

PLIEGO DE CONDICIONES - Evaluación técnica de ofertas - Presupuestos

SÍNTESIS DEL CASO: En 1997, el Instituto de Casas Fiscales del Ejército adjudicó una licitación pública para la construcción de un edificio al proponente que resultó, previo análisis, con el más alto puntaje. La presunción de legalidad con la cual se encuentra amparado el acto administrativo de adjudicación, fue atacada por el actor con base en argumentos cuya demostración hacía indispensable el análisis de elementos probatorios que no se incorporaron al expediente [...] en el proceso no obran ni el pliego de condiciones que rigió la licitación pública 05 de 1997, ni las ofertas; ni siquiera la presentada por los demandantes en el procedimiento de selección o la que fue objeto de la adjudicación [...] De acuerdo con lo expuesto, la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que se halla investida la resolución n.o 125 del 23 de junio de 1997, por medio de la cual el Instituto de Casas Fiscales del Ejército adjudicó la licitación pública n.o 05 de 1997 a José Wilson Jiménez Velásquez, razón por la cual resulta procedente la denegación de las pretensiones y en consecuencia, la confirmación del fallo de primera instancia

EXCEPCIONES – Alcance

[...] las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones –excepciones previas, que se resuelven antes de continuar con el proceso-, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal –excepciones de fondo o perentorias, que se deciden en la sentencia-, por lo que constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo; existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa.

La excepción, en palabras de la doctrina, «Se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por éste, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso. [...] es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante. Es una especie de contraprestación, por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes, que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante».

Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido.

En los procesos contencioso administrativos, sólo son admisibles las excepciones perentorias, puesto que aquellos asuntos que pudieran corresponder a excepciones previas, sólo podrán plantearse como causales de nulidad procesal y serán resueltos en la sentencia.

El artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, establece:

«Art. 164.- En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus».

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15292-01(27428)

Actor: JOSÉ ALONSO PRIETO GARZÓN Y/O

Demandado: INSTITUTO DE CASAS FISCALES DEL EJÉRCITO

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - SENTENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 10 de marzo de 2004, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1997, el Instituto de Casas Fiscales del Ejército adjudicó una licitación pública para la construcción de un edificio al proponente que resultó, previo análisis, con el más alto puntaje. La presunción de legalidad con la cual se encuentra amparado el acto administrativo de adjudicación, fue atacada por el actor con base en argumentos cuya demostración hacía indispensable el análisis de elementos probatorios que no se incorporaron al expediente.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 23 de octubre de 1997, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los señores José Alonso Prieto Garzón y Olga Pinzón, integrantes del consorcio Prieto-Pinzón,

presentaron oportunamente demanda en contra de la Nación-Instituto de Casas Fiscales del Ejército¹, cuyas pretensiones fueron (f. 5 a 30, c. 1):

Primera.- *Se declare la nulidad de la Resolución No. 125 del 23 de junio de 1997, en virtud de la cual el Instituto de Casas Fiscales del Ejército adjudica la Licitación Pública No. 05 de 1997 con el objeto de la construcción de un (1) edificio de dos (2) pisos con cuatro (4) apartamentos fiscales por piso para Suboficiales, y demás obras complementarias, hasta la terminación y puesta en funcionamiento de los citados inmuebles, por el sistema de precios unitarios con reajuste, en predios de la Décima Brigada en la Guarnición Tolemaida (Cundinamarca). La nulidad se predicará del artículo primero de la resolución acusada que a la letra dice:*

“ARTÍCULO PRIMERO: *Adjudicar la Licitación Pública No. 05 de 1997, Pliego de Condiciones No. 05 de 1997, cuyo objeto es la construcción de un (1) edificio de dos (2) pisos con cuatro (4) apartamentos fiscales por piso para Suboficiales, y demás obras complementarias, hasta la terminación y puesta en funcionamiento de los citados inmuebles, por el sistema de precios unitarios con reajuste, en predios de la Décima Brigada en la Guarnición Tolemaida (Cundinamarca) al Ingeniero JOSÉ WILSON JIMÉNEZ VELÁSQUEZ, quien actúa en nombre propio, identificado con la C.C. No. 6’ 760.717 de Tunja, por valor de TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON 60/100 CENTAVOS (\$366’507.884,60) M/CTE”.*

De la norma acusada se adjunta fotocopia auténtica con constancia de su notificación, expedida por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército (Anexo 1 de este libelo).

Segunda.- *Que como consecuencia de la nulidad impetrada, y a título de restablecimiento del derecho a mis poderdantes, se condene al Instituto de Casas Fiscales del Ejército y a la Nación Colombiana a pagar los perjuicios inferidos a las personas naturales, comerciantes JOSÉ ALONSO PRIETO GARZÓN y OLGA PINZÓN, asociados consorcialmente, para presentar propuesta conjunta mediante la denominación de Consorcio Prieto Pinzón, así:*

- a. *Por concepto de daño emergente, las sumas que el citado Consorcio debió de pagar con ocasión de su participación en la Licitación Pública No. 05 de 1997, que se destacan en el acápite VI (cuantificación de los perjuicios) de esta demanda.*
- b. *Por concepto de lucro cesante, una suma igual al valor asegurado en la Póliza de Garantía de Seriedad No. 971153106 expedida por Seguros del Estado S.A., que se adjunta como anexo de esta demanda y que asciende a la suma de \$ 38.000.000.00 (Anexo 2).*

¹ Establecimiento público del orden nacional, creado mediante contrato Legislativo 312 del 19 de julio de 1958, reorganizado por Decreto 2345 del 13 de diciembre de 1971, modificado por el Decreto 2179 del 4 de septiembre de 1984, cuyos estatutos fueron aprobados a través del Decreto 472 de 1998.

Tercera.- Subsidiariamente, en el evento de no acceder el Honorable Tribunal a la petición del literal b precedente, se ordene el reconocimiento de una suma igual a la que se percibiría como utilidad de la relación negocial, consignada en la propuesta presentada para la licitación por el consorcio Prieto Pinzón y que se determina en el acápite VI (cuantificación de los perjuicios) de esta demanda.

Las sumas que resulten reconocidas, se actualizarán desde la fecha de la resolución de adjudicación hasta la fecha del fallo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º en su numeral 8 la (sic) ley 80 de 1993 y en el artículo 1º del decreto 679 de 1994. en razón a ser comerciante la parte demandante se aplicará el doble del interés bancario corriente, conforme a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio (...).

2. La demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, que mediante resolución n.º 062 del 9 de abril de 1997, el Instituto de Casas Fiscales del Ejército ordenó la apertura de la licitación pública n.º 05 de 1997 para la construcción de un edificio de dos pisos con cuatro apartamentos fiscales por piso para suboficiales y demás obras complementarias, hasta la terminación y puesta en funcionamiento de los citados inmuebles, por el sistema de precios unitarios con reajuste, en predios de la Décima Brigada en la Guarnición de Tolemaida (Cundinamarca), procedimiento en el que participaron varios proponentes, entre ellos el consorcio conformado por José Alonso Prieto Garzón y Olga Pinzón y el señor José Wilson Jiménez Velásquez, este último, quien resultó favorecido con la adjudicación.

2.1. La actora adujo que su oferta fue mal evaluada, pues en el pliego de condiciones se exigió que los valores unitarios fueran relacionados individualmente, así: valor unitario materiales, que incluye su transporte y demás insumos; y valor unitario de mano de obra, que incluye equipos y herramientas necesarios para ejecutar la labor. Por otra parte, en el análisis de precios unitarios, se le asignó un puntaje de 200 puntos que se obtendría cuando el oferente no hubiera incurrido “(...) en eventos de comportamiento negativo, que conllevaban a sanciones de disminución de puntaje a asignar, contemplado en el numeral 17.1.6 del pliego (...)” y que dentro de las causales de penalización del puntaje en el análisis de precios unitarios, se encontraba “La mala transcripción de un valor de la lista básica de materiales”, que se sancionaba con 2 puntos por cada error, hasta un máximo de 10 puntos por análisis, equivalente a no haberlo presentado.

2.2. La oferta de la demandante, en el análisis de precios unitarios, se calificó de la siguiente manera:

MOTIVO	n.º	ITEMS x pto.	SUBTOTAL
2.	188	ítems x 2	376
3.	2	ítems x 2	4
		Total puntos menos	380

2.3. Afirmó la demandante, que el consorcio Prieto Pinzón impugnó esta calificación, por considerar que *“(...) en relación con el motivo 2, no es sujeto pasivo de sanción, dado que la conducta regulada se refería a mala transcripción de la lista de materiales y no a la de mano de obra”*, resultado de lo cual su calificación fue modificada, al establecer que en el motivo 3, era 1 ítem x 2, con un subtotal de 2 y un total de puntos menos de 378.

2.4. Según la demanda, la proponente solicitó revisión de la anterior calificación, con fundamento en que la causal o motivo del pliego de condiciones que se le aplicó, se refiere a sanciones por mala transcripción de la lista básica de materiales, y que por lo tanto no se incurrió en la sanción contenida en el motivo 2 del numeral 17.1.6 del pliego, debiendo modificarse la calificación en este aspecto técnico, por lo que le correspondía un puntaje positivo.

2.5. Estudiada la reclamación del proponente por el comité de licitaciones y adquisiciones de la entidad licitante, resolvió sancionar a la firma en ese punto.

2.6. El comité técnico del Instituto de Casas Fiscales del Ejército adoptó, mediante acta n.º 687 del 18 de junio de 1997, *“la definición de criterios para el estudio y reclasificación de las propuestas presentadas a las licitaciones números 01 a 05 ICFE-97”*, acta en la cual se determinó que *“debe entenderse como análisis de precios unitarios la sumatoria de los elementos que lo componen como materiales, mano de obra, equipos los cuales provienen de las listas de precios básicos de materiales, mano de obra, equipos; contemplado en el numeral 16.1 siendo de esta manera una falta contemplada en el numeral 17.1.6.2 mala transcripción de la lista básica tanto en su unidad como en su valor”*.

2.7. El comité técnico revisó por segunda vez el puntaje evaluativo de las ofertas – acta n.º 697 del 20 de junio de 1997- y a la demandante, en el criterio de ponderación denominado análisis de precios unitarios, le volvió a dar la calificación de total puntos menos: 378.

2.8. El 20 de junio de 1997, en acta n.º 709 del comité de licitaciones y adquisiciones se consignó el análisis jurídico, económico y técnico de las propuestas y se recomendó su adjudicación.

2.9. El 23 de junio de 1997, se dio lectura a la resolución n.º 125 de la misma fecha, en la cual se adjudicó la licitación al ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez por valor de \$ 366 507 884,60.

2.10. Según la demandante, en el proceso licitatorio se aplicaron sanciones de puntaje por conducta no tipificada en el pliego de condiciones, al establecer un nuevo tipo de sanción: la inconsistencia o mala transcripción en el patrón de unidad, correspondiente a equipos y herramientas; se modificó arbitrariamente el alcance penalizador de los comportamientos de los oferentes en la etapa de evaluación de las propuestas y fue por esta razón que la suya fue mal evaluada, ya que se ajustó en todo al cumplimiento y debida transcripción de valores de la lista de materiales a la del análisis de precios unitarios y debió por lo tanto aplicarse el puntaje máximo otorgado en este factor por el pliego de condiciones.

2.11. Afirmó la actora, que presentó la oferta más favorable y si hubiera sido correctamente calificada, habría obtenido el mayor puntaje y por ende, el derecho a la adjudicación de la licitación. Al haber sido privada de la misma, se le ocasionaron perjuicios que le deben ser indemnizados: \$ 4 16 400 por concepto de daño emergente y por lucro cesante, la suma de \$ 38 000 000, que es el valor de la garantía de cumplimiento o en subsidio, la suma de \$ 15 677 411,00, que es la utilidad que calculó obtener de la ejecución del contrato.

2.12. Adujo como normas violadas, el artículo 83 de la Constitución Política; de la Ley 80 de 1993: los artículos 24, numeral 8, inciso 2º, 28 y 29, incisos 1, 2 y 3; y los numerales 16.2 y 17.1.6, ordinal 2, del pliego de condiciones.

II. Actuación procesal

3. La entidad pública demandada **contestó la demanda**² y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que la calificación de la oferta presentada por los demandantes fue correcta, toda vez que al relacionar los precios unitarios, no

² El señor José Wilson Jiménez Velásquez fue emplazado en legal forma para la notificación del auto admisorio de la demanda sin que se hubiera presentado, razón por la cual se le designó curador ad litem, quien contestó la demanda y se atuvo a lo que resultare probado (f. 67, 71 y 83, c.1).

incluyeron el correspondiente a equipos, por lo que debían ser penalizados y además, se transcribieron erróneamente algunos valores, por lo cual también se hicieron acreedores a otra penalización, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones. Por lo tanto, su oferta no fue la mejor, como lo planteó en su demanda. Propuso excepciones de i) *“ineficacia de la acción frente al acto atacado”*, la cual hizo consistir en el hecho de que, habiendo sido atendidas sus reclamaciones sobre el puntaje otorgado en dos oportunidades antes de tomar la decisión de adjudicar con fundamento en la recomendación del comité de licitaciones, *“(…) si en alguna eventualidad, remota por cierto, se hubiese causado perjuicio alguno al proponente, fue con las decisiones de los comités de licitaciones, en sus actos preparatorios a la Resolución, y no propiamente ésta como acto de la administración”* y por lo tanto han debido ser aquellos los actos demandados; y de ii) *“inexistencia del quantum de los perjuicios pedidos”*, puesto que no se probó el gasto de honorarios por elaboración de la propuesta, respecto de los cuales tan solo se presentó una cuenta de cobro suscrita por el mismo demandante, por lo que procedió a tachar de sospechoso el documento. De otro lado, consideró iluso pretender que por no habersele adjudicado la licitación, hubiera sufrido un perjuicio igual a la utilidad total que pretendía obtener con la ejecución de la obra y de ser cierto, tendría que probarlo, aunque reiteró que nunca se le violó derecho alguno ni con los actos preparatorios ni con la resolución demandada (f. 52, c. 1).

4. El 10 de marzo de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que siendo 2 los cargos en contra del acto administrativo demandado, relacionados con la evaluación de las ofertas y la aplicación errónea de criterios no contenidos en el pliego de condiciones, resultaba indispensable aportarlo al proceso y al no hacerlo la parte actora, había incumplido con la carga de la prueba que recaía sobre ella (f. 121 a 131, c. ppl.).

5. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el que solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en la ausencia de valoración, verificación y contradicción de las pruebas allegadas al proceso y que a su juicio demuestran la ilegalidad del acto demandado.

5.1. Adujo que en la demanda se solicitó oficiar a la entidad para que remitiera los documentos de la licitación y que la demandada, ante varios hechos relacionados en la demanda, se atuvo a lo que resultare probado, cuando se trató de pruebas no allegadas por ella misma y esto no fue tenido en cuenta por el *a-quo*, siendo que en este caso, por haberlo dispuesto así al decretarlas, la carga de la prueba recaía en la entidad.

5.2. En cuanto a la exigencia de que el pliego de condiciones debía obrar en el proceso, la apelante sostuvo que el Tribunal debió demostrar por qué se hacía indispensable y que el *a-quo* no hizo cotejo alguno entre los hechos alegados por las partes y su correspondencia con las pruebas allegadas, de donde pudiera inferir la falta del pliego a efectos de probar algún hecho y lo cierto es que con las pruebas obrantes en el proceso, era suficiente para acreditar las afirmaciones de la demanda (f. 141, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

6. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1997 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 3 080 000 y en el presente caso, la parte actora estimó la mayor de sus pretensiones en la suma de \$ 38 000 000, por concepto de lucro cesante.

II. Hechos probados

7. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis³:

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La Sala valorará las fotocopias simples de documentos públicos aportadas por la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala

7.1. El Instituto de Casas Fiscales del Ejército, mediante resolución n.º 062 del 9 de abril de 1997, abrió la licitación pública n.º 05 de 1997, para la construcción de un edificio de dos pisos con cuatro apartamentos fiscales por piso para suboficiales y demás obras complementarias, hasta la terminación y puesta en funcionamiento de los citados inmuebles, por el sistema de precios unitarios con reajuste, en predios de la Décima Brigada en la Guarnición de Tolemaida (Cundinamarca) (acto de adjudicación de la licitación, f. 1, c. 2).

7.2. En la licitación pública 005-ICFE-1997 se presentaron 15 propuestas, de las cuales fueron evaluadas 10 por cumplir los requisitos del pliego de condiciones y en el aspecto técnico obtuvieron el siguiente puntaje total sobre 900, según consta en la evaluación técnica contenida en acta n.º 553 del 27 de mayo de 1997⁴ (f. 5, c. 2):

059701: Ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez: 817.33

059702: Consorcio B y B: 816.73

059706: Edorco Ltda.: 609.70

059707: José A. Prieto y consorcio Prieto Pinzón: 691.50

059709: Edwin Solano Cía. Ltda.: 637.27

059711: Consorcio Luis F. Reyes y Jesús Antonio Buriticá: 693.15

Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció: *“Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas”*.

⁴ En el acta de evaluación técnica se siguió el siguiente orden: i) se efectuó la relación de firmas que adquirieron el pliego de condiciones y ii) la relación de las que presentaron oferta; iii) luego se realizó la comparación del promedio ponderado de las propuestas presentadas –de su valor- y se determinó que no se consideraban las ofertas que se encontraran por encima o por debajo del promedio ponderado incrementado o disminuido en 8% siguiendo las fórmulas y parámetros del pliego de condiciones, con lo cual salieron las ofertas 059704, 059708 y 059715; iv) a continuación, se hizo la comparación del precio corregido, calificando con un máximo de 50 puntos la propuesta que no presentara errores aritméticos y proporcionalmente las demás; v) luego se hizo la comparación con el promedio ponderado de las propuestas admitidas, puesto que no se considerarían las que se encontraran por encima o por debajo del promedio ponderado incrementado o disminuido en 5%, afectándose las propuestas 059703 y 059710; vi) en seguida se calificó el precio, sobre un puntaje máximo de 500 puntos a la propuesta de menor valor y las demás proporcionalmente; vii) luego se calificó el plazo con un puntaje máximo de 50 puntos, al que coincidiera con el estimado por la entidad y según fórmula allí establecida, a los demás, sin otorgar puntaje a quien ofreciera un menor plazo; viii) se procedió a calificar el análisis de precios unitarios, puntaje máximo: 200, teniendo en cuenta el listado de aspectos (7) que daban lugar a descontar puntos y se relacionó respecto de cada oferta, el puntaje descontado y el motivo de dicho descuento; ix) finalmente, se calificó el cumplimiento de contratos, con un puntaje máximo de 100 puntos, para el proponente que de acuerdo con el certificado de inscripción en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio no presentara ninguna sanción, multa o incumplimiento de contratos, descontando 20 puntos por cada sanción, multa o incumplimiento que registrara.

059712: Ingeniero Rubén Darío Marín: 889.12

059713: Jaime Rodríguez Bonnett: 691.61

039716: Consorcio Alberto Garavito y Constructora Vargas Ltda.: 634.94

059717: González Ossa y cía. sociedad en comandita: 650.00

7.3. El señor José Alonso Prieto Garzón, en representación del consorcio Prieto Garzón, presentó observaciones a la anterior evaluación, en cuanto a su propia calificación y en relación con las obtenidas por otros proponentes. En cuanto a la suya, manifestó su inconformidad con la evaluación del análisis de precios unitarios⁵ en los siguientes aspectos (f. 23, c. 2):

7.3.1. Manifestó que el comité estaba considerando como un error general en la propuesta la no relación entre el valor de los equipos del cuadro de listado de equipos y el valor de los equipos de los análisis unitarios y sostuvo que “(...) *este criterio errado surge a partir de la comparación que están haciendo entre dos casillas que no tienen correspondencia (...)*”, y explicó:

En la evaluación hecha por ustedes, están cometiendo el error de comparar la casilla correspondiente al VALOR UNITARIO del CUADRO DEL LISTADO DE EQUIPOS con la casilla correspondiente al VALOR TOTAL del ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS (a.p.u).

Este valor unitario del cuadro de listado de equipos al aplicarle un rendimiento que es tácito en nuestra propuesta, nos dará un valor que está consignado en la casilla del valor total, esto se puede apreciar en el anexo que le envío como ejemplo.

Si observan el formato de los análisis de precios unitarios, en la parte correspondiente a los equipos tiene una casilla que recibe el nombre de VALOR UNITARIO, valor que es tácito en nuestra propuesta pero que está consignado en el cuadro del listado de equipos.

En nuestra propuesta los rendimientos considerados en los análisis de precios unitarios son los correspondientes a la mano de obra pues estos nos determinan el número de cuadrillas y por ende la duración de

⁵ En la evaluación de este ítem, el consorcio demandante obtuvo un descuento de 380 puntos (f. 19, c. 2):

MOTIVO	n.º	ITEMS x pto.	SUBTOTAL
2.	188	ítems x 2	376
3.	2	ítems x 2	4
		Total puntos menos	380

Según el acta de evaluación, el motivo 2 es: “La mala transcripción de un valor de la lista básica de materiales al análisis unitario se sanciona con dos (2) puntos por cada error, hasta un máximo de 10 puntos por análisis, equivalente a no haberlo presentado” y el motivo 3: “La no inclusión de un elemento constitutivo mínimo, de los análisis unitarios relacionados en las especificaciones técnicas se sancionará con dos puntos por omisión. En caso que la oferta resulte favorecida el oferente queda obligado a cumplir con las especificaciones exigidas por el Instituto (...)”. Aparte de este puntaje, no se da ninguna otra explicación sobre el mismo.

la actividad y del proyecto pues así se define la programación que se les ha presentado.

Los rendimientos del equipo solo definen el valor de éste para cada uno de los ítems, razón por la cual lo presentamos en forma totalizada de una vez (en ningún punto del pliego de condiciones se define que esta forma de presentación es considerada un error). La relación del equipo por unidad (día) corresponde con la suministrada en el cuadro de listado de equipos (ver cuadro y análisis unitarios anexos), la variable sería el rendimiento que es tácito ya que expresamos el valor total, para más claridad les anexamos como ejemplo unos análisis unitarios correspondientes a los ítems 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, donde se puede observar que el valor unitario en el cuadro de listado de equipos no está siendo comparado con la casilla correspondiente en el análisis unitario (pues igualmente aparece en forma tácita), y además se puede observar que los valores totales por equipo en los análisis de precios unitarios según lo anterior no surgen al azar o por error, es tan solo que se presentan en forma totalizada.

(...) estos análisis unitarios no deben sancionarse como errores, agrego además esto que no debe considerarse como un error en todos los unitarios, es un criterio de presentación de la propuesta, criterio que en ninguna parte del pliego se menciona como error (...).

Adicionalmente a este criterio, en ningún punto del PLIEGO DE CONDICIONES dice que se confrontará los datos del LISTADO DE EQUIPOS con los valores consignados en los ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS, en dicho pliego tan solo se hace referencia a la correspondencia del LISTADO DE MATERIALES con los valores consignados en los ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS”.

7.3.2. Se sancionó el ítem 3.1.1. concreto ciclópeo con 2 puntos por falta de vibrador, cuando este aparato no se utiliza para esa clase de concreto.

7.3.3. Se sancionó en el ítem 14.4 ducha con accesorios, la falta de mezclador de ducha, pero en la especificación técnica de este ítem dice claramente que sólo llevará dicho elemento en el evento de que exista instalación de agua caliente y en el proyecto no se harán tales redes.

7.4. El 13 de junio de 1997, el comité técnico hizo la “Revisión y modificación del estudio técnico de acuerdo a las observaciones efectuadas por los proponentes (...)”, la cual arrojó la siguiente calificación total, sin explicar o responder expresamente a tales observaciones (f. 33, c. 2):

059701: Ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez: 781.33

059702: Consorcio B y B: 794.73

059707: José A. Prieto y consorcio Prieto Pinzón: 691.50⁶
059709: Edwin Solano Cía. Ltda.: 635.20
059711: Consorcio Luis F. Reyes y Jesús Antonio Buriticá: 679.15
059712: Ingeniero Rubén Darío Marín: 679.99
059713: Jaime Rodríguez Bonnett: 691.61
039716: Consorcio Alberto Garavito y Constructora Vargas Ltda.: 634.94
059717: González Ossa y cía. sociedad en comandita: 650.00

7.5. El 14 de junio de 1997, se llevó a cabo reunión del comité de licitaciones y adquisiciones del Instituto de Casas Fiscales del Ejército, con el fin de analizar los estudios de los comités jurídico, económico y técnico y hacer la ponencia de la licitación pública 05-ICFE-1997. En dicha reunión, se estudiaron las observaciones de los proponentes al primer informe de evaluación presentado y en relación con las que efectuaron los demandantes a la evaluación técnica, se consignó (acta n.º 662 del 14 de junio de 1997, f. 53, c. 2):

Sobre la reclamación realizada por el consorcio Prieto Pinzón del anexo analices (sic) unitarios una vez escuchado el análisis de la Señorita Arq. MARÍA DEL PILAR DÍAZ ALFARO, quien decía que es justa la reclamación porque no hay punto de comparación y del Ing. LUIS FERNANDO URIBE GAVIRIA quien afirma que un cambio en el patrón de Unidad si es incidente mas no es relevante, los mismos (sic) de la Junta deciden sancionarlo por ese motivo a la firma.

7.6. La recomendación de adjudicación efectuada por el comité de licitaciones y adquisiciones contempló 3 opciones:

1ª opción: La propuesta n.º 059701, ingeniero José Wilson Jiménez:

Puntaje: 866.33; plazo: 210 días; valor: \$ 366 507 885

2ª opción: La propuesta n.º 059702, consorcio B y B:

Puntaje: 794.33; plazo: 210 días; valor: \$ 366 945 321.

3ª opción: La propuesta n.º 059707, arquitecto José A. Prieto y consorcio Prieto P.

Puntaje: 771.50; plazo: 210 días; valor: \$ 369 359 810.

⁶ A pesar de que la calificación total fue la misma, en el capítulo de análisis de precios unitarios se modificaron los puntos descontados, de 380 a 378 (f. 47, c. 2).

7.7. El 17 de junio de 1997, el señor José Alonso Prieto Garzón presentó observaciones a la evaluación de las ofertas presentada por la entidad en la audiencia de adjudicación de la licitación, reiterando los argumentos de la anterior comunicación, agregando que se apoya en los folios 15 y 16 del pliego de condiciones, numeral 17.1.6, en donde es claro que en la revisión del análisis de precios unitarios, al enlistar los aspectos que dan descuento de puntaje, en ninguno se hace referencia a los equipos: *“En el motivo No. 2 se hace mención a la Lista Básica de Materiales, que es diferente a la Lista de precios unitarios de los equipos y maquinaria a utilizar en la obra, que ustedes solicitan en el pliego de condiciones Hoja No. 12, literal 16.1, por lo tanto el mismo pliego da razones suficientes para que se acepten los análisis unitarios presentados por la firma que represento (...). Al ser los pliegos de condiciones muy claros en su alcance, el hecho de pretender darle otro distinto a lo expuesto en el numeral 17.1.6, hace confuso un criterio inicialmente muy claro para todos los proponentes (...). En ninguna parte del pliego de condiciones existe una norma que determine en qué unidades se debe expresar la herramienta y el equipo en los análisis unitarios (...). En el pliego de condiciones se hace mención únicamente a los elementos constitutivos mínimos del Item (...)”* (f. 50, c. 2).

7.8. El 18 de junio de 1997, el comité técnico del Instituto de Casas Fiscales del Ejército, expidió un acta en la cual se realizó la *“definición de criterios para el estudio y recalificación de las propuestas presentadas a las licitaciones números 01, 02, 03, 04 y 05 ICFE-97”*, en la cual se justificó esta decisión manifestando que se tenían en cuenta *“(...) los oficios allegados por los diferentes proponentes a las licitaciones respectivas, y considerando que es necesario unificar los criterios para la penalización de las faltas cometidas en las propuestas presentadas que afectan los resultados del estudio técnico y a fin de tomar una decisión por parte del Comité de Licitaciones y Adjudicaciones (...), el Comité Técnico define las siguientes políticas para aplicar a todas las licitaciones mencionadas, sin tener en cuenta los resultados anteriores”*. En relación con el numeral 16.2 del pliego de condiciones, sobre los valores unitarios de mano de obra y materiales, dispuso que *“(...) no se tendrá en cuenta por separado sino el valor final como total unitario”* y se agregó que *“Debe entenderse como análisis unitarios la sumatoria de los elementos que lo componen como materiales, mano de obra, equipos, los cuales provienen de las listas de precios básicos de materiales, mano de obra, equipos; contemplado en el numeral 16.1 siendo de esta manera una falta*

contemplada en el numeral 17.1.6.2 mala transcripción de un valor de la lista básica tanto en su unidad como en su valor” (f. 58, c. 2).

7.9. El 20 de junio de 1997, los miembros del comité técnico de la entidad demandada suscribieron el acta n.º 697, cuyo asunto fue la “segunda revisión y modificación del estudio técnico de acuerdo a observaciones efectuadas por los proponentes en la audiencia pública para la licitación pública No. 005-ICFE-1997 (...)”, en el cual se consignó que esta revisión se hacía con aplicación de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones de la licitación, la resolución 070 del 15 de abril de 1997 que ordenó integrar los comités técnico, jurídico y económico para la evaluación de las propuestas de la licitación, el acta de estudio del comité técnico n.º 553 del 27 de mayo de 1997 y el acta de revisión y modificación del estudio técnico inicial n.º 687 del 18 de junio de 1997, donde se fijan criterios generales para la recalificación de las propuestas. En el desarrollo de esta acta, “de acuerdo al pliego de condiciones 005/97”, se consignó el numeral 17.1.6 del mismo, análisis de precios unitarios, puntaje máximo 200, los aspectos de los mismos que serán revisados y los puntos que en cada caso se descontarán, con la advertencia de que en todo caso el máximo descuento por este concepto será de 200 puntos. Como resultado de la evaluación, se incluyó el siguiente cuadro resumen de la calificación (f. 61, c. 2):

n.º PROPUESTA	PUNTOS A DESCONTAR	PUNTAJE	PUNTAJE TOTAL
059701	178	22	717.33
059702	138	62	756.73
059707 ⁷	200	0	691.50
059709	200	0	635.20
059711	200	0	679.15
059712	200	0	679.99
059713	200	0	691.61
039716	200	0	634.94
059717	200	0	650.00

7.10. El 20 de junio de 1997, se reunió nuevamente el comité de licitaciones y adquisiciones del Instituto de Casas Fiscales del Ejército para estudiar y

⁷ Propuesta del demandante, quien al efectuar la operación de descuento de puntos, había obtenido una disminución de 378 (f. 64), pero como el máximo a descontar era de 200, esto fue lo que se consignó en el cuadro resumen.

recomendar la adjudicación de la licitación, para lo cual se tuvo en cuenta el estudio definitivo del comité técnico registrado en el acta 697 (párrafo anterior) y la sumatoria de los puntajes económico y técnico que obtuvieron las ofertas, lo cual arrojó el siguiente orden de calificación y recomendación de adjudicación (f. 67, c. 2):

PROPUESTA PUNTOS	PUNTAJE ECONÓMICO (100)	PUNTAJE TÉCNICO (900)	TOTAL (1000)
059701	85	717.33	802.33
059702	00	756.73	756.73
059707	80	691.50	771.50
059709	55	635.20	690.20
059711	40	679.15	719.15
059712	85	679.99	764.99
059713	55	691.61	746.61
059716	35	634.94	669.94
059717	50	650.00	700.00

1ª opción: La propuesta n.º 059701, ingeniero José Wilson Jiménez:

Puntaje: 802.33; plazo: 210 días; valor: \$ 366 507 885.

2ª opción: La propuesta n.º 059707, arquitecto José A. Prieto y consorcio Prieto P.

Puntaje: 771.50; plazo: 210 días; valor: \$ \$ 369 359 810.

3ª opción: La propuesta n.º 059712, ingeniero Rubén Darío Marín. Puntaje:

764.99; plazo: 210 días; valor: \$ 370 497 086.

7.11. El Instituto de Casas Fiscales del Ejército, mediante resolución n.º 125 del 23 de junio de 1997, adjudicó la licitación pública, por valor de \$ 366 507 334,60, al ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez. En las consideraciones de este acto administrativo se registró (f. 1 y 70, c. 2):

7.11.1. Que la licitación pública fue abierta mediante resolución n.º 062 del 9 de abril de 1997 y se adelantó de acuerdo con los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993.

7.11.2. Que mediante resolución n.º 101 del 23 de mayo de 1997 se prorrogó el plazo para que los comités evaluadores presentaran los estudios correspondientes

de cada una de las propuestas y así mismo el plazo para la audiencia pública de adjudicación, para el 16 de junio de 1997.

7.11.3. Que en aplicación de los criterios y ponderaciones de adjudicación, se tuvieron en cuenta los siguientes factores objetivos de selección: análisis de precios unitarios, capacidad de contratación y documentación financiera y jurídica, los que fueron estudiados por los comités jurídico, económico y técnico, según actas 534, 649 y 553.

7.11.4. Que las observaciones de los oferentes a los anteriores informes, fueron estudiadas y analizadas por la entidad, según actas de modificación 644, 649 y 648.

7.11.5. Que en desarrollo de la audiencia pública de adjudicación, el consorcio B&B manifestó que no estaba de acuerdo con la calificación económica que le fue otorgada y el señor Rubén Darío Marín manifestó que su propuesta fue penalizada por el comité técnico 2 veces por el mismo error y solicitó su revisión.

7.11.6. Que la audiencia de adjudicación fue suspendida y los comités técnico y económico dieron respuesta a las anteriores observaciones en actas 697 y 699.

7.11.7. Que reanudada la audiencia de adjudicación, ésta se produjo con fundamento en la recomendación formulada por el comité de licitaciones consignada en acta 709 de 1997.

III. El problema jurídico

8. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si la adjudicación de la licitación pública n.º 05 de 1997 realizada por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército, fue ilegal y si la oferta presentada por el demandante era la más conveniente y por lo tanto debió ser la favorecida con la decisión de la administración.

IV. Análisis de la Sala

Las excepciones

9. La Sala advierte que el *a-quo* no hizo pronunciamiento alguno en relación con las excepciones propuestas en la contestación de la demanda –ver párrafo 3-, razón por la cual procede la Sala a su estudio.

10. Al respecto, se observa que las excepciones en los procesos judiciales, son un medio de defensa ejercido por la parte demandada, que va más allá de la simple negación de la relación fáctica realizada por el demandante, ya que consisten en hechos nuevos, tendientes a enervar las pretensiones; la excepción “(...) se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por este, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso”⁸.

11. La excepción perentoria o de fondo, que es la que procede en los procesos contencioso administrativos,⁹ representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y que excluye los efectos jurídicos perseguidos por la demanda; quien propone una excepción al ser demandado, en realidad lo que hace es alegar hechos nuevos, distintos a los expuestos en el libelo introductorio e impeditivos o extintivos del derecho pretendido por el actor. En relación con las excepciones en los procesos judiciales, ha dicho la jurisprudencia:

(...) las excepciones son medios de defensa dispuestos por el ordenamiento a favor de los demandados, ya que tienden, o bien a enderezar el procedimiento para evitar nulidades en el mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que no atacan directamente a las pretensiones –excepciones previas, que se resuelven antes de continuar con el proceso-, o bien a desvirtuar las pretensiones elevadas en su contra por el demandante, en forma definitiva o temporal –excepciones de fondo o perentorias, que se deciden en la sentencia-, por lo que constituyen un verdadero ataque a la cuestión de fondo; existen también las denominadas excepciones mixtas, consistentes en hechos encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones, es decir excepciones de fondo o perentorias, que se pueden alegar y decidir de manera previa.

⁸ Azula Camacho, Jaime, *Manual de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, T. I, Editorial Temis S.A., 8ª ed., 2002, p. 316.

⁹ El artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, establece que “*En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. // En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. // Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. // El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus*”.

La excepción, en palabras de la doctrina, “Se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por éste, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso. (...) es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante. Es una especie de contraprestación, por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes, que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante”¹⁰.

Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que no se haya cumplido.

En los procesos contencioso administrativos, sólo son admisibles las excepciones perentorias, puesto que aquellos asuntos que pudieran corresponder a excepciones previas, sólo podrán plantearse como causales de nulidad procesal y serán resueltos en la sentencia.

El artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, establece:

“Art. 164.- En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus”.

Por su parte, el artículo 144 del mismo Código, que se refiere a la contestación de la demanda en los procesos contencioso administrativos, dispone que

“Durante el término de fijación en lista el demandado podrá contestar la demanda mediante escrito que contendrá:

(...)

- 3. La proposición de todas las excepciones **que se invoquen contra las pretensiones del demandante, las cuales se decidirán en la sentencia (...)**” (Las negrillas son de la Sala).*

¹⁰ [2] “AZULA CAMACHO, Jaime; *Manual de Derecho Procesal, T. I, Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, 8ª ed., 2002, pgs. 316 y 317”.

Se observa entonces, que el ordenamiento procesal contencioso administrativo regula a través de estas normas las excepciones en los procesos de esta Jurisdicción y no contempla la procedencia de excepciones previas; en relación con éstas, se observa que el C. de P. C., en su artículo 97, enuncia como tales, las siguientes:

- 1- Falta de jurisdicción.
- 2- Falta de competencia.
- 3- Compromiso o cláusula compromisoria.
- 4- Inexistencia del demandante o del demandado.
- 5- Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
- 6- No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado.
- 7- Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
- 8- Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
- 9- No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
- 10- Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
- 11- No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
- 12- Haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

Y esta norma legal dispone que también podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción, las cuales, en principio, son excepciones de fondo por cuanto atacan directamente la pretensión de la demanda, pero el ordenamiento expresamente autoriza su proposición y decisión anticipada.

Como se puede ver, las catalogadas por el C. de P. C., como excepciones previas, corresponden a hechos que no se refieren al derecho alegado por el demandante y reclamado en sus pretensiones, sino que constituyen deficiencias o defectos de índole procesal, que impiden adelantar válidamente el proceso hasta su culminación con una sentencia de fondo, circunstancia que, por lo tanto, justifica su decisión de manera inicial, para lograr el saneamiento del procedimiento e impedir nulidades en el mismo.

Ahora bien, el artículo 140 del C. de P. C., aplicable en materia de nulidades a los procesos contencioso administrativos por expresa remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, precisamente contempla hechos de los anteriormente enunciados y los consagra como causales de nulidad absoluta, en todo o en parte del proceso:

“1- Cuando corresponde a distinta jurisdicción.

2- Cuando el juez carece de competencia.

3- Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

4- Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.

5- Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.

6- Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.

7- Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.

8- Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.

9- Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla”.

Al respecto, se observa que en la conformación de los procesos contencioso administrativos regulados por el Código Contencioso Administrativo, especialmente en el proceso ordinario, que es aquel por medio del cual se tramitan las principales acciones de esta Jurisdicción –nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual-, no está contemplada una etapa en la que se puedan discutir excepciones previas y no se consagra la posibilidad de un incidente para su decisión, por lo cual en el proceso contencioso administrativo, en cuanto se presente alguno de los hechos que el procedimiento civil permite alegar como excepción previa, el mismo podría plantearse como una causal de nulidad procesal, cuando esté prevista como tal en el ordenamiento procesal civil, o mediante la interposición de recursos contra la respectiva providencia¹¹.

12. En el presente caso, el demandado adujo como excepciones:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

12.1. La “ineficacia de la acción frente al acto atacado”, la cual sustentó afirmando que se demandó el acto equivocado, toda vez que de haber sufrido algún perjuicio el demandante, lo fue por los actos del comité evaluador y debieron ser estos los impugnados. Al respecto, para desestimar esta excepción, basta recordar que la jurisdicción contencioso administrativa sólo tiene competencia para juzgar la legalidad de los actos administrativos definitivos, esto es, aquellos que culminan una actuación administrativa y resuelven de fondo la cuestión y sólo excepcionalmente son objeto de juzgamiento los actos de trámite, cuando finalizan dicha actuación e impiden continuarla. En relación con los actos precontractuales y más específicamente aquellos que se profieren en el trámite de los procedimientos de selección de contratistas, la jurisprudencia ha reiterado que los mismos, en cuanto tienden exclusivamente a impulsar el proceso y comprenden el agotamiento de las distintas etapas del mismo sin decidir de fondo sobre la adjudicación del contrato, son propiamente actos de simple trámite, no pasibles de impugnación judicial, de tal manera que, si se considera que el daño sufrido tuvo su origen en uno de estos, lo procedente es demandar el acto definitivo, alegando como sustento de la impugnación, el defecto advertido en la tramitación del procedimiento¹². Sobre el informe de evaluación de las ofertas, ha dicho expresamente la Corporación que tampoco éste es susceptible de ser demandado independientemente, en la medida en que no se trata de una decisión administrativa cuya legalidad le corresponda juzgar a esta jurisdicción de lo contencioso administrativo:

No cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa. Es, un acto de trámite -preparatorio- no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación.

(...)

No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje

¹² Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2007, expediente 26649, M.P. Enrique Gil Botero y sentencia del 21 de mayo de 2008, expediente 32148, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993). Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes.*¹³

12.2. La “*inexistencia del quantum de los perjuicios pedidos*”, fundada en la falta de prueba de los gastos de elaboración de la propuesta y en la improcedencia de reclamar a título de indemnización de perjuicios, un monto igual a la utilidad total que pretendía obtener con la ejecución de la obra, perjuicio que tampoco estaba acreditado. Como se puede observar a simple vista, no se trata de hechos nuevos alegados por el demandado y tendientes a enervar las pretensiones, sino simples argumentos de defensa, una negación de las pretensiones de la parte actora y que deben ser objeto de estudio y decisión en el proceso, por cuanto constituyen el asunto que es la materia de fondo del litigio que debe ser resuelto por el juez, por lo cual también se desestimaré esta excepción.

Las pretensiones

13. La presente controversia gira en torno de la legalidad del acto de adjudicación de una licitación, la cual es cuestionada por otro proponente que participó en dicho procedimiento de selección. En estos casos, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, para obtener la prosperidad de todas sus pretensiones, el demandante debe comprobar la ilegalidad del acto acusado y que su oferta, además de cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, era la más conveniente para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las propuestas: “*La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la Administración*”¹⁴.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, M.P. Nora Cecilia Gómez Molina.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

14. Es decir que en controversias como la presente, en las que se cuestiona la validez de las decisiones de adjudicación de los contratos estatales en los procedimientos de selección de contratistas, son dos los extremos que se deben probar como requisito *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias: i) la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación, y ii) que la oferta del demandante era la mejor y más conveniente y por lo tanto debió ser la favorecida con la decisión. Al respecto, la Sala ha dicho:

15. En cuanto a lo primero, deberá probarse alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas por la ley –falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o violación de la regla de derecho de fondo, artículo 82 del C.C.A-. Y en cuanto a lo segundo, para que se pueda dar la comprobación exigida respecto de la oferta del demandante, deben obrar en el proceso el respectivo pliego de condiciones y todas las ofertas que fueron presentadas en el procedimiento de selección, para poder corroborar, mediante el análisis y comparación de las mismas, de frente a las disposiciones que rigieron el procedimiento de selección y los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las ofertas, que la presentada por el demandante cumplió todos los requisitos y fue la mejor, haciéndose acreedora a la adjudicación^{15.16}

15. El cuestionamiento que la parte actora hace a la adjudicación de la licitación pública n.º 005-ICFE-1997 efectuada por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército mediante la resolución n.º 125 del 23 de junio de 1997, acto administrativo aquí demandado y que recayó sobre la propuesta presentada por José Wilson Jiménez Velásquez, se funda en la afirmación de que la oferta presentada por el consorcio conformado por José Alonso Prieto Garzón y Olga Pinzón, fue mal evaluada en el aspecto técnico y más específicamente, en el criterio de ponderación denominado análisis de precios unitarios, el cual, a juicio de los demandantes, fue mal interpretado y mal aplicado, con desconocimiento de los términos establecidos en el pliego de condiciones. Y que de haber sido correctamente calificada, su oferta habría obtenido el mayor puntaje y por lo tanto, se habría hecho acreedora a la adjudicación.

16. No obstante lo anterior, en el proceso no obran ni el pliego de condiciones que rigió la licitación pública 05 de 1997, ni las ofertas; ni siquiera la presentada por los

¹⁵ [11] “Sin perjuicio de que tal hecho pueda ser acreditado por otros medios de prueba, como un dictamen pericial que así lo establezca. Sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 20629, C.P. Danilo Rojas Betancourth”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, expediente 24271, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

demandantes en el procedimiento de selección o la que fue objeto de la adjudicación. Al respecto, se observa que en la demanda se pidió oficiar a la entidad demandada para que remitiera al proceso, entre otros documentos, el pliego de condiciones y la oferta del consorcio Prieto Pinzón (f. 25 y 26, c. 1); en el decreto de pruebas, el Tribunal *a-quo* ordenó oficiar a la entidad para que remitiera estos documentos y además la propuesta de José Wilson Jiménez Velásquez (f. 89, c. 1). La etapa probatoria se venció y el Tribunal, mediante auto del 28 de agosto de 2001, ordenó dejar a disposición de las partes el expediente por el término de 5 días, con la finalidad de que se pronunciaran sobre la práctica de las pruebas decretadas (f. 97, c. 1). A pesar de que la entidad demandada no remitió al proceso documento alguno, la parte actora no hizo ninguna manifestación en este término y tampoco recurrió el auto que ordenó el traslado a las partes y al agente del ministerio público para alegar de conclusión, procediendo simplemente a presentar sus alegatos (f. 105 y 106, c. 1).

17. Ahora bien, el *a-quo* denegó las pretensiones por considerar que el demandante había incumplido con la carga de la prueba al no aportar las pruebas necesarias para establecer la legalidad o ilegalidad del acto administrativo demandado, afirmación que fue cuestionada por el apelante, quien sostuvo que de acuerdo con los requisitos legales para la presentación de la demanda, la parte actora cumplió con ellos al pedir que se oficiara a la entidad demandada para que remitiera una serie de documentos y que era del resorte de la entidad aportarlos. Por otra parte, afirmó que con el material probatorio allegado con la demanda, era suficiente para establecer la ilegalidad del acto administrativo demandado y que además, el juez de primera instancia ha debido tener en cuenta que en su contestación, la entidad admitió los hechos de la demanda.

18. Al respecto, se advierte que la carga de la prueba no es, como parece entenderlo la apelante, el deber que surge para las partes de allegarlas, a partir del decreto de pruebas proferido por el juez. Se trata de un principio procesal que establece las consecuencias que se derivan de que un determinado hecho no haya sido debidamente probado en el plenario, teniendo en cuenta a quién le correspondía acreditarlo, por estar interesado, precisamente, en la aplicación de una norma legal que presupone esa determinada circunstancia fáctica. El artículo 177 del C.P.C., aplicable en los procesos contencioso administrativos por disposición del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, establece expresamente que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las

normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, es decir que cuando se alegan unos hechos a partir de los cuales se pretende una decisión judicial favorable –en el caso del demandante- o la prosperidad de las excepciones o que se nieguen las pretensiones de la demanda –en el caso del demandado-, es quien plantea esa situación fáctica que da lugar a la aplicación de la ley favorable a sus aspiraciones, el llamado a probarla y si no se acredita en debida forma, será su situación procesal la que se verá afectada. Ahora bien, es cada parte la que decide qué pruebas aporta al proceso, pero ello no la releva de las consecuencias de que un determinado hecho no sea plenamente probado en el proceso, pues "(...) *si bien la carga de la prueba en su aspecto subjetivo determina cuál de las partes asume el riesgo de que un hecho no aparezca probado y, por ende, la apremia a demostrar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, no es menos cierto que el cabal cumplimiento de esa carga pueda satisfacerse aportando las pruebas que estime pertinentes; por supuesto que tal imperativo es de mayor hondura, en la medida en que hace recaer sobre la parte una carga adicional, consistente en conducir al juez a la certeza sobre la existencia de tales hechos, es decir, que la duda y la incertidumbre que sobre un determinado supuesto tenga el sentenciador afecta a la parte sobre la que reposa el onus probandi*"¹⁷. Al respecto, ha dicho la jurisprudencia:

*(...) las descritas consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P.C., de acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", norma que consagra, en estos términos, el principio de la **carga de la prueba** que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la **causa petendi** de la demanda o de la defensa, según el caso; y en cuanto a la noción de "carga" dentro de los procesos judiciales, ha dicho la doctrina¹⁸:*

"La noción de la carga ha sido elaborada principalmente a base de su diferenciación del concepto de obligación; se ha observado acertadamente que mientras el incumplimiento de una obligación lleva consigo la aplicación de una sanción, el incumplimiento de una carga no origina nunca sanción alguna sino simplemente un perjuicio para la persona a quien la carga grava; así, la comparecencia en juicio del demandado no es, en el proceso civil moderno, una obligación sino una carga porque si no comparece no se le impone sanción alguna aunque quede sometido al perjuicio que supone la incontestación de la pretensión del actor (...).

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 2008, expediente 66001 31 03 001 2002 00217 01; M.P. Octavio Munar Cadena.

¹⁸ [15] "GUASP, Jaime; *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid-España, 1997, pg. 38".

(...) en todo derecho subjetivo se observa que el no ejercicio del poder que el ordenamiento jurídico confiere al titular lleva consigo o puede llevar una serie de perjuicios para el mismo en cuanto que queda sin proteger el interés para cuya tutela se concedió el poder (...). Esto quiere decir que la carga es meramente la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo, es el mismo derecho subjetivo sub specie de dicho resultado.

(...) en numerosas ocasiones interesa estudiar, con respecto a determinado problema, más que un derecho subjetivo determinado, las consecuencias que su no ejercicio lleva consigo para su titular; así, en la prueba interesa, más que el derecho de la parte a probar, la carga de esta prueba, es decir, las consecuencias que produce la falta de ejercicio de tal derecho (...).

En relación con las reglas que operan respecto de la carga de la prueba, la doctrina autorizada ha puntualizado¹⁹:

“Con esta expresión [se refiere a “la carga o peso de la prueba o sea el ‘onus probandi’] se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa (...). Es el onus probandi de la terminología forense, pero la actividad se extiende también a las negaciones que forman parte del diálogo procesal (...).

Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber:

- a) *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;
- b) *Reus, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y
- c) *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda”.

(...) Y en eventos como el que se analiza en el **sub-lite**, resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y, por lo tanto, la sociedad actora debe soportar las consecuencias de que este extremo del debate probatorio haya quedado sin demostrar, pues éste es el efecto que se desprende del hecho de que no obre en el plenario el documento rector del proceso de selección, del cual se pregonaba la ilegalidad del acto administrativo con el que culminó²⁰.

¹⁹ [16] “ROCHA ALVIRA, Antonio; *De la Prueba en el Derecho. Clásicos Jurídicos Colombianos. Biblioteca Jurídica Diké*, 1990, pgs. 61 y 62”.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 15862, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

19. En casos como el que es objeto de decisión, cuando un proponente vencido afirma que presentó la mejor oferta en la licitación pública y a pesar de ello la adjudicación recayó en otra distinta, sosteniendo además que la suya fue mal evaluada, asume la carga de probar tales afirmaciones y si esos hechos no resultan debidamente acreditados en el proceso, esto acarreará la denegación de sus pretensiones. Es lo que significa el principio de la carga de la prueba. No basta con afirmar, se debe probar en el proceso tales afirmaciones, si se quiere sacar adelante una decisión judicial favorable.

20. De acuerdo con los hechos probados, en la licitación pública se llevó a cabo una primera evaluación jurídica, económica y técnica de las ofertas, que puesta en conocimiento de los proponentes, fue objeto de observaciones, como resultado de las cuales se realizó una segunda evaluación, arrojando una segunda calificación de las propuestas, que expuesta en la audiencia de adjudicación, tampoco fue aceptada por algunos proponentes, entre ellos los demandantes, lo que condujo a la suspensión de la audiencia, la aclaración, por parte del comité de evaluación técnica, de los criterios de calificación y la nueva revisión de las ofertas, con el resultado final de una recomendación de adjudicación, que recayó en la presentada por un proponente distinto al demandante.

21. Ahora bien, la parte actora insistió en que el pliego de condiciones fue desconocido y mal aplicados los factores de calificación y ponderación, especialmente en la evaluación técnica de las ofertas. Para sustentar esta afirmación, aportó copias de algunas páginas del pliego de condiciones contentivas, según afirmó, de “(...) *las cláusulas del pliego de condiciones de la licitación, que se cuestionan como infringidas (...), suficiente para determinar la ilicitud del comportamiento del ICFE (...)*” (f. 148, c. ppl.) y de las actas del comité evaluador de la entidad demandada, sosteniendo que esto era suficiente para comprobar los defectos que le endilga a la calificación de su oferta y al acto administrativo de adjudicación demandado.

22. La Sala no comparte el criterio del apelante, por cuanto es bien sabido que el pliego de condiciones ha sido denominado jurisprudencial y doctrinalmente la ley del proceso de selección, por constituir el documento normativo rector de la licitación pública, conformado por un conjunto de disposiciones que libremente puede establecer la administración según sus necesidades, ya que tiene libertad

de configuración frente al mismo²¹, siempre que respete el mínimo contenido de los pliegos de condiciones exigido por la ley –art. 24, num. 5, Ley 80 de 1993²²- y las limitaciones que se imponen a partir de la debida planeación del futuro contrato, los estudios previos adelantados, los requisitos presupuestales, la finalidad de la contratación, etc.

23. Tales disposiciones del pliego de condiciones, se encuentran interrelacionadas y concatenadas entre sí, en donde el sentido de una cualquiera de ellas puede depender de la interpretación de otra, de tal suerte que para obtener el cabal entendimiento de su contenido, de los requisitos y exigencias efectuados por la entidad a los proponentes y los criterios de evaluación y calificación que estableció para su selección, aquellas deben ser estudiadas en forma completa y no fraccionada; en consecuencia, no basta con conocer un capítulo del pliego de condiciones, para deducir con certeza si la calificación de las ofertas fue correcta o no. Resulta necesario que el juzgador conozca el pliego en su integridad, para que se pueda formar un juicio acertado en relación con las normas que rigieron el procedimiento de selección y la forma como la entidad las interpretó y las aplicó y no se le puede exigir que simplemente atienda a lo expuesto por el demandante respecto a la que fue su personal interpretación de las reglas de adjudicación y de la actuación administrativa que se surtió.

24. En un pliego de condiciones puede existir tal complejidad, que en relación a su interpretación, *“(...) con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera*

²¹ “(...) se ha señalado que la administración ejerce y mantiene una facultad discrecional para su configuración, para ponderar los hechos, intereses, derechos y principios jurídicos comprometidos en un caso concreto y para una determinada solución. La administración tiene un espacio libre para elegir como posible cualquiera de las alternativas que resuelvan el caso, con un margen de libertad de valoración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones y los criterios y reglas que orientarán el proceso de selección”.

²² Esta norma establece que en los pliegos de condiciones: 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 desierto de la licitación; 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.

*integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación”.*²³

25. En esa labor de interpretar el pliego de condiciones, como norma jurídica que es, “(...) el intérprete estará bien guiado si acude, con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada (...). No obstante lo anterior, conviene precisar que la interpretación del pliego debe realizarse por la entidad, en igualdad de condiciones para todos los participantes, puesto que, de otra manera, se violaría este principio esencial del proceso licitatorio”.²⁴

26. En el presente caso, observa la Sala que, en forma reiterada –ver párrafos 2.1, 2.4, 2.10, 7.3.1 y 7.7-, la parte actora adujo el desconocimiento y violación del pliego de condiciones por parte de la entidad a la hora de evaluar las ofertas y específicamente la suya, de tal modo que no se entiende cómo, revistiendo tal importancia en la sustentación de sus pretensiones, no se aseguró de que obrara en forma integral en el plenario.

27. Igual advertencia cabe hacer en relación con la no aportación de las ofertas que participaron en el procedimiento de selección que culminó con la adjudicación cuya legalidad se cuestiona, las cuales, junto al pliego de condiciones, resultaban necesarias para establecer la veracidad de las afirmaciones de la demandante, puesto que para deducir que su oferta era la mejor y no obstante ello, fue ilegal e injustamente privada de la adjudicación, se requería que el juez efectuara directamente la calificación de las propuestas, aplicando los criterios del pliego de condiciones, para establecer si el resultado obtenido coincidía con el consignado en el acto de adjudicación o si en realidad se configuraron las irregularidades de evaluación afirmadas en la demanda, para lo cual habría que establecer si los mismos errores, de haberse dado, se presentaron en relación con las demás

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 12025, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 13416, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

ofertas y si aún así, corregidas todas las calificaciones, la del consorcio Prieto Garzón obtendría el mayor puntaje y en consecuencia, si la decisión ha debido favorecerlo, como se adujo en la demanda.

28. En asunto similar, afirmó la Sala: *“En el presente caso, no obran en el plenario las ofertas presentadas por todos los proponentes que participaron en la licitación, lo que en principio impide verificar la afirmación de la demandante en el sentido de que la suya fue la mejor, por encima de todas las demás, es decir que incumplió con la carga de la prueba que sobre ella recaía. Y como lo dijo recientemente la Sala, “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 estos aspectos”²⁵”²⁶”²⁷.*

29. Y en relación con la importancia de contar en el proceso con los textos del pliego de condiciones que los rigió y las ofertas presentadas en los procedimientos de selección de contratistas, como elemento de juicio necesario para determinar la legalidad de la decisión cuestionada, ha manifestado la Sala:

9.2 Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

9.3 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”²⁸– y medieval –“in claris non fit interpretatio”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“Artículo 27.- Cuando el

²⁵ [31] “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”.

²⁶ [25] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 22783, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁸ [6] “D.32, 25,1 PAULO”.

sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

9.4 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente²⁹.

30. Ahora bien, la Sala ha reconocido que la afirmación de haber presentado la mejor oferta dentro de un proceso licitatorio también puede ser probada por otros medios, como lo sería por ejemplo, un dictamen pericial³⁰, pero en el *sub-lite*, no obra un medio de prueba de esta naturaleza. Tan sólo se cuenta con las actas de evaluación de la entidad demandada –cuya actuación la demandante cuestiona–, el acto de adjudicación, una copia fraccionada del pliego de condiciones y la personal interpretación que de la calificación de ofertas efectuó el demandante, elementos de juicio que, considera la Sala, resultan insuficientes para desvirtuar la presunción de legalidad de la que se encuentra investido el acto administrativo demandado.

V. Conclusión

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 20629, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁰ *Ibídem*.

31. De acuerdo con lo expuesto, la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que se halla investida la resolución n.º 125 del 23 de junio de 1997, por medio de la cual el Instituto de Casas Fiscales del Ejército adjudicó la licitación pública n.º 05 de 1997 a José Wilson Jiménez Velásquez, razón por la cual resulta procedente la denegación de las pretensiones y en consecuencia, la confirmación del fallo de primera instancia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 10 de marzo de 2004.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala