

CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Limitación de concurrencia

El demandante afirma que el texto referido constituye una violación del artículo 6 de la Ley 80 de 1993, que en su inciso 1º, bajo el título «*De la capacidad para contratar*», prescribe: «*Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales*»; sobre el particular, conviene analizar otras normas como son el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3º del Decreto 679 de 1994, el cual señala que «... en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales».

En la legislación referida a la contratación estatal en Colombia, los consorcios aparecen como centros de imputación de derechos y obligaciones, nunca como personas, desde antes de la aparición de la Ley 80 de 1993; en el Decreto 150 de 1976 y en el Decreto 222 de 1983 se dispuso al respecto, aun cuando entonces se sujetaba la posibilidad de su configuración como contratista a la decisión expresa de la entidad contratante, manifestada en los pliegos correspondientes.

Los consorcios y uniones temporales se constituyen en virtud de la celebración de un contrato, acuerdo, convención o convenio, que parte como cualquier otra manifestación de la voluntad de los contrayentes, del ejercicio de la autonomía contractual y que encuentran dentro de la Constitución Política, como fundamento para su reconocimiento y protección, diferentes derechos, entre otros: la igualdad ante la ley y la promoción de las condiciones para que ese derecho sea real y efectivo; el reconocimiento a la personalidad jurídica y su libre desarrollo; la libertad de asociación, de iniciativa particular y de competencia económica.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

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

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01375-01(17551)

Actor: DELIMA & CIA. BOGOTÁ LTDA.

Demandado: FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - SENTENCIA

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia del 27 de mayo de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores realizó un concurso público para la contratación de un intermediario de seguros y dentro del pliego correspondiente prohibió la participación de consorcios y uniones temporales, cuestión que, entre otras más, fue considerada por uno de los participantes como violatoria de las normas de contratación estatal, razón por la cual se demandó la nulidad del acto de adjudicación y se pidió la terminación y liquidación del contrato celebrado para tal efecto y la convocación para un nuevo contrato con el mismo objeto.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 El 7 de septiembre de 1995, en ejercicio de *“la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la forma señalada en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, tal y como está establecida en el Código Contencioso Administrativo”*, Delima & Cia. Bogotá Ltda., presentó demanda en contra del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual en adelante se denominará el Fondo o la entidad, y de Saíz y Cia. Ltda., *“por ser tercero directamente interesado”*, a quien califica como *“litisconsorte pasivo necesario”* (f. 2–9, c. 1).

1.1 En el libelo se indica que en desarrollo del concurso público de méritos n.º 01 de 1995, abierto el 6 de abril de 1995 por el Fondo *“para la selección de intermediario de seguros”*: (i) se prohibió la participación de consorcios y uniones temporales –violación del artículo 6 de la Ley 80 de 1993–; (ii) no fue posible que Delima examinara en su totalidad las propuestas presentadas por sus competidores, porque el Fondo dijo que comprendían información reservada; (iii) los informes de evaluación no fueron puestos a disposición de los interesados dentro del término legal prescrito y cuando se informó al respecto, se hizo *“mediante la inscripción de los puntajes, meramente, en un tablero, durante la audiencia pública de adjudicación”*, además, no se atendieron las observaciones que Delima hizo el día 11 de mayo al informe de evaluación –violación del numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y del numeral segundo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993–; (iv) *“se calificaron ofertas y propuestas adicionales a las propias*

del servicio objeto del concurso” –violación de los literales e) y f) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993–; (v) “Saiz y Cia. Ltda. no actuó como intermediario de seguros ante Ecopetrol S.A. ni ante Shell Colombia S.A. durante los últimos cinco años, ni fue ganadora de las licitaciones ... que menciona en su oferta”.

1.2 A título de pretensiones, suplicó:

2.1 Que se declare la nulidad de la Resolución por medio de la cual el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores adjudicó el concurso público de méritos número 01 de 1995, para la selección de corredor de seguros del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tal resolución, según la información que posee el demandante, es la número 063 de 1995.

2.2 Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores terminar y liquidar el contrato de corretaje firmado con la firma Saiz & Cia. Ltda como resultado de la adjudicación del concurso de méritos número 01 de 1995, y abrir nuevo concurso de méritos para la selección de intermediario de seguros, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que lo ordene.

III. Trámite procesal

2 La demanda fue admitida por el Tribunal *a quo* (f. 16, 19, c. 1) y debidamente notificada al Fondo (f. 22, c. 1) y a Saíz y Cia. Ltda. (f. 55, c. 1).

2.1 El Fondo afirmó, en relación con los cargos de la demanda, que: (i) era cierto que en el concurso público se expresaba que no se aceptarían consorcios o uniones temporales; (ii) *“la demandante sí tuvo acceso a la documentación de las demás oferentes y se le expidieron las copias solicitadas, atendiendo la consideración de documentos reservados estimados por cada firma, conforme la ley, num. 4 art 4 de la Ley 80/93”*; (iii) los interesados tuvieron oportunidad de expresar sus observaciones *“con motivo de la permanencia de los informes de evaluación en la Secretaría General, etapa cumplida durante el plazo estipulado en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, entre el 28 de abril y el 5 de mayo de 1995”*, razón por la cual es responsabilidad del demandante haberse limitado a conocerlos solo en la fecha de adjudicación; (iv) no se calificaron las propuestas por servicios adicionales al de intermediación de seguros, pues lo que dentro del pliego se indica es que se *“otorgará el mayor puntaje al mayor número de servicios en cuanto a la infraestructura posible para atender los seguros, como*

la capacitación y sistema ofrecido”, es decir, solo se hace referencia a “la calidad del servicio”; (v) de conformidad con la Ley 80 de 1993, la acción de controversias contractuales es la indicada para conocer de la totalidad de los actos contractuales y no así la de simple nulidad, ni la de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) “tomando la fecha de la presentación de la demanda y la última de los hechos enunciados en ella, se ha producido la caducidad en el presente caso”; (vii) no procede el restablecimiento del derecho impetrado por el demandante porque “no pretende indemnización; no pretende una nueva calificación de las propuestas y que se le adjudique el contrato, lo cual equivale a decir que no cuestiona el puntaje dado al adjudicado o a los demás oferentes; se limita a la nulidad del trámite precontractual, por lo anterior el restablecimiento pedido como una nueva oportunidad de participación en un concurso sin vicios, la tiene el demandante presentando nuevas ofertas en sucesivos trámites licitatorios de la misma entidad, para lo cual no necesita acudir a la jurisdicción y a una declaratoria judicial” (f. 30–36, c. 1).

2.2 Saíz y Cia. Ltda., indicó que: (i) una entidad puede disponer válidamente que las uniones temporales y los consorcios no participen de un determinado proceso licitatorio, puesto que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, al incorporarlos dentro de quienes tienen capacidad para contratar, lo hace “en un sentido facultativo y atributivo mas no imperativo”; en tal sentido, “la Administración dirige la invitación dentro del universo de posibles oferentes a un grupo específico de personas, las que considera idóneas para satisfacer las necesidades contractuales del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin que ello signifique que desconozca la capacidad contractual de otros posibles sujetos a los que simplemente no dirige la invitación por considerar que, no es que carezcan de capacidad, sino que no tiene la posibilidad de responder conforme a las exigencias del servicio”; (ii) el demandante está alegando a favor su propia culpa porque “tuvo la oportunidad de presentar las observaciones a los estudios jurídicos, técnicos y económicos entre el 28 de abril al 5 de mayo de 1995”; (iii) de acuerdo con el pliego de condiciones, “el objeto del contrato propuesto va mucho más allá del simple corretaje, sin que ello signifique que se altere el objeto social de los concursantes”; (iv) a propósito de la acción invocada en el caso concreto, “una vez suscrito el Contrato de Corretaje 092-95, la acción pertinente es la acción contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida contra el acto de adjudicación”; (v) en relación con la segunda pretensión de la demanda, “no es válido pretender que se restablezca un derecho, que de por sí no existe en cabeza del demandante, pues

éste no aduce siquiera un daño o lesión del derecho causado o generado en razón del acto demandado; (vi) finalmente, a título de excepciones propuso las de “improcedencia de la acción”, “ausencia de interés sustancial para obrar”, “ausencia de legitimación en la causa” y “legalidad de las actuaciones y la resolución de adjudicación número 063 de 1995” (f. 60–84, c. 1).

3 En el escrito de alegatos de conclusión, el demandante se limitó a “sustentar los argumentos de nulidad” del acto de adjudicación (f. 137–139, c. 1). En concreto, expresó:

He pedido una declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho una pretensión que consta de dos partes: la orden de terminar el contrato firmado a partir de la resolución nula (orden que en rigor la misma ley ya considera), y una petición consecencial que si bien tiene lógica considerada en su momento, como restablecimiento del derecho, presenta también dificultades o controversias teóricas que conozco, y en todo caso ahora no tienen ningún sentido práctico, casi cinco años después de ocurridos los hechos, y cuando con razonable seguridad puede decir uno que ya han ocurrido nuevas invitaciones y nuevos concursos de méritos para escoger corredor de seguros en el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4 El 27 de mayo de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, profirió la sentencia objeto de impugnación, en cuya parte resolutive decidió: “1º. Declárese la nulidad de la Resolución n.º 063 de 1995, por medio de la cual el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores adjudicó el concurso público de méritos número 01 de 1995, para la selección de corredor de seguros del Ministerio de Relaciones Exteriores. 2º. Niéganse las excepciones propuestas”. Los argumentos sobre los cuales se fundamentó estuvieron referidos a que: (i) se violó el principio de igualdad porque “en los términos de referencia se dijo que no se aceptaría participación de consorcios o uniones temporales”; (ii) “el derecho de amparar bajo reserva información privilegiada” no es aplicable a los documentos incluidos en las propuestas dentro de los procesos de licitación, porque en ese ámbito “gozan de reserva únicamente las patentes, los procedimientos y privilegios”, en consecuencia, “no pueden los particulares o la administración interpretar que la información pública goce de reserva por temor a que sea copiada por la competencia ... y mucho menos que la misma clase de información sea dada a conocer por todos los participantes y sólo uno de ellos se ampare en la reserva”; (iii) así, la información provista por los proponentes, una vez cerrada la etapa de evaluación, adquiere el carácter de pública, “la

administración al negar el acceso a documentos públicos viola el derecho de contradicción, transparencia y publicidad de los oferentes”; (iv) en relación con los informes de evaluación, se concluye de una parte que “fueron puestos a disposición de los participantes” y, de la otra, de acuerdo con las pruebas recaudadas, que “no fueron debidamente motivados y solamente se limitaron a fijar calificaciones sin explicar los criterios valorados, violando así el debido procedimiento”; (v) “los conceptos de evaluación en el pliego deben tener relación directa con el contrato que se busca celebrar siendo contrario a sus fines considerar aspectos no esenciales para su celebración”, como serían las ofertas de “servicios más allá del acercamiento entre dos personas para la celebración de un contrato de seguros” (vi) “la administración consideró como factor determinante en la evaluación de contratistas corredores de seguros la capacidad financiera, no siendo consecuente con el objeto del contrato”; (vii) “en el procedimiento de evaluación se valoraron hechos mentirosos contenidos en la propuesta de Saiz & Cia. Ltda., donde se afirmaba haber actuado como intermediario de seguros ante Ecopetrol S.A. y Shell de Colombia S.A., afirmación que no era cierta, tal y como quedó demostrado dentro del proceso. De esta forma no se cumplió por parte del adjudicatario con el principio de buena fe, entendido como la lealtad de los sujetos en sus relaciones”; (viii) concluyó que “al ser claros los vicios en que incurrió la administración en el procedimiento, hay lugar a retrotraerlo declarando la nulidad del acto impugnado”; (ix) en relación con las excepciones propuestas por Saiz & Cia. Ltda., no se pronunció, con base en el argumento de que el demandante, en los alegatos de conclusión, había “renunciado a la pretensión que las sustenta”, es decir, a la que pedía que se ordenara la terminación del contrato de corretaje (f. 141–148, c. ppl).

5 Interpusieron sendos recursos de apelación, el Fondo (f. 151, c. ppl.) y Saíz y Cia. Ltda. (f. 150, c. ppl.)

5.1 El Fondo afirmó: (i) que la acción procedente era la de controversias contractuales, dado que a la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba otra relacionada con el contrato, consistente en que a título de restablecimiento del derecho se terminara el contrato, se ordenara su liquidación y se abriera un nuevo concurso; (ii) en tal sentido manifestó que la conclusión del Tribunal *a quo* en el sentido de que no debía pronunciarse sobre tal asunto era errada, puesto que “de ninguna manera puede inferirse de las expresiones utilizadas en las alegaciones de la parte demandante, que el hecho de anunciar

que no sustentaría la pretensión de restablecimiento del derecho, es un desistimiento. Y si se hubiera desistido de la pretensión segunda, habría que detenerse en si procedía en ese momento procesal”; (iii) que los informes de evaluación de los diferentes aspectos jurídicos, técnicos y económicos de los oferentes siempre estuvieron a su disposición para que presentaran oportunamente las observaciones a que hubiera lugar, *“pero lo observado del desarrollo de esta litis, definitivamente es que la demandante puso su atención, escritos e inconformismos, hasta la fecha de la adjudicación”*; (iv) que los informes de evaluación fueron debidamente motivados, puesto que *“cada anotación afirmativa sobre si se encuentra tal o cual constancia, documentos, etc., es una motivación; el hecho de que se conformara la información y los puntajes dentro de unos cuadros no hace ausente la motivación”* (f. 152–154, 162–165, c. ppl.).

5.2 Saíz y Cia. Ltda., sostuvo en la sustentación del recurso: (i) que la sentencia vulneró su buen nombre, puesto que en la parte considerativa la llamó mentirosa por haber afirmado que había manejado pólizas para Ecopetrol y Shell. Dijo el impugnante que su afirmación no estaba dirigida a señalar que había actuado como intermediario de estas compañías, sino que había estructurado para ellas unas pólizas dentro de las licitaciones que abrieron, como una forma de acreditar experiencia frente al Fondo, razón por la cual no hubo mentira alguna; (ii) que el Tribunal *a quo* no estudió la excepción propuesta de improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el caso concreto, puesto que de haberlo hecho habría debido declarar su prosperidad, en tanto que *“el estado de la jurisprudencia indicaba que el acto de adjudicación, previo a la celebración del contrato, era judicialable mediante la acción de nulidad y restablecimiento, pero que una vez celebrado el contrato adjudicado, la acción pertinente es la contractual”*, es decir, dado que en el caso concreto se celebró el contrato de corretaje, *“el acto de adjudicación se tornó inexpugnable”* por vía de la acción impetrada; (iii) que *“el juez no puede so pretexto de que el actor renunció a parte de sus pretensiones [las indemnizatorias] dejar de pronunciarse sobre los medios de defensa propuestos”*, puesto que *“la excepción de improcedencia de la acción tiene efectos absolutos, tanto frente a la pretensión de nulidad como respecto de la resarcitoria, así el a quo no tiene excusa válida en la renuncia a la pretensión indemnizatoria, para no pronunciarse sobre la excepción formulada”* (f 166–174, c. ppl.).

6 El agente del Ministerio Público rindió el concepto correspondiente a través del cual pidió que se confirmara la sentencia impugnada. El análisis realizado

comprendió lo siguiente: (i) la acción que ha debido interponerse era la contractual y no la de nulidad y restablecimiento, puesto que así lo indicaba el *petitum* al comprender una pretensión resarcitoria, consistente en que se ordenara la terminación y liquidación del contrato; (ii) no obstante la improcedencia de la acción escogida, “*ello no impide un pronunciamiento de fondo, por cuanto tal como acertadamente lo hizo el a quo, en uso de poderes de interpretación de la demanda, y con preferencia del derecho sustancial sobre la forma, más que tener la facultad, el Tribunal tenía el deber de adecuar la demanda a la acción correspondiente, es decir a la contractual*”; (iii) en relación con la justificación expuesta por el Fondo para prohibir a uniones temporales y consorcios participar, consistente en que se trataba de contratos *intuitu personae*, se precisa que “*al contrato de intermediación no se le ha reconocido la naturaleza de intuitu persona, para los cuales la contratación es directa, sino por el contrario, ha sido sometido al trámite de escogencia del contratista a través de concurso público*”, razón por la cual “*los términos de referencia están viciados de ilegalidad por haber prohibido la participación en el concurso de consorcios y uniones temporales, ilegalidad que afecta el concurso y por ende permite la anulación del acto de adjudicación con el cual se le puso fin*”; (iv) existe vicio en el trámite del concurso, porque “*a pesar de que formalmente la administración dejó las evaluaciones a disposición de los concursantes por el término que establece la ley, éstos no pudieron formular objeciones dentro de este término, por desconocimiento de las ofertas evaluadas*”, dado que el Fondo “*incumplió con el deber de implementar mecanismos necesarios para que los proponentes pudieran ejercer ese derecho; realmente su actuación fue contraria, dado que solo el día en que se vencía el plazo mencionado [esto es el plazo para la presentación de observaciones], entregó las copias de las propuestas cuyo estudio resultaba indispensable para formular observaciones*”; (v) a propósito de lo dicho por Tribunal *a quo*, en el sentido que la oferta de Saiz y Cia. Ltda., incorporaba mentiras al afirmar que tenía la calidad de intermediaria de Shell y de Ecopetrol, una vez apreciado el texto correspondiente, concluyó que la firma referida “*no hizo tal afirmación en la propuesta, de tal manera que la manifestación del a quo fue completamente ligera, y por tanto, se solicita con todo respeto de la Sala, se aclare tal situación*” (f. 190–210, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

7 La Sala es competente para conocer del asunto, en razón de los sendos recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, en proceso con vocación de doble instancia ante esta corporación, dado que la cuantía de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el acápite correspondiente, \$150 000 000, supera aquella exigida para el efecto al momento de interponer el recurso, esto es, antes de que entraran a operar las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998. En vigencia del Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en 1995, año de presentación de la demanda, tuviera vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado era de \$2 200 000, y para la acción de controversias contractuales, el monto exigido entonces era de \$9610000.

II. Hechos probados

8 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales pueden ser valoradas puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden resumir de la siguiente forma:

8.1 La Secretaria General del Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución n.º 31 del 24 de marzo de 1995, a través de la cual resolvió: *“Ordenar la apertura del concurso público n.º 01 de 1995, cuyo objeto es celebrar contrato de corretaje con un corredor de seguros para el manejo de los seguros del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores tanto en el interior como en el exterior del país”* (copia auténtica, f. 121–122, c. 3).

8.2 En los términos de referencia del *“concurso público n.º 1 de 1995”* del mes de marzo de 1995 (copia auténtica, f. 123–135, c. 3), se expresó:

PARTICIPANTES Se aceptarán ofertas presentadas solamente en forma individual por empresas constituidas como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada nacionales, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, y que se encuentren inscritas en la Superintendencia Bancaria. No se aceptarán consorcios o uniones temporales.

(...)

EVALUACIÓN El concurso será definido por el FONDO ROTATORIO, previos los estudios y análisis comparativos, adjudicándole al proponente cuya oferta estime más favorable, siempre y cuando esté ajustada a los términos de referencia. EL FONDO ROTATORIO elaborará los estudios antes del 20 de abril de 1995, fecha a partir de

la cual los informes de evolución permanecerán en la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores por cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad los oferentes NO podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

(...)

FACTORES DE EVALUACIÓN (...)

CAPACIDAD TÉCNICA DEL PROPONENTE

(...)

B. Experiencia en la estructuración de programas de seguros de entidades públicas 15 puntos

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores otorgará el máximo puntaje a quienes certifiquen más de cinco años de experiencia en el manejo de estructuración de programas de seguros con Entidades Públicas. Para tal fin deberán anexar certificada de cada una de las Entidades en las que se califique el servicio prestado por la sociedad corredora de seguros. Se otorgarán siete y medio puntos (7.5) a los que certifiquen menos de cinco (5) años de experiencia.

(...)

CAPACIDAD PATRIMONIAL DE PROPONENTE

El Fondo Rotatorio tendrá en cuenta los siguientes puntos para calificar este criterio: LIQUIDEZ: Obtendrá el mayor puntaje el proponente que acredite o presente el indicador que sea igual o mayor a 2 y de ahí hacia abajo proporcionalmente. ENDEUDAMIENTO: Obtendrá el mayor puntaje el proponente que acredite o presente el indicador que sea igual o menor al 50% y de ahí hacia arriba proporcionalmente. SOLVENCIA ECONÓMICA: Obtendrá el mayor puntaje el proponente que acredite o presente el indicador que sea igual o mayor al 50% y de ahí hacia abajo proporcionalmente.

CALIDAD DEL SERVICIO OFRECIDO

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores otorgará el mayor puntaje a la(s) sociedad(es) corredora(s) de seguros que ofrezca(n) el mayor número de servicios tanto en lo relacionado con la infraestructura disponible para atender los seguros del Fondo Rotatorio, como los servicios de capacitación y sistemas ofrecidos, seguridad industrial, control de inventarios y todos los demás relacionados con la intermediación y que resulten benéficos para el Fondo Rotatorio

8.3 El 7 de abril de 1995, Delima dirigió una comunicación escrita a la entidad, a través de la cual expresó: “con el fin de contar con una mayor claridad sobre los términos de referencia del concurso público No. 01 de 1995 ... solicitamos la realización de la correspondiente audiencia pública de aclaraciones, de ser posible, para el próximo lunes 10 de abril” (f. 115, c. 3). El 7 de abril de 1995, la entidad envió una comunicación escrita a cada uno de los proponentes, por medio de la cual les informó que el 10 de abril tendría lugar “la audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance del concurso público No. 001 de 1995 y de oír a los interesados” (f. 111–114, c. 3). En desarrollo de la audiencia, la entidad aclaró, entre otras cosas, que “otorgará el mayor puntaje a las sociedades corredoras que

ofrezcan el mayor número de servicios relacionados con la intermediación y que resulten benéficos para la entidad” y que “para este concurso público no se aceptan consorcios o uniones temporales” (f. 105–108, c. 3).

8.4 El “ADENDO No. 01” (f 104, c. 3) modificó el cronograma en el siguiente sentido:

FECHA DE CIERRE DEL CONCURSO: 19 de abril de 1995 – 4:00 p.m.
 ESTUDIOS DEL CONCURSO: Del 19 de abril al 27 de abril de 1995
 ESTUDIOS EN SECRETARIA GENERAL: Del 28 de abril al 5 de mayo de 1995
 ADJUDICACIÓN: Del 8 de mayo al 10 de mayo de 1995
 NOTIFICACIÓN: Del 11 de mayo al 17 de mayo 1995
 SUSCRIPCIÓN CONTRATO: Del 17 de mayo al 19 de mayo 1995

8.5 En la propuesta de Saiz, bajo el título de “CAPACIDAD Y EXPERIENCIA EN EL MANEJO DE PÓLIZAS O COBERTURAS SIMILARES”, se indicó:

Dentro de la industria aseguradora manejamos y administramos riesgos de todas las clases y de gran magnitud. Para tal efecto, diseñamos y estructuramos las coberturas en la medida que cada cliente requiere en particular y, en un buen número de casos, esto ha implicado tener que desarrollar y presentar ante la Superintendencia Bancaria pólizas y coberturas específicas, anticipándonos así al proceso de apertura y de estudios especiales que hoy en día se vive en el campo del seguro.

En nuestra empresa se destina gran tiempo para diseñar y desarrollar programas de seguros únicos, buscando innovar y estructurar los mismos de acuerdo con las necesidades de cada uno de nuestros clientes, adaptando coberturas, textos, tasas, condiciones, etc. Cada programa estructurado parte de la plena comprensión de los riesgos y de las operaciones de la empresa, de su historia de pérdidas y de sus necesidades, a fin de lograr la mejor protección requerida para el cliente, al menor costo posible. En cuadro adjunto citamos los casos más importantes:

CLIENTE	CLASE DE TRABAJO	FUNDAMENTO DEL TRABAJO
ECOPETROL	Póliza de todo riesgo para la industria petrolera	En desarrollo de la licitación se llevó a cabo la estructuración de una póliza de todo riesgo daños materiales con inclusión de activos marítimos (FSU COVEÑAS) y coberturas de

		<i>responsabilidad civil, de acuerdo con las exigencias del reciente pliego de licitación de sus seguros</i>
<i>SHELL DE COLOMBIA S.A.</i>	<i>Póliza de todo riesgo para la industria petrolera</i>	<i>Con motivo de la reciente invitación que nos fue cursada, todas las propiedades, labores y operaciones de la Shell fueron objeto de un cuidadoso proceso análisis, identificación y calificación de riesgos, por parte de expertos de nuestra firma, como base para estructurar el más amplio y económico programa de seguros</i>

8.6 El 19 de abril de 1995, se suscribió el “*ACTA DE CIERRE DEL CONCURSO PÚBLICO No. 1 Y APERTURA DE LA URNA*”, a través de la cual se hizo constar que habían presentado propuesta: “*ALEPH LTDA., DELIMA Y CIA. BOGOTÁ LTDA., SAIZ & CIA. LTDA., VALENCIA & IRAGORRI LTDA*” (copia auténtica, f. 99, c. 3).

8.7 El 24 de abril de 1995, la compañía demandante, escribió a la entidad: “*comedidamente les solicitamos que la adjudicación del concurso público No. 001 de 1995 para la escogencia de corredor de seguros, se realice mediante audiencia pública. Así mismo les solicitamos que a nuestro cargo nos faciliten fotocopias de las otras propuestas recibidas por ustedes para este concurso público*” (copia auténtica, f. 62, c. 3).

8.8 El 27 de abril de 1995, la entidad se dirigió a cada una de las compañías oferentes con el propósito de satisfacer la petición de información de la demandante, para lo cual escribió: “*me permito solicitarle nos informen a la mayor brevedad posible, cuáles de los documentos de la propuesta presentada por Ustedes al Concurso Público No. 001 de 1995 tienen el carácter de reservados, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993*” (copia auténtica, f. 57–61, c. 3).

8.9 El 28 de abril, la oferente Valencia & Irigorri indicó que algunos de sus documentos eran reservados (copia auténtica, f 56, c. 3), razón por la cual, el 5 de mayo de 1995, la entidad envió a De Lima una copia, solo parcial de la propuesta

a la demandante (copia auténtica, f. 46, c. 3). En sentido contrario: (i) el 3 de mayo de 1995, Saíz & Cia. Ltda., manifestó que no había aportado documentos sujetos a reserva (copia auténtica, f. 52, c. 3) y la entidad los remitió a De Lima el 8 de mayo siguiente (copia auténtica, folio 45, cuaderno 3); (ii) Aleph Ltda., el 4 de mayo de 1995, expresó que su oferta no tenía reserva (copia auténtica, folio 51, cuaderno 3) y la entidad la envió a DeLima el 5 de mayo (copia auténtica, f. 46, c. 3); (iii) el 9 de mayo DeLima informó a la entidad que ningún documento aportado tenía “el carácter de reservado” (copia auténtica, f. 37, c. 3).

8.10 El 2 de mayo de 1995, el Contralor General de la República, en relación con el proceso de contratación referido, resolvió: “Ordenar que el acto de la adjudicación de la Licitación Pública No. 001-95, abierta por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se celebre en audiencia pública a solicitud de la firma DELIMA” (copia auténtica, f. 52, c. 3).

8.11 El 9 de mayo de 1995, se suscribió el “ACTA No. 020 DE LA REUNIÓN DEL COMITÉ DE ADQUISICIONES Y CONTRATOS DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES”, a través de la cual “el Comité recomienda la adjudicación del Concurso Público No. 001 de 1995 – Corredores de Seguros – a la firma SAIZ & CIA. LTDA.” (copia auténtica, f. 38–40, c. 3).

8.12 El 10 de mayo tuvo lugar la audiencia pública de adjudicación, en la que, de acuerdo con el “ACTA DE ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO PÚBLICO No. 001 DE 1995” (copia auténtica, f 7–14, c. 3), se decidió “adjudicar el concurso público No. 001 de 1985 a la firma SAIZ & CIA LTDA.”

8.13 El 10 de mayo de 1995, la entidad expidió la resolución n.º 0062, por medio de la cual resolvió: “Prorrógase el plazo de adjudicación del concurso público No. 001 de 1995 hasta el día 11 de mayo de 1995 y el plazo para la firma del contrato de corretaje hasta el día 19 de mayo de 1995” (copia auténtica, f. 34, c. 3).

8.14 El 11 de mayo de 1995, se suscribió el “ACTA No. 21 DEL COMITÉ DE ADQUISICIONES Y CONTRATOS DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES” (copia auténtica, f. 22–23, c. 3), a través de la cual se expresó:

... el puntaje total para cada uno de los proponentes es el siguiente:

SAIZ & CIA. LTDA.: 99.69 PUNTOS
VALENCIA & IRAGORRI LTDA.: 98.5 PUNTOS.
DELIMA & CIA BOGOTA LTDA.: 81.5 PUNTOS.
ALEPH LTDA: 68.65 PUNTOS
Por lo anterior, el comité ratifica la recomendación de adjudicar el concurso público No. 001 de 1995 a la firma SAIZ & CIA. LTDA., dada en la reunión del 9 de mayo de 1995.

8.15 El 11 de mayo de 1995, la entidad expidió la resolución n.º 0063, a través de la cual resolvió: “Adjudicar a la firma SAIZ & CIA. LTDA., el Concurso Público No. 001 de 1995, cuyo objeto es celebrar contrato de corretaje con un corredor de seguros para el manejo de los seguros del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores tanto en el interior como en el exterior del país” (copia auténtica, f. 3–4, c. 3).

III. Problema jurídico

9 La Sala resolverá el caso con fundamento en el análisis de los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el asunto *sub judice*?; (ii) ¿está viciada la licitación por no permitir la participación de consorcios y uniones temporales?; (iii) ¿la oferta de Saiz & Cia. Ltda., faltó a la verdad al incorporar la información relacionada con las actividades que cumplió para Shell y Ecopetrol?

IV. Análisis de la Sala

10 Como punto de partida, la Sala estudiará si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada en el asunto *sub judice* era improcedente, dado que, de acuerdo con el planteamiento de los apelantes, la indicada era la de controversias contractuales.

10.1 Al respecto se debe recordar que las pretensiones incorporadas en la demanda estaban referidas, la primera, a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación del contrato y, la segunda, a que se ordenara a la entidad, “a título de *restablecimiento del derecho*”, la terminación y liquidación del contrato de corretaje y la apertura de un nuevo concurso para la selección del intermediario de seguros respectivo –párrafo 2.2–. También se debe tener en cuenta que el Tribunal *a quo* interpretó que la demandante había desistido de la segunda pretensión a través de los alegatos de conclusión, al limitarse a sustentar las razones por las cuales

habría de declararse de la nulidad del acto de adjudicación y, en tal virtud, se abstuvo de estudiar la excepción de improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento en el entendido de que era la segunda pretensión la que tipificaba la acción de controversias contractuales como la idónea para este caso.

10.2. La Sala considera que no hubo desistimiento de la segunda pretensión, puesto que: (i) en el texto correspondiente a los alegatos de conclusión –párrafo 4– no se manifiesta expresamente la intención del demandante de desistir de la pretensión referida, dado que el actor sólo hace énfasis en la falta de “*sentido práctico*” de la “*pretensión consecuencial*”, consistente en la apertura de un nuevo concurso de méritos, pero mantiene incólume lo pedido respecto de la terminación y liquidación del contrato de corretaje, que hacían parte de la misma pretensión; (ii) el desistimiento, en tanto que representa un “*acto procesal de capital importancia*”¹ que “*perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes*” en términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, debe ser claro, contundente y no dejar espacio a ambigüedades, razón por la cual en el asunto *sub judice* los alegatos de conclusión no son susceptibles de ser interpretados como un desistimiento íntegro de la segunda pretensión; (iii) en el mismo orden de ideas, desde la perspectiva formal, el documento referido no constituye desistimiento alguno, en atención a que el escrito correspondiente no cumplió con la exigencia comprendida en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, de “*presentarse personalmente en la forma indicada para la demanda*”, tal y como se acredita en el expediente.

10.3 En ese orden de ideas, corresponde analizar si la demanda era improcedente, para lo cual ha de considerarse como punto de partida que la interpretación del Consejo de Estado respecto del articulado originario del Código Contencioso Administrativo², indicaba que los actos previos a la celebración del contrato, entre ellos el de adjudicación de una licitación pública, habrían de ser enjuiciados por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento, pero si dentro de

¹ H. MORALES MOLINA, *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General*, Undécima Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1991, p. 486

² Texto original del Decreto 1 de 1984: “*Artículo 85. Acción de restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que, además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño*”. “*Artículo 87. Acciones relativas a contratos. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él. La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato. Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código*”.

la litis se encontraba alguna pretensión que hiciera referencia al contrato en sí, la acción procedente era la contractual:

El Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le dio a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones, caducidad, oportunidad y procedimiento. En tal forma la jurisprudencia, para ajustarse a las exigencias del Código, distinguió los separables de los contractuales propiamente dichos y aceptó que aquéllos eran los dictados por la administración antes de la celebración del contrato, y que podían existir aunque el contrato no llegara a celebrarse; y éstos, los dictados luego de su celebración, y que no podían darse sin la existencia de éste, por incidir en la relación negocial misma. Con esas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el 87 in fine), caducidad de cuatro meses (artículo 136, inciso 2º) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los contratos (artículo 87 inciso 1º), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7º del artículo 136, y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes. Aunque durante la vigencia del inciso 8º del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación cuestionando incluso la calificación legal y dándole el carácter de bilateral por constituir, una vez notificado el vencedor de la licitación o del concurso, el convenio mismo, esta Sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo, la nulidad absoluta de éste por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual³.

10.4 Posteriormente, el Decreto 2304 de 1989 modificó los artículos correspondientes a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y a la de controversias contractuales⁴ y la Ley 80 de 1993 expresó en el párrafo 1º del

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 1990, expediente n.º 5604, C.P. Carlos Betancur Jaramillo

⁴ “Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.” “Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales. El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”

artículo 77, que *“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”*⁵. La jurisprudencia que a continuación se transcribe resulta aplicable al caso concreto, en tanto que la demanda fue presentada el 7 de septiembre de 1995:

*En el caso que hoy ocupa a la Sala, se demanda la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó un contrato, poniendo fin a un proceso licitatorio, que fue convocado y adelantado, hasta su finalización, en vigencia del Decreto 2304 de 1989 y de la Ley 80 de 1993 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998. Se concluye, entonces, que la acción procedente para hacer efectiva la pretensión mencionada era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad era de cuatro meses, contados a partir de la comunicación de la decisión cuestionada.*⁶

10.5 Es importante apreciar que en el asunto *sub judice* las pretensiones son diferentes, en el sentido que la primera de ellas atañe a la nulidad del acto administrativo y ha de impetrarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento, y la segunda persigue que se ordene a la entidad terminar y liquidar el contrato y abrir un nuevo concurso.

10.5.1 En relación con esta última, la Sala encuentra que el demandante no tiene legitimación alguna para solicitarla, en tanto que en su condición de tercero frente al contrato estatal, no está titulado para formular las pretensiones relacionadas con la liquidación y terminación del contrato y menos aún para pedir que se adelantara un nuevo concurso de méritos para la selección del intermediario de seguros.

10.5.2. Tanto como lo anterior, dentro del margen legal de actuación del juez contencioso administrativo cuando decide una acción de controversias contractuales o una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, jamás se encuentra la posibilidad de ordenar a una entidad que adelante un proceso de

⁵ *“Artículo 77. 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 2º. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente No 12.826, C.P. Alier E. Hernández Enríquez

contratación pública respecto de algún objeto determinado. Un obrar de ese tipo claramente constituiría una intromisión dentro de las actividades de la administración pública.

10.6 Por las razones expuestas, habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia que no prosperan las excepciones de *“improcedencia de la acción”*, *“ausencia de interés sustancial para obrar”*, *“ausencia de legitimación en la causa”*, en cuanto hace referencia a la pretensión de nulidad del acto demandado, pero sí proceden en relación con la pretensión de terminación y liquidación del contrato y convocatoria a un nuevo proceso de contratación. A propósito de la excepción de *“legalidad de las actuaciones y la resolución de adjudicación número 063 de 1995”*, en tanto que comprende el fondo del asunto, se dispondrá lo que corresponda de acuerdo con el análisis que sigue.

11 En relación con el fondo del asunto, de conformidad con los fundamentos de la demanda, se impone en primer lugar analizar si procede la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación en atención a la condición comprendida en los pliegos de condiciones, consistente en que: *“se aceptarán ofertas presentadas solamente en forma individual por empresas constituidas como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada nacionales, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, y que se encuentren inscritas en la Superintendencia Bancaria. No se aceptarán consorcios o uniones temporales”* – párrafo 8.2–.

11.1 El demandante afirma que el texto referido constituye una violación del artículo 6 de la Ley 80 de 1993, que en su inciso 1º, bajo el título *“De la capacidad para contratar”*, prescribe: *“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”*; sobre el particular, conviene analizar otras normas como son el artículo 7 de la Ley 80 de 1993⁷ y el artículo 3º del Decreto 679 de 1994, el cual

⁷ *“Para los efectos de esta ley se entiende por: 1º. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hecho y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman. 2º. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se*

señala que “... en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales”.

11.2 En la legislación referida a la contratación estatal en Colombia, los consorcios aparecen como centros de imputación de derechos y obligaciones, nunca como personas⁸, desde antes de la aparición de la Ley 80 de 1993; en el Decreto 150 de 1976⁹ y en el Decreto 222 de 1983¹⁰ se dispuso al respecto, aun cuando entonces se sujetaba la posibilidad de su configuración como contratista a la decisión expresa de la entidad contratante, manifestada en los pliegos correspondientes.

11.3 Los consorcios y uniones temporales se constituyen en virtud de la celebración de un contrato, acuerdo, convención o convenio¹¹, que parte como cualquier otra manifestación de la voluntad de los contrayentes, del ejercicio de la autonomía contractual¹² y que encuentran dentro de la Constitución Política, como fundamento para su reconocimiento y protección, diferentes derechos, entre otros: la igualdad ante la ley y la promoción de las condiciones para que ese derecho sea real y efectivo¹³; el reconocimiento a la personalidad jurídica¹⁴ y su libre

impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

⁸ Código Civil: “Artículo 73. Las personas son naturales o jurídicas. (...)”.

⁹ “Artículo 3o. De los casos en que varias personas pueden proponer conjuntamente. Cuando se considerare que de la ejecución conjunta de una obra se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta dispondrá que dos o más personas pueden formular una misma propuesta. Artículo 4o. De la responsabilidad del consorcio. A quienes en el evento previsto en el artículo anterior se les adjudicare un contrato, responderán mancomunada y solidariamente por su celebración y ejecución”.

¹⁰ “Artículo 3o. De los casos en que varias personas puedan proponer conjuntamente. Cuando se considere que de la ejecución conjunta de un contrato se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta podrá autorizar que dos o más personas puedan presentar conjuntamente la misma propuesta, generándose así el consorcio. Artículo 4o. De la presentación conjunta de propuestas. La autorización para presentar propuestas en los términos del artículo anterior deberá ser otorgada por el representante legal de la entidad con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso de méritos o la celebración del contrato, según el caso. En el pliego de condiciones o en la invitación deberá figurar expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente y no podrá ser motivo de adendo. Artículo 5o. De la responsabilidad del consorcio. Las personas a quienes en el evento previsto en los artículos anteriores se les adjudicara un contrato, responderán solidariamente por su celebración y ejecución”.

¹¹ Código Civil: “Artículo 1495.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. (...)”. Código de Comercio: “Artículo 864.- El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial ...”.

¹² Código Civil: “Artículo 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

¹³ “Artículo 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...”

¹⁴ “Artículo 14.- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

desarrollo¹⁵; la libertad de asociación¹⁶, de iniciativa particular y de competencia económica¹⁷.

11.4 Los antecedentes del artículo 6 de la Ley 80 indican:

El artículo 6º del proyecto se refiere a los contratistas como uno de los sujetos de la relación contractual y, por tanto, a la capacidad. El proyecto al respecto mantiene los principios que en las disposiciones vigentes se establecen para el efecto. Es decir, podrán celebrar contratos estatales todas aquellas personas a quienes la ley otorgue capacidad para obligarse por sí mismas y sin el ministerio o autorización de otra, siendo su consagración la regla general, en tanto que la incapacidad será la excepción. Sobre este aspecto es importante resaltar que el citado artículo 6º confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7º. Sin duda el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y el comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada “ventaja comparativa” ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios¹⁸.

11.5 De conformidad con las fuentes referidas, la Sala entiende desde una perspectiva gramatical e histórica¹⁹, que en el marco de la contratación estatal los proponentes u oferentes se hallan válidamente titulados con el derecho de

¹⁵ “Artículo 16.- Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

¹⁶ “Artículo 38.- Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

¹⁷ “Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

¹⁸ Gaceta del Congreso. Año I n.º 75, p. 15

¹⁹ Código Civil: “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

agruparse mediante consorcios o uniones temporales para participar del proceso y resultar adjudicatarios del contrato.

11.5.1 El título del artículo 6º de la Ley 80 –*“De la capacidad para contratar”*– y la redacción de la norma indican a todas luces que la incorporación de las figuras de consorcio y unión temporal en el texto, las hace capaces de contratar con el Estado, en el sentido en que lo prescribe el artículo 1503 del Código Civil –*“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”*–. Esta norma civil, sometida al filtro indispensable de las categorías propias de la contratación estatal, conduce a concluir que todos los consorcios y uniones temporales, a pesar de que no tienen la calidad de persona, son capaces para los *“efectos relacionados con el contrato”*, salvo que la ley disponga otra cosa y, en el caso concreto, no se ha probado que norma alguna prescriba que estas figuras asociativas son incapaces de participar en procesos de contratación de intermediarios de seguros. Así mismo, la redacción del artículo 3º del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, indica claramente que consorcios y uniones temporales están llamadas a participar en los procesos de contratación estatal, para lo cual se podrán establecer requisitos objetivos en los pliegos correspondientes.

11.5.2 De otro lado, las explicaciones contenidas en los antecedentes de la norma, es decir, la *“mayor calidad y eficiencia”* de las prestaciones al contratar con consorcios o uniones temporales y los *“mayores costos y efectos negativos”* que se evitan, dan noticia sobre los beneficios que trae para la entidad la contratación con consorcios y uniones temporales, y, al mismo tiempo, la conveniencia que representa para la contratista agruparse bajo una de estas formas, en ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución Política de igualdad, asociación, iniciativa particular y libre competencia, los cuales no pueden ser restringidos ni limitados en su ejercicio por unos pliegos de condiciones que evidentemente contrarían lo que dispone la Ley 80 de 1993.

11.6 La Sala concluye que el *“concurso público n.º 01 de 1995”*, cuyo objeto era *“celebrar contrato de corretaje con un corredor de seguros para el manejo de los seguros del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores tanto en el interior como en el exterior del país”* está viciado de nulidad, dado que dejó por fuera la posibilidad de que actuaran como participantes, oferentes o proponentes los consorcios o uniones temporales, y esa nulidad se transmite al acto que

adjudicó el contrato, resolución n.º 0063 del 11 de mayo de 1995, porque fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, esto es, el artículo 6 de la Ley 80.

12 Habida cuenta de que la conclusión anterior, en virtud de la cual se desvirtúa la excepción de *“legalidad de las actuaciones y la resolución de adjudicación número 063 de 1995”*, es suficiente para declarar la nulidad del acto demandado y, por ende, confirmar la sentencia apelada, la Sala se abstendrá de analizar los otros problemas planteados en la litis –¿está viciada la licitación por que la entidad no entregó fotocopias a la demandante de documentos comprendidos dentro de la propuesta de otro oferente, calificados por éste último como reservados?; ¿faltó motivación a los informes de evaluación?; ¿los servicios adicionales y la capacidad financiera constituían ítems ajenos al objeto del contrato de corretaje y, por ende, ajenos a la licitación?–.

13 No obstante, en relación con la afirmación comprendida en la sentencia impugnada, referida a que: *“en el procedimiento de evaluación se valoraron hechos mentirosos contenidos en la propuesta de Saiz & Cia. Ltda., donde se afirmaba haber actuado como intermediario de seguros ante Ecopetrol S.A. y Shell de Colombia S.A., afirmación que no era cierta, tal y como quedó demostrado dentro del proceso. De esta forma no se cumplió por parte del adjudicatario con el principio de buena fe, entendido como la lealtad de los sujetos en sus relaciones”*, la cual fue motivo de reclamación por parte de la compañía en mención dentro de la sustentación del recurso de apelación, la Sala considera necesario señalar que de conformidad con las pruebas analizadas –párrafo 9.5–, en la oferta de Saiz & Cia. Ltda., no se presentó la mentira que advierte el Tribunal *a quo*. En efecto, bajo el título de *“CAPACIDAD Y EXPERIENCIA EN EL MANEJO DE PÓLIZAS O COBERTURAS SIMILARES”*, en relación con Ecopetrol, la firma mencionada dentro del pliego manifestó: *“En desarrollo de la licitación se llevó a cabo la estructuración de una póliza de todo riesgo daños materiales con inclusión de activos marítimos (FSU COVEÑAS) y coberturas de responsabilidad civil, de acuerdo con las exigencias del reciente pliego de licitación de sus seguros”*; respecto de Shell afirmó: *“Con motivo de la reciente invitación que nos fue cursada, todas las propiedades, labores y operaciones de la Shell fueron objeto de un cuidadoso proceso análisis, identificación y calificación de riesgos, por parte de expertos de nuestra firma, como base para estructurar el más amplio y económico programa de seguros”*. Es evidente entonces que Saiz & Cia. Ltda., no se arrogó

la condición de intermediario de seguros de las compañías, sino que hizo referencia a la estructuración de programas de seguros para ellas dentro del marco de procesos de contratación, respectivamente, licitación e invitación, en los que participó.

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

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia del 27 de mayo de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en el siguiente sentido:

PRIMERO: Declarar que no prosperan las excepciones de *“improcedencia de la acción”*, *“ausencia de interés sustancial para obrar”*, *“ausencia de legitimación en la causa”* en relación con la pretensión de nulidad de la resolución n.º 0063 del 11 de mayo de 1995. Tampoco prospera la excepción de *“legalidad de las actuaciones y la resolución de adjudicación número 063 de 1995”*.

SEGUNDO: Declarar que prosperan las excepciones de *“improcedencia de la acción”*, *“ausencia de interés sustancial para obrar”*, *“ausencia de legitimación en la causa”*, respecto de la pretensión de *“terminar y liquidar el contrato de corretaje firmado con la firma Saiz & Cia. Ltda como resultado de la adjudicación del concurso de méritos número 01 de 1995, y abrir nuevo concurso de méritos para la selección de intermediario de seguros”*

TERCERO: Declarar la nulidad de la resolución n.º 0063 del 11 de mayo de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Denegar la demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Danilo Rojas Betancourth
Presidente

Stella Conto Díaz del Castillo

Ramiro Pazos Guerrero