último, así:

-Cronograma de la ejecución de la interventoría (enfoque, metodología, organización, otros).... 20 puntos (...).

-Experiencia general y específica del personal que proyecta emplear en los trabajos de la interventoría 20 puntos (fl. 12, anexo 1).

En suma, la evaluación resultaba improcedente debido a los defectos de las exigencias iniciales de los términos de referencia que las hacían ineficaces. Esa consideración es suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, sin que resulte menester abordar los demás cargos de anulación, en tanto todo el proceso evaluativo se hizo con base en las modificaciones irregulares. Vale aclarar que como la ineficacia opera de pleno derecho, es irrelevante que la actora la hubiera o no advertido.

En ese orden, se revocará la sentencia de primera instancia para acceder a las pretensiones de anulación.

4.3.4. EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En torno a este tipo de asuntos, la jurisprudencia de la Sección ha sido reiterativa en señalar³⁷:

Se reitera la jurisprudencia según la cual cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace indispensable que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico y demanda, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar en forma concurrente estos aspectos³⁸.

En ese orden, frente a la utilidad dejada de percibir, que corresponde a la indemnización reconocida en este tipo de asuntos, precisa señalar que cuando existen reparos sobre la evaluación, como sucede en el presente asunto, se impone realizarla nuevamente³⁹. Ahora, como los aspectos técnicos no se pueden evaluar, en consideración de los defectos advertidos, el único criterio por determinar sería el económico; sin embargo, la propuesta económica de la actora no obra en el proceso, tan sólo está la del proponente ganador (fls. 1 a 12, c. tomo II), situación que de suyo impide pronunciarse sobre las pretensiones resarcitorias y a su vez aplicar los términos de referencia en el aparte que señalaba:

1.19. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS (...)

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2012, exp. 22.089, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ Cita original: Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; septiembre 26 de 1996, exp. 9963, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 17 de marzo de 1995, exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 30 de enero 30 de 1995, exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, exp. 25.591, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Ante la igualdad de puntaje en las propuestas técnicas se decidirá por la propuesta económica más baja, las propuestas económicas solo se conocerán después de efectuado el estudio de la propuesta técnica y se hará en presencia de los proponentes, mediante invitación hecha con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación (fl. 12, anexo 1).

Ahora, la prueba pericial solicitada por la actora (fl. 107, c. ppal), además de que no fue practicada debido a la imposibilidad de posesionar a los peritos (fls. 150 a 153, anexo 1), se encaminaba a determinar el *quantum* de los perjuicios causados, no así a la cuestión en estudio.

En esos términos se impone negar las pretensiones de restablecimiento y, en esa medida, resulta innecesario abordar el juicio de responsabilidad de la fiduciaria.

4.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998⁴⁰.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 29 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** la nulidad de la resolución 280 del 7 de marzo de 1994, por medio de la cual se adjudicó y autorizó a la Fiduciaria La Previsora S.A para contratar con el ingeniero Néstor Arteaga Peña la interventoría del Plan de Desarrollo del municipio de Sogamoso, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

QUINTO: DAR cumplimiento al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

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

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, exp. 10.755, M.P. Ricardo Hoyos Duque. En efecto, se ha dicho: *"En este orden de ideas en el caso particular de los honorarios del abogado reclamados por la parte demandante, que hacen parte de las costas bajo el rubro agencias en derecho, si bien está debidamente acreditada su causación pues efectivamente hubo una activa participación del apoderado para sacar adelante las pretensiones de la demanda tales como presentación de la misma, aporte y participación en práctica de pruebas, interposición de recursos, y si bien la tesis sostenida por la parte opositora no fue de recibo para la Sala, se considera que no hubo abuso en la actuación procesal de la demandada, pues no incurrió en conductas dilatorias ni temerarias como las señaladas antes. En consecuencia, se negarán por este aspecto las súplicas de la demanda"*.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO
Magistrado