

## **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Nulidades contractuales - Acto administrativo**

El numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, prescribió en su inciso segundo que la «ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos» [Destaca la Sala]. La norma legal transcrita prohíbe a la Administración el rechazo de las ofertas cuando los proponentes omitan allegar documentos exigidos en los términos de referencia, si tales documentos no resultan necesarios para hacer la comparación de las propuestas, por lo cual las entidades estatales contratantes sólo deben exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales, necesarios para la evaluación de las ofertas, como aquellos esenciales o indispensables previstos expresamente en la Constitución o en la Ley, de ahí que no resulte viable que la Administración en los pliegos de condiciones consagre prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución o en la Ley que impidan la participación de los interesados en los procedimientos administrativos de selección contractual.

## **NULIDADES CONTRACTUALES - Acto de declaración desierta**

Resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, le corresponderá a quien demande, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor.

## **DECLARACIÓN DESIERTA DE LA LICITACIÓN – Definición**

La declaratoria de desierto es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración, de ahí que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido.

## **CADUCIDAD - Nulidades contractuales**

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se rige «conforme a las reglas del código contencioso administrativo» y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso - 30 de abril de 1998 -, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 – subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- lo señaló en cuatro [4] meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso, término que posteriormente se redujo a treinta 30 días en cuanto no se hubiere celebrado el respectivo contrato, al expedirse la Ley 446 de 1998, norma que en su artículo 32 introdujo modificaciones al artículo 87 del C.C.A.

## **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - Improcedencia - Perjuicio material - Utilidad proyectada para el contratista**

Con respecto a la suma reclamada por concepto de daño emergente, correspondiente a los gastos en que incurrió el proponente en la elaboración y presentación de la propuesta, tales como el costo del pliego de condiciones y el valor de la póliza, es importante destacar que no son factores indemnizables ni de reconocimiento al proponente que resulte vencido en un proceso administrativo de selección, comoquiera que se trata de los costos de oportunidad en los que se tiene que incurrir para participar en el mismo, gastos que, por lo demás, debe asumir todo aquel que se presente al proceso de selección y que, no obstante no resultar elegido, no le son reembolsables, dado que no tienen el carácter de perjuicios indemnizables como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala [...].

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01360-01(26868)**

**Actor: HORACIO MENDOZA MARTINEZ**

**Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTÁ – FONDO DE DESARROLLO LOCAL**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

El día 30 de abril de 1998, Horacio Mendoza Martínez por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Distrito Capital de Bogotá – Fondo de Desarrollo Local. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Folios 1 al 11 del cuaderno No. 1.

*"1) Que se declare la nulidad de la Resolución No. 59 de diciembre 30 de 1997 proferida por la Alcaldía Local de Santafé por la cual se declaró desierta la Licitación Pública No. 01 de 1.997 cuyo objeto era la Construcción de Pavimentación para Vías Urbanas, Sector 1, Alcaldía Local de Santafé, por hallarse su expedición en abierta contradicción y violación con la Ley.*

*2) Como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de mi poderdante, traducido en la condena a la indemnización de perjuicios, por estar plenamente probado que no obstante haber ocupado el primer lugar entre los tres proponentes, de acuerdo con la evaluación hecha, no se le adjudicó el contrato materia de dicha licitación.*

*3) Que a título de restablecimiento, se le reconozcan y paguen a mi mandante los perjuicios causados tanto morales como materiales consistentes en el costo del pliego de condiciones, valor de pólizas, valor de preparación de la propuesta, los dineros dejados de percibir a título de Administración, Imprevisto y Utilidades indicados en su oferta, Good Will adquirido si se le hubiere adjudicado el contrato y por ende ejecutado, y demás causados que se probaran durante el transcurso del proceso, y que se discrimina en el acápite de PERJUICIOS OCASIONADOS.*

*4) Que se ordene al ente demandado reconocer al demandante la actualización de dicho monto, de acuerdo con el poder adquisitivo de la moneda desde el momento de la adjudicación hasta la fecha de la sentencia.*

*5) Que el ente demandado queda obligado a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el Art. 176 del C.C.A. y que reconocerá los intereses de que trata el Art. 177 ibídem, inciso final, a partir del momento de ejecutoria de la sentencia, y se de cumplimiento al Art. 178 del C.C.A."*

## **2. Hechos.**

En su escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** La Alcaldía Local de Santa Fe, a través del Fondo de Desarrollo Local, mediante Resolución No. 31 del 4 de agosto de 1997, ordenó la apertura de la licitación pública No. 01, cuyo objeto consistió en ejecutar las obras de *“Construcción de pavimento Sector 1 de la Localidad 3 Santa Fe”* por un valor de \$336'564.548,36.

**2.2.** En virtud de la citada licitación, el señor Enrique Sandoval García, la Unión Temporal CONCIVAL Ltda. - Rodrigo Garrido, y el hoy demandante - Horacio Mendoza Martínez - presentaron sus respectivas propuestas.

**2.3.** Adujo el demandante que la totalidad de las propuestas cumplieron con los requisitos de Ley y con los *“exigidos por la entidad contratante de acuerdo a la evaluación jurídica realizada por la misma entidad”*.

**2.4.** En cuanto a la evaluación técnica y económica de las propuestas, señaló que la presentada por el hoy demandante obtuvo el primer lugar, la Unión Temporal el segundo y el tercer lugar lo ocupó el señor Enrique Sandoval García.

**2.5.** Indicó que en la audiencia de adjudicación la Alcaldía Local de Santa Fe, encontró acertada la observación formulada por el señor Enrique Sandoval García a la propuesta presentada por la parte actora, al considerar que *“no aportó los documentos de disponibilidad de los equipos [retroexcavadora Komatsu PC-200 modelo 95, Volqueta Internacional modelo 96 y Volqueta Kamas modelo 94] de propiedad de Leasing Colmena y Leasing Santander”*, razón por la cual rechazó la propuesta.

**2.6.** Manifestó que en la mencionada audiencia se determinó que las otras propuestas tampoco se *“encontraban habilitadas para participar en la adjudicación”*, motivo por el cual mediante Resolución 059 del 30 de diciembre de 1997 se declaró desierta la licitación pública No. 01.

**2.7.** Sostuvo que de manera sorpresiva y vulnerando lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, al día siguiente de expedir el acto por medio del cual declaró

desierta la citada licitación, se adjudicó directamente – mediante Resolución No. 061 del 31 de diciembre de 1997 - el contrato al señor Enrique Sandoval García, quien había participado en la mencionada licitación y había ocupado el tercer lugar en el proceso de licitación.

### **3. Normas violadas y concepto de violación**

La parte demandante sostuvo que el acto demandado vulneró los artículos 4, 6, 13, 29, 83, 90, 95 y 122 de la Constitución Política; los artículos 3, 24 numerales 1-8, 25 numerales 15-18, 26, 29, 30 numerales 10-11 y párrafo, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1, 2 y 12 del Decreto 855 de 1994.

Como sustento del concepto de violación, manifestó, en síntesis, que la Resolución demandada es a todas luces contraria a las normas constitucionales referidas anteriormente.

Señaló que el argumento que se invocó para rechazar la propuesta presentada por el demandante, consistente en que no *“aportó los documentos de disponibilidad de los equipos de propiedad de Leasing Colmena y Leasing Santander”* resulta equivocado, en tanto que el demandante si relacionó los equipos exigidos en el pliego de condiciones, así como también *“dio cumplimiento en el sentido de demostrar la propiedad y/o disponibilidad”* de los mismos.

Adujo el demandante que acreditada - en la propuesta - la disponibilidad de los equipos que se requerían para adelantar la obra, en nada incidía que el proponente fuera *“propietario, poseedor o tenedor”* de los mismos, de suerte que la referencia en el pliego a la disponibilidad de los equipos debe entenderse exclusivamente como la *“forma en que se debe acreditar su existencia”*.

Manifestó que con la expedición del acto demandado se vulneró lo previsto en el artículo 25 numeral 15 de la ley 80 de 1993, comoquiera que

la propuesta presentada por el demandante, a pesar de haber cumplido con los requisitos exigidos, fue rechazada por la entidad demandada.

Así mismo, concluyó que *“los hechos enunciados no son motivo para declarar desierta dicha licitación, pues como dispone la norma –artículo 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993-, la declaratoria de desierta de la licitación o concurso procederá únicamente por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista... El funcionario está obligado a aplicar la disposición en caso de que el supuesto de hecho se encasille dentro de la misma. De lo contrario le está vedado encuadrar hechos no contemplados por la norma”*.

#### **4. Actuación Procesal.**

La demanda presentada el 30 de abril de 1998<sup>2</sup>, fue admitida mediante auto del 26 de mayo de 1998<sup>3</sup>; notificada en legal forma al Ministerio Público el 2 de junio de 1998<sup>4</sup> y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá el 17 de julio de 1998<sup>5</sup>.

#### **5. Contestación de la demanda.**

El Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá contestó la demanda para oponerse a las pretensiones y en cuanto a los hechos relatados en la demanda aceptó unos y rechazó otros<sup>6</sup>.

Señaló que el acto por medio del cual se declaró desierta la licitación pública No. 01, se expidió *“atendiendo el principio de legalidad”*, de manera que no es cierto que el mismo hubiese transgredido disposiciones legales ni tampoco normas constitucionales.

Expuso que la entidad demandada no vulneró el debido proceso, toda vez que el actor conoció *“no sólo los argumentos que tuvo en cuenta la Administración [para declarar desierta la licitación pública No. 1], sino*

---

<sup>2</sup> Anverso del folio 11 del cuaderno No.1.

<sup>3</sup> Folio 15 del cuaderno No.1.

<sup>4</sup> Anverso del folio 15 del cuaderno No. 1.

<sup>5</sup> Folio 16 del cuaderno No. 1.

<sup>6</sup> Folios 26 al 30 del cuaderno No. 1.

que, además, una vez expedidos y notificados los actos administrativos le fueron concedidos los recursos”.

Indicó que el acto demandado fue debidamente expedido “fundado en hechos reales, en los pliegos de condiciones, en las propuestas y sus objeciones, así como en lo normado en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes”.

Así mismo, formuló las siguientes excepciones:

- Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de los requisitos formales. Como sustento de tal excepción señaló que en la demanda el actor no estimó de manera razonada la cuantía, omitiendo la exigencia de que trata el artículo 75 de Código Contencioso Administrativo.
- “Falta de causa para demandar”, para lo que sostuvo que el acto demandado fue debidamente expedido, de suerte que “al actor no le asistía razón para demandar la nulidad del mismo”.

## **6. Los alegatos de conclusión.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante auto del 17 de marzo de 1999, abrió el proceso a pruebas<sup>7</sup> y, a través del proveído del 28 de mayo del 2002, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión<sup>8</sup>, oportunidad procesal en la que la parte actora se pronunció para reiterar los argumentos expuestos en la demanda y agregar que en el proceso de licitación los proponentes no estaban obligados a acreditar la propiedad de los equipos ofertados, en tanto que la sola demostración de “la disponibilidad le era suficiente para participar” en la licitación, según lo previsto en el numeral 26.2.7 del pliego de condiciones<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Folios 36 y 37 del cuaderno No. 1.

<sup>8</sup> Folio 85 del cuaderno No. 1.

<sup>9</sup> Folios 86 al 90 del cuaderno No. 1.

El Ministerio público y la entidad demandada guardaron silencio.

## **7. La sentencia de primera instancia.**

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante sentencia proferida el 21 de noviembre de 2003<sup>10</sup>, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la excepción formulada consistente en la *“ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales”*, adujo que no podía prosperar, puesto que el actor sí *“estipuló en debida forma la cuantía, considerando la misma en la suma de \$100.000.000 pesos”*.

Estimó el *a quo* que en el presente asunto la entidad demandada cumplió a cabalidad con *“el trámite de adjudicación del contrato”* previsto en la Ley 80 de 1993, de suerte que el actor no sólo contó con la oportunidad de presentar su propuesta de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones, sino que también contó con la posibilidad de que fuese *“tenida en consideración y estudio por la entidad contratante”*, no obstante lo cual, en tanto que ninguna de las propuestas había cumplido con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, la entidad declaró, mediante acto administrativo debidamente motivado, desierta la licitación.

Expuso que en el pliego de condiciones se les exigió a los proponentes que deberían acreditar la propiedad de los equipos ofrecidos o su disponibilidad, no obstante lo cual - señaló el *a quo* - en la propuesta presentada por la parte actora se demostró la disponibilidad de los equipos sólo hasta el 22 de diciembre de 1997 -fecha en la cual se terminó el contrato de Leasing No. 20727-, con lo cual, resultaba evidente que para el día 30 de diciembre de 1997, fecha en que se celebró la audiencia de

---

<sup>10</sup> Folios 97 al 112 del cuaderno principal.

adjudicación, el ahora actor *“no tenía disponibilidad de los equipos”* ofrecidos, *“de tal manera que la entidad contratante no podía asumir el riesgo frente a la ejecución de la obra, adjudicándole la licitación a una persona que no disponía de los equipos requeridos para iniciar, ejecutar y culminar el contrato objeto de la licitación”*.

En ese orden de ideas, manifestó que la decisión adoptada por la entidad demandada consistente en rechazar la propuesta presentada por el actor, se encontraba ajustada a las normas legales que regulan la materia.

Adicionalmente, señaló que la ley prevé que en el evento en que la Administración declare desierta la licitación, podrá contratar de manera directa, situación que ocurrió en el presente asunto.

Así mismo, sostuvo que *“la falta de documentos que acreditaran la disponibilidad de los equipos exigidos en el pliego, no solo constituyen la falta de un requisito necesario para la comparación de las propuestas, sino que constituye la prueba de que, el proponente sí se encuentra en condiciones de desarrollar el objeto contractual”*.

Por último, manifestó que la declaratoria de desierta de la licitación pública No. 01 de 1997 se ajustó a lo dispuesto en la ley, por cuanto, al no existir ninguna *“oferta viable dentro de la licitación”*, *“la entidad no podía menos que declararla desierta”*.

## **8. El recurso de apelación.**

De manera oportuna<sup>11</sup>, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia.

---

<sup>11</sup> Recurso presentado y sustentado el 4 de diciembre de 2003, folios 114 y 115 del cuaderno principal.

Como fundamento de su inconformidad, expuso lo que se transcribe a continuación:

*"Ahora bien, en cuanto al acto impugnado motivo de discordia, que por su naturaleza se ha considerado violatorio de la norma especial, ley 80 de 1993; me permito manifestar que NO COMPARTO la interpretación dada al estudio de violación de cargos por su despacho.*

*Al punto específico, la entidad demandada en su pliego de condiciones dispuso:*

*'El oferente demostrará la propiedad o disponibilidad del equipo requerido por medio de los siguientes documentos que deberá anexar a su propuesta:*

*Documentos que garanticen su propiedad (tarjeta de propiedad y/o factura de compra.*

*Documentos que garanticen el arrendamiento y disponibilidad para la ejecución de la obra, anexando certificado de propiedad del arrendador" (Fls. 46-47 c2)'.*

*El honorable Tribunal, para valorar el cumplimiento de la anterior condición, aduce la existencia del Contrato Leasing No. 20727, donde concluye que dada la fecha de terminación del contrato, DIC-22-1997, el oferente no podría cumplir para la época de adjudicación del contrato (DIC-30-87(sic)).*

*Me aparto totalmente de tal interpretación, pues recordemos que una de las características de los contratos de Leasing, es la transferencia de propiedad en manos del locatario, convirtiéndose en propietario, siempre y cuando cumpla con ciertas obligaciones pactadas en el contrato.*

*Su despacho SUPONE, que la transferencia de propiedad no se dio, al indicar que el actor no tiene disponibilidad de los equipos para la fecha de adjudicación, sin prueba alguna que lo soporte.*

*Igualmente, en el fallo impugnado (pág.15) se refiere a la fecha de iniciación del contrato de LEASING No. 20.727: 22-DIC-95, y fecha de terminación: 22-DIC-97. Pero olvida este tribunal, si detalla con detenimiento el contrato analizado, (fl.165) que el VALOR MENSUAL DEL ARRENDAMIENTO incluye un canon extraordinario por \$33'000.000,00 que deberá pagarse el 22-DIC-95; más 24 cánones mensuales de arrendamiento cada uno por \$1'207.377,00., el primero de los cuales deberá pagarse el 22 de Enero de 1996.*

Quiere decir que se trata de 24 cánones más uno más de cuota extraordinaria para un total de 25 cánones, esto es 2 años y un mes más, y así se desprende de lo consagrado en el mencionado contrato, pues allí se lee:

*'VALOR MENSUAL DE ARRENDAMIENTO: Un canon extraordinario por valor de \$33'000.000,00 que deberá pagarse el día 22 de Diciembre de 1995.*

*Veinticuatro (24) canones (sic) mensuales de arrendamiento cada uno por valor de un millón doscientos siete mil trescientos setenta y siete pesos mcte (1'207.377,00), el primero de los cuales deberá pagarse el 22 de Enero de 1996'.*

Obsérvese que el primer canon deberá pagarse el 22 de Enero de 1996, y si ello es así como en efecto lo es, el último canon deberá pagarse el 22 de Enero de 1998, independientemente que el contrato tenga fecha de vencimiento: DIC-22-97, y como el pago del último canon se acordó para ENE-22-98, de acuerdo a la tesis de este Tribunal, para esta fecha, posterior a la adjudicación del contrato, todavía existía la disponibilidad del equipo allí relacionado para el proponente y hoy demandante HORACIO MENDOZA.

Y esto, sin tener en cuenta si el arrendatario JAVIER RAMIREZ ejerció o no, la opción de compra que reza el mentado contrato de Leasing por valor de \$2'100.000,00; que desafortunadamente su despacho, presumió que no lo había hecho, para desestimar las pretensiones del demandante.

(...)"

## **9. El trámite de segunda instancia**

El recurso interpuesto, fue admitido a través del auto del 16 de abril de 2004<sup>12</sup> y en proveído del 14 de mayo del 2004<sup>13</sup>, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación<sup>14</sup>.

El Ministerio Público y la entidad demandada guardaron silencio.

---

<sup>12</sup> Folio 121 del cuaderno principal.

<sup>13</sup> Folio 123 del cuaderno principal.

<sup>14</sup> Folios 124 al 127 del cuaderno principal.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia, 2) el ejercicio oportuno de la acción, 3) las pruebas que obran en el proceso, 4) el análisis de la nulidad por ilegalidad de la Resolución No. 59 de 30 de diciembre de 1997, mediante la cual se declaró desierta la licitación pública No. 01 de esa misma fecha y 5) el restablecimiento del derecho solicitado.

### **1. Competencia**

La Sala tiene competencia para conocer en segunda instancia del presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984<sup>15</sup> -, en la forma en la cual fue modificado por el artículo 2º del Decreto 597 de 1988, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia.

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, el 21 de noviembre de 2003, en un

---

<sup>15</sup> A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", sin embargo, por expresa disposición de la norma, éste no es aplicable al proceso de la referencia. "ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

**Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior"** (Se destaca).

proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en sesenta y nueve millones setecientos tres mil novecientos ochenta pesos con treinta y seis centavos (\$69'703.980,36) suma correspondiente al valor dejado de percibir por concepto de A.I.U. (administración, imprevistos y utilidades), mientras que el monto exigido al momento de su presentación<sup>16</sup> para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tuviera vocación de doble instancia era de cuatro millones trescientos doce mil pesos (\$4.312.000) (Decreto 597 de 1988).

## **2. Ejercicio oportuno de la acción.**

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se rige “conforme a las reglas del código contencioso administrativo” y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso - 30 de abril de 1998 -, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 – subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- lo señaló en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso, término que posteriormente se redujo a treinta (30) días en cuanto no se hubiere celebrado el respectivo contrato, al expedirse la Ley 446 de 1998, norma que en su artículo 32<sup>17</sup> introdujo modificaciones al artículo 87 del C.C.A.

Encuentra la Sala que la demanda se presentó en término, toda vez que, según se extrae del expediente, la declaratoria de desierta de la Licitación Pública No. 01 de 1997 se realizó el 30 de diciembre de 1997, en el curso de la audiencia de adjudicación, diligencia a la cual asistió el hoy demandante y el resto de los proponentes no favorecidos, de ahí que, para el momento de presentación de la demanda – 30 de abril de 1998 -<sup>18</sup>, no habían transcurrido los cuatro meses establecidos en el artículo 136 del

---

<sup>16</sup> 30 de abril de 1998.

<sup>17</sup> Dispuso la norma en su inciso 2º que “los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación....”

<sup>18</sup> Anverso folio 11 del cuaderno No. 1.

C.C.A., por lo que se concluye que en el caso concreto no había operado la caducidad<sup>19</sup>.

### 3. Las pruebas que obran en el expediente

#### 3.1. Documentales

- Copia simple del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 1997, cuyo objeto consistió en la "CONSTRUCCION DE PAVIMENTOS PARA VIAS URBANAS SECTOR 1 ALCALDIA LOCAL DE SANTA FE"<sup>20</sup>.
- Copia simple de la propuesta presentada por el ingeniero Horacio Mendoza Martínez<sup>21</sup>.
- Copia auténtica del cuadro contentivo de la verificación del cumplimiento de "los requisitos de calificación" de las propuestas presentadas por la Unión Temporal CONCIVAL Ltda. - Rodrigo Garrido, por el señor Enrique Sandoval García y por el ingeniero Horacio Mendoza García<sup>22</sup>.
- Copia auténtica del formato de la evaluación técnica y económica de las propuestas<sup>23</sup>.
- Copia auténtica del resumen total de calificaciones, el cual arrojó el siguiente orden de elegibilidad<sup>24</sup>:

PROPONENTE	ASPECTOS TECNICOS (550)	ASPECTOS ECONOMICOS (450)	PUNTAJE TOTAL (100)	PROPUESTA HABIL MAYOR DE 800 PUNTOS	PLAZO MESES	VALOR \$ PROPUESTA	ORDEN DE ELEGIBILIDAD
U.T.CONCIVAL LTDA – Ing. RODRIGO GARRIDO	486.00	449.90	935.90	SI	4	336.563.599,00	2
HORACIO MENDOZA	510.00	450.0	960.00	SI	3	336.564.548,36	1

<sup>19</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Rad: 21989.

<sup>20</sup> Folios 15 al 144 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>21</sup> Folios 145 al 422 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>22</sup> Folio 437 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>23</sup> Folios 432 al 434 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>24</sup> Folio 435 del cuaderno de pruebas No. 2.

ENRIQUE SANDOVAL GARCIA	472.00	449.7	921.70	SI	4	336.778.596,00	3
-------------------------	--------	-------	--------	----	---	----------------	---

- Copia auténtica del acta de la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 1997<sup>25</sup>.
- Copia auténtica de la Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997, por medio de la cual, la Representante legal del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe declaró desierta la mencionada licitación<sup>26</sup>.
- Copia simple de la Resolución No. 61 del 31 de diciembre de 1997, mediante la cual, se adjudicó directamente la licitación No. 01 de 1997 al Ingeniero Enrique Sandoval García<sup>27</sup>.
- Original del oficio No. 02432 del 8 de mayo de 2000, dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Jefe Encargado de la Oficina de Asignaciones Seccionales Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de la Fiscalía<sup>28</sup>.
- Original del oficio No. 50100 - 014903 del 13 de noviembre de 2001, enviado por el Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C., al Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>29</sup>.

### 3.2. Dictamen pericial

- Obra dictamen pericial solicitado por la parte demandante, en relación con los perjuicios que sufrió el ingeniero Horacio Mendoza Martínez<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Folios 428 al 430 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>26</sup> Folios 436 y 437 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>27</sup> Folios 8 y 9 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>28</sup> Folios 424 y 425 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>29</sup> Folios 438 y 439 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>30</sup> Folios 59 al 85 y 93 al 97 del cuaderno No. 1.

### **3.3. Valor probatorio de los documentos aportados en copia simple y que no pudieron obtenerse en copia auténtica, por obra de la parte demandada.**

Encuentra la Sala que tanto el pliego de condiciones de la licitación pública No. 01 de 1997, como la propuesta presentada por el hoy demandante – Horacio Mendoza Martínez - y la Resolución No. 61 del 31 de diciembre de 1997, fueron aportados por la parte actora en copia simple, circunstancia que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, implicaría que a éstos no se les podría otorgar mérito probatorio alguno.

No obstante lo que acaba de indicarse, se tiene que en el asunto que se examina la parte actora fue diligente en su actuar, pues solicitó en la demanda que la entidad accionada aportara copia auténtica de los *“antecedentes administrativos que dieron lugar a la Resolución No. 59 de Diciembre 30 de 1997, por la cual se declaró desierta la licitación pública No. 01 de 1997”*, prueba que fue decretada mediante auto del 17 de marzo de 1999 y para cuya práctica se libró el respectivo oficio, no empero lo cual, la entidad demandada no aportó la totalidad de los documentos constitutivos de los antecedentes.

En ese contexto, si bien es cierto los documentos relacionados anteriormente fueron aportados en copia simple, no lo es menos que en el asunto que se examina está demostrado que la parte actora fue diligente en su actuar, pues solicitó que la entidad accionada aportara copia auténtica de los *“antecedentes administrativos que dieron lugar a la Resolución No. 59 de Diciembre 30 de 1997”*, prueba que sin duda alguna incluía los documentos que fueron allegados por la parte actora en copia simple.

Así las cosas, en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y, además, en consideración a que la parte demandada no tachó de espurios los

documentos aportados en copia simple por la parte actora, la Sala, les otorgará plena eficacia demostrativa<sup>31</sup>.

Sumado a lo anterior y en lo que se refiere al valor probatorio de las copias simples en casos como el que ahora se examina, la Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013<sup>32</sup>, expuso lo que se transcribe a continuación:

*“En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.*

*Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.*

*El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.*

*En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia*

---

<sup>31</sup> “La Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.

Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el a quo en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P.), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil)”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007, expediente AG-025, Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>32</sup> Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado No. 25022. M.P. Enrique Gil Botero.

*simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).*

*Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad”.*

#### **4. Caso concreto**

Encuentra la Sala que en el asunto que ahora se examina la parte actora solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997, por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública No. 01 de 1997.

Para efectos de estudiar los argumentos formulados por la parte actora, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

##### **4.1. Prosperidad de la pretensión de nulidad del acto por medio del cual se declaró desierta la licitación.**

La declaratoria de desierta es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración, de ahí que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber

ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido<sup>33</sup>.

A continuación se transcriben algunos apartes de las orientaciones dadas por la Sala sobre ese aspecto:

“(…)

*Según la jurisprudencia de la Sala<sup>34</sup> la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada.*

*21.5 De consiguiente, no cualquier hecho puede conducir a la declaratoria de desierto de un proceso de selección, sino que es menester que aquel impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico.*

*21.6 De acuerdo con tal planteamiento, es lógico concluir que no puede quedar al libérrimo arbitrio de la Administración decidir si opta por esta medida excepcionalísima, de modo que decisiones como la que se estudia pone no sólo en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella sino en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3º; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1º, 2º y 3º; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).*

*21.7 En tanto situación excepcional, la Administración no queda habilitada por vía general para declarar desierto cuando las razones que invoca están por fuera de la ley y por lo mismo “cuando alguna de las causales de declaratoria de desierto no está configurada, la Administración debe proceder a la adjudicación del contrato”<sup>35</sup>. Igualmente, cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego surge la obligación de adjudicarla al mejor proponente, de conformidad con los criterios previamente establecidos para su evaluación. De modo que la declaratoria de desierto no puede provenir de la negligencia o de la conducta omisiva de la entidad y mucho menos puede*

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18293), CP Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>34</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18.293), CP Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010. Rad: 16432, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*revestírsele al incumplimiento de sus mínimos deberes un manto de legalidad”<sup>36</sup>.*

Adicional a lo anterior, resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación<sup>37</sup>, que cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, le corresponderá a quien demande, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor.

#### **4.2. El análisis de la nulidad por ilegalidad de la Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997.**

En el presente asunto se encuentra acreditado que la Alcaldía Local de Santa Fe, a través del Fondo de Desarrollo Local, invitó a “*todas las personas naturales o jurídicas*” para que participaran en la Licitación Pública No. 01 de 1997, cuyo objeto consistió en la “*CONSTRUCCION DE PAVIMENTOS VIAS URBANAS SECTOR 1 ALCALDIA LOCAL DE SANTA FE*”.

Así mismo, se encuentra demostrado que la Unión Temporal CONCIVAL – Rodrigo Garrido, el señor Enrique Sandoval García y el hoy demandante - Horacio Mendoza García - presentaron sus respectivas propuestas.

En lo que concierne a los requisitos legales de participación, en los numerales 1 y 2 del literal A de la Sección II – *Instrucciones a los Licitantes* - del pliego de condiciones se dispuso lo siguiente:

##### 1. LICITANTES ELEGIBLES

*Podrán participar las personas naturales o jurídicas cualquiera sea su modalidad de asociación que se encuentren inscritas en el*

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de mayo de 2013, exp: 23734, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>37</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Rad: 19056 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, con anterioridad a la fecha de apertura de la licitación, calificadas y clasificadas y capacidad de contratación igual o superior a 4.000 S.M.L.V...

## 2. REQUISITOS LEGALES DE PARTICIPACION

Además de los requisitos de elegibilidad para participar en la licitación, se requiere no estar incurso en alguna de las inhabilidades e incompatibilidades de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993...".

En cuanto a los criterios establecidos para la evaluación y comparación de las propuestas, se observa que en el literal E – apertura y evaluación de las ofertas - de la Sección II del pliego de condiciones, se plasmaron aquellos que debían ser tenidos en cuenta por la Administración al momento de efectuar la evaluación, en los términos que se transcriben a continuación:

### **"FACTORES DE SELECCIÓN:**

Para la evaluación y calificación de la presente licitación, se considerarán en forma rigurosa los siguientes aspectos básicos:

**26.1 ASPECTOS JURÍDICOS:** La propuesta debe contener todos los documentos exigidos y cumplir con los requisitos y condiciones de orden legal señalados en el presente Pliego de Condiciones. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación será causal de exclusión de la oferta.

Para la evaluación técnica y económica de las propuestas, se tendrá en cuenta solamente aquellas que NO hayan sido rechazadas desde el punto de vista legal.

El siguiente cuadro muestra el puntaje máximo que asignara a cada concepto:

<b>CONCEPTO</b>	<b>PORCENTAJE</b>	<b>PUNTAJE</b>
ASPECTOS TECNICOS	55	550
ASPECTOS ECONOMICOS	45	450
TOTAL	100	1000

### **26.2 ASPECTOS TECNICOS**

#### **26.2.1. Experiencia por Construcción (E)**

Se tendrá en cuenta la calificación del certificado de inscripción, del registro único de proponentes de la Cámara de Comercio...

#### 26.2.2. Experiencia Específica (Ee)

El proponente deberá demostrar su experiencia en la construcción de obras de naturaleza, valor y volumen similares a las de la presente licitación en los últimos diez (10) años...

#### 26.2.3. Capacidad Financiera (CI)

Se tendrá en cuenta la calificación del certificado de inscripción, calificación en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio en donde se encuentra inscrito...

(...)

#### 26.2.4. Cronograma de Actividades e Inversiones (Cr)

El proponente deberá incluir en su propuesta el cronograma de actividades e inversión el cual tendrá un valor de 40 puntos

#### 26.2.5. Organización Técnica (Ot)

El proponente deberá anexar un organigrama del personal que propone incluir en el desarrollo de las obras. Se deberá anexar hoja de vida del personal directivo de la obra y se calificara con 120 puntos...

#### 26.2.6. Enfoque de los trabajos y metodología de ejecución de los mismos (M).

El proponente deberá anexar con su propuesta una descripción preliminar del método de trabajo y la manera como acometerá los trabajos así como también cómo se organiza administrativamente y técnicamente...

(...)

### 26.3.3 CALIFICACION ECONOMICA (CE)

Se calificará como máximo 450 puntos

Para la asignación de los puntajes destinados a la calificación económica, se tomara como base el formulario de cantidades y precio solicitado.

#### 26.3.3.1. VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA (450 Puntos)

Para efectos de ajustarse al presupuesto de que se dispone se calificará el valor de la propuesta con un máximo de cuatrocientos cincuenta (450) puntos a los proponentes que se ajusten a dicho valor y cero (0) puntos a las propuestas que se encuentren por fuera del rango del 85% y 115% del Presupuesto Oficial. Los rangos intermedios se calificarán proporcionalmente de manera lineal".

En lo referente al orden de elegibilidad de las propuestas, se halla acreditado que la propuesta presentada por el señor Horacio Mendoza

García ocupó el primer lugar, la Unión Temporal CONCIVAL Ltda. – Rodrigo Garrido obtuvo el segundo lugar y el tercero le correspondió al señor Enrique Sandoval García.

Probado está que el día 30 de diciembre de 1997 se llevó a cabo la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 1997, diligencia en la cual se resolvieron las observaciones formuladas en contra de las propuestas y se concluyó que ninguna de las tres ofertas se encontraban *“habilitadas para participar en la adjudicación de la licitación pública No. 01-97”* por no ajustarse a lo previsto en el pliego de condiciones, razón por la cual se declaró desierta la mencionada licitación.

En tratándose de la propuesta presentada por el hoy demandante – *Horacio Mendoza García* – halla la Sala que el proponente Enrique Sandoval García formuló dos observaciones, la primera de las cuales no fue aceptada por la entidad pública y, con fundamento en la segunda, rechazó de plano la oferta - se transcribe textualmente, incluidos los errores -:

*“1. Que el pliego de condiciones indica en la página 8 numeral 15 que el plazo máximo de ejecución de las obras es de cuatro (4) meses y quien no se ajuste a este plazo máximo fijado será rechazado de plano, por tal razón el Ing. SANDOVAL solicita que la propuesta del Ing. MENDOZA sea rechazada pues él propone un plazo de ejecución de las obras de tres (3) meses. Esta solicitud no es aceptada pues este numeral se refiere es a si algún proponente sobre pasa el plazo máximo fijado por el FDLS.*

*2. Que el proponente Ing. MENDOZA con relación al equipo mínimo exigido, no aporta los documentos de disponibilidad de los equipos de propiedad de Leasing Colmena y Leasing Santander. Aporta documento de disponibilidad de los arrendadores Javier Ramírez y Coinser quienes no son propietarios de los equipos, estos son;*

*Retroexcavadora Komatsu PC-200 modelo 95*

*Volqueta Internacional modelo 96 y*

*Volqueta Kamaz modelo 94.*

*Por tal razón el Ing. SANDOVAL, solicita que de acuerdo a los pliegos de condiciones la propuesta del Ing. MENDOZA sea rechazada por no cumplir con las exigencias mínimas de la propuesta.*

*La observación realizada, es aceptada para revisión por parte de los funcionarios del FDLS. Una vez realizada la revisión de la propuesta del Ing. MENDOZA en conjunto con su representante, se pudo establecer que la observación realizada por el Ing. SANDOVAL es correcta. En consecuencia y acogiéndonos a los pliegos de condiciones en su numeral 26.2.7 Equipo Propuesto, párrafo cuarto: 'el oferente demostrará la propiedad o disponibilidad del equipo por medio de los siguientes documentos que deberá anexar a su propuesta. – Documentos que garanticen su propiedad (tarjeta de propiedad y/o factura de compra). – Documento que garantice el arrendamiento y/o disponibilidad para la ejecución de la obra'.*

*En consecuencia y acogiéndonos al numeral 25 del folio 11 la propuesta del Ing. MENDOZA es rechazada de plano por no ajustarse en lo esencial a los documentos de la licitación. (...)"*.

Encuentra la Sala probado que, mediante Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997 proferida por la Representante Legal del Fondo de Desarrollo Legal de Santa Fe (E), se declaró desierta la Licitación Pública No. 01 de 1997, con fundamento en que "ninguno de los proponentes llenaba a cabalidad los requisitos" previstos en el pliego de condiciones.

Ahora bien, luego del examen cuidadoso del material probatorio, se observa que la parte actora considera que la Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997, vulneró los artículos 4, 6, 13, 29, 83, 90 y 122 de la Constitución Política; los artículos 3, 24 numerales 1-8, 25 numerales 15-18, 26, 29, 30 numerales 10-11 y párrafo, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1, 2 y 12 del Decreto 855 de 1994, toda vez que pese haber cumplido con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones su propuesta fue rechazada.

Manifestó, además, que el proponente Horacio Mendoza García sí acreditó la disponibilidad de la retroexcavadora Komatsu PC-200 modelo 95, de la Volqueta Internacional modelo 96 y de la Volqueta Kamaz

modelo 94 de propiedad de Leasing Santander y Leasing Colmena, razón por la cual no había lugar a rechazar su propuesta por fuerza de esa circunstancia.

En efecto, sea lo primero señalar que el pliego de condiciones fue allegado al proceso de manera incompleta, echándose de menos la página contentiva del numeral 26.2.7, con base en el cual la entidad demandada rechazó la propuesta del hoy demandante. En ese aparte del pliego, según se desprende del material probatorio arrojado al proceso - específicamente del acta de la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 1997 -, se indicaba la manera en la cual el proponente debía acreditar la propiedad o disponibilidad de los equipos que utilizaría en la obra.

En ese contexto, si bien es cierto que en el acta de adjudicación de la licitación pública No. 01 se transcriben algunos apartes del numeral 26.2.7 del pliego de condiciones, dicha información no resulta suficiente para efectuar el análisis respecto del cumplimiento o no de la supuesta exigencia contenida en él, por cuanto no permite analizar si con los documentos que se aportaron en la propuesta se satisfacía o, no, lo requerido en el plurimencionado numeral.

Precisado lo anterior, la Sala procederá a examinar, de conformidad con el material probatorio allegado al proceso, si el numeral 26.2.7 del pliego y, por ende, la supuesta exigencia contenida en él, era, o no, necesaria para la comparación de las propuestas o si constituía un requisito de participación y de esa manera poder determinar si le asistía razón suficiente a la entidad demandada para rechazar la propuesta presentada por el hoy demandante, al considerar que no acreditó la disponibilidad de los equipos conforme lo preveía el numeral en mención.

El numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, prescribió en su inciso segundo que la *“ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la***

**comparación de las propuestas**, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”<sup>38</sup>(Destaca la Sala).

La norma legal transcrita prohíbe a la Administración el rechazo de las ofertas cuando los proponentes omitan allegar documentos exigidos en los términos de referencia, si tales documentos no resultan necesarios para hacer la comparación de las propuestas, por lo cual las entidades estatales contratantes sólo deben exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales, necesarios para la evaluación de las ofertas, como aquellos esenciales o indispensables previstos expresamente en la Constitución o en la Ley, de ahí que no resulte viable que la Administración en los pliegos de condiciones consagre prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución o en la Ley que impidan la participación de los interesados en los procedimientos administrativos de selección contractual.

Descendiendo al caso concreto, debe decir la Sala que en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 1997 se les exigió a los proponentes, como requisitos de participación, que estuviesen inscritos en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio y que, además, no se encontraran incursos en ninguna de las inhabilidades o incompatibilidades previstas en los artículo 8 y 9 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en lo que se refiere a la comparación y evaluación de las ofertas, se observa que a folios 434 y 435 del cuaderno de pruebas No. 2 reposa el formato de la evaluación técnica y económica de las propuestas, efectuada por la entidad demandada en los siguientes términos:

		U.T.CONCIVAL		H.MENDOZA		E. SANDOVAL	
26.2.1	Experiencia de Construcción (E)						
	de 0 puntos hasta 39 puntos						

<sup>38</sup> En inciso en mención fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, no obstante, dicho inciso fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5° de la aludida Ley 1150.

	mayor de 39 puntos hasta 79 puntos					
	Mayor de 79 puntos hasta 100 puntos		100.0		100.0	100.0
26.2.2	Experiencia específica (Ee)					
	de 0 M2 hasta 7.500 M2					
	Mayor de 7.500 M2 hasta 12.500 M2					
	Mayor de 12.500 M2 hasta 18.000 M2				80.0	
	Mayor de 18.000 M2 hasta 25.000 M2					
	Mayor de 25.000 M2 en adelante		100.0			100.0
	(...)					
26.2.5.3.2	Experiencia profesional en construcción (DOS)					
	De 5 a 10 años		0.0		0.0	0.0
	Mayor de 10 años					
26.2.5.3.3	Experiencia en contratos de construcción (DOS)					
	de 0 a 600 millones					
	mayor de 600 millones		0.0		10.0	10.0
26.2.6	Enfoque (M)					
	es claro, congruente y se ajusta		40.0		40.0	10.0
	regular					
	no es claro					
			<b>486.0</b>		<b>510.0</b>	<b>472.0</b>

ASPECTOS TECNICOS 550 puntos

		Valor \$	Puntos	Valor \$	Puntos	Valor \$	Punto
26.3.3	Calificación económica						
		336.563.599	449,9	336.564.548,3	450,0	336.788.596	449,7

Como puede verse, en la evaluación técnica y económica de las propuestas no se tuvo en cuenta, como criterio de evaluación, la exigencia contenida en el numeral 26.2.7, así como tampoco se hizo mención alguna al equipo propuesto y a la forma en que debía acreditarse la propiedad y/o disponibilidad del mismo.

Así entonces, comoquiera que en la evaluación de las propuestas, tal como viene de verse, no se hizo siquiera mención al numeral 26.2.7 y tampoco al equipo propuesto, resulta evidente que lo dispuesto en dicho numeral no constituía requisito necesario para realizar la respectiva

evaluación comparativa de las propuestas, en tanto que, según se desprende del formato de evaluación, no era un aspecto que asignara puntaje y tampoco fue considerado en los términos de referencia como un aspecto esencial que habilitara el procedimiento de comparación de las ofertas.

Nótese que en el pliego de condiciones, específicamente en lo que se refiere al modelo de la carta de presentación y al resumen de las propuestas, nada se dijo en relación con la disponibilidad de los equipos, el único documento que hace referencia a ese aspecto es el formato de *“relación del equipo por emplear en la obra”*, en el cual tan sólo se indica que el proponente debía especificar si el equipo era propio, alquilado o por alquilar y/o subcontratado, sin que de manera alguna esa circunstancia pudiera incidir en la comparación y puntaje de las ofertas.

En ese contexto se impone concluir que, comoquiera que la exigencia contenida en el numeral 26.2.7 del pliego de condiciones, que, según parece, se refiere a la disponibilidad de los equipos, no era necesaria para la comparación de las propuestas y, en consecuencia, su ausencia no constituía título suficiente para su rechazo, resulta abiertamente contrario a la Ley el haber declarado desierta la licitación por considerar que ninguna de las tres propuestas se *“ajustaban a lo esencial de los pliegos de condiciones”*, puesto que, tal como se dejó visto, la propuesta de Horacio Mendoza Martínez sí cumplía con los requisitos necesarios para ser adjudicataria del contrato, razón por la cual no había lugar para declarar frustrado el proceso de selección por fuerza de esa circunstancia.

Ahora bien, en cuanto a la segunda carga procesal que tenía la parte actora para sacar adelante sus pretensiones, consistente en demostrar que efectivamente su propuesta era la mejor, encuentra la Sala que si bien no se allegaron al proceso la totalidad de las propuestas, de conformidad con el documento contentivo del resumen total de calificaciones que obra a folio 435 del cuaderno de pruebas No. 2, el cual no fue objeto de cuestionamiento alguno, puede verse que la oferta presentada por el señor Horacio Mendoza Martínez ocupó el primer lugar en el orden de

elegibilidad, razón por la cual, no cabe duda a la Sala de que se le ha debido adjudicar el contrato al señor en mención.

Por lo anterior, procede la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997 suscrita por la Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe (E).

## **5. Perjuicios.**

La parte actora pidió que como consecuencia de la declaratoria de nulidad le fueran pagados, a título de restablecimiento del derecho, los perjuicios morales que se le causaron y la suma de sesenta y nueve millones setecientos tres mil novecientos ochenta pesos con treinta y seis centavos (\$69'703.980,36), correspondiente al valor dejado de recibir por concepto de A.I.U.

Solicitó, además, se reconozca en su favor la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000,00), correspondiente a los gastos en que expresa incurrió para la preparación de la propuesta.

Así mismo, pidió la suma de dos mil gramos oro a título de "Good Will", consistente en el *"prestigio que hubiera adquirido al haber ejecutado plenamente el contrato, pues obviamente aumentaría su experiencia y su reputación y por ende aumentaría puntos dentro del registro único de proponentes"*.

En cuanto hace a la demostración de la ocurrencia de tales gastos se tiene que, en el cuaderno de pruebas No. 3, se encuentra el escrito contentivo de la experticia rendida en el proceso, a través de la cual los peritos fijaron en favor de la parte actora la suma de treinta y nueve millones ciento diez mil cuatrocientos veinte pesos (\$39'110.420) por concepto de daño moral de la siguiente manera:

*"DAÑOS MORALES*

El apoderado de la parte actora solicita el valor de DOS MIL GRAMOS ORO, que de acuerdo a la certificación del Banco de la República del día 17 de abril del año 2.001, el valor del gramo fue de DIECINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON VEINTIUN CENTAVOS (\$19.555,21). En la siguiente página se presenta la Certificación Bancaria.

(...)

PRECIO DE VENTA

$\$19'555,21 * 2.000 = \$ 39'110.420$

Luego el valor de esta pretensión moral asciende a TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO DIEZ MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS (\$39'110.420) MONEDA LEGAL CORRIENTE.

(...)"

En lo que tiene que ver con al daño emergente se observa que los mismos peritos fijaron por la suma de seiscientos cuarenta y siete mil ochocientos quince pesos (\$647.815), en los términos que se transcriben a continuación:

"DAÑO EMERGENTE

(...)

Para el caso que nos ocupa y teniendo como referencia LAS PRETENSIONES de la demanda en cuanto al DAÑO EMERGENTE corresponde a:

1. Costo del pliego de condiciones
2. Valor de la póliza
3. Valor de la preparación de la propuesta

(...)

El valor del daño emergente al 31 de marzo del año 2011 es de SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS (\$647.815) MONEDA CORRIENTE por concepto del pliego de condiciones.

(...)"

Por último, en cuanto al lucro cesante se refiere, encuentra la Sala que los peritos fijaron por ese concepto el valor de ciento doce millones veinticuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos (\$112'024.447) de la siguiente manera:

*"LUCRO CESANTE*

*(...)*

*En el presente caso el lucro cesante corresponde al valor que recibiría el Señor HORACIO MENDOZA MARTINEZ de ADMINISTRACION, IMPUESTOS Y UTILIDADES desde el 30 de marzo de 1.998, fecha que se tiene en cuenta partiendo de la adjudicación en diciembre de 1.997 a la persona que ocupó el último puesto Señor: Enrique Sandoval García.*

*En el cuadro No. 2 se presenta los valores dejados de recibir por concepto de:*

CONCEPTO DEL A.I.U	VALOR HISTORICO	VALOR INDEXADO	INTERESES CIVILES 6%	VALORES ACTUALIZADOS
Administración	26'686.056	35'835.478	7'052.900	42'888.378
Imprevistos	21'348.845	28'668.383	5'642.320	34'310.703
Utilidad	21'669.077	29'098.408	5'726.955	34'825.362
TOTAL	\$69'703.978	\$93'602.269	\$18'422.174	\$112'024.444

*(...)*

*SON CIENTO DOCE MILLONES VEINTUCUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUTRAO PESOS (\$112'024.444) MONEDA CORRIENTE".*

En tratándose de los perjuicios morales, del estudio que efectuaron los peritos no encuentra la Sala que esa información arroje la convicción necesaria para servir como soporte de la indemnización pedida, por cuanto el dictamen elaborado tan sólo se limitó a convertir en pesos el valor de dos mil gramos oro, sin explicar las razones que lo llevaron a establecer dicha cifra, circunstancia que hace que no pueda conducir al convencimiento de esta Corporación respecto de la veracidad de las conclusiones a las cuales llega.

Así pues, dado que el señor Horacio Mendoza Martínez no logró acreditar la existencia de los perjuicios morales, no se reconocerá suma alguna por ese concepto.

Con respecto a la suma reclamada por concepto de daño emergente, correspondiente a los gastos en que incurrió el proponente en la elaboración y presentación de la propuesta, tales como el costo del pliego de condiciones y el valor de la póliza, es importante destacar que no son factores indemnizables ni de reconocimiento al proponente que resulte vencido en un proceso administrativo de selección, comoquiera que se trata de los costos de oportunidad en los que se tiene que incurrir para participar en el mismo, gastos que, por lo demás, debe asumir todo aquel que se presente al proceso de selección y que, no obstante no resultar elegido, no le son reembolsables, dado que no tienen el carácter de perjuicios indemnizables como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala<sup>39</sup>.

En cuanto a la suma reclamada por concepto de lucro cesante y que se corresponde con ciento doce millones veinticuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos (\$112'024.447) sea lo primero decir que en el caso que ahora se examina dicho concepto se limita, de conformidad con lo señalado de manera reiterada por esta Corporación, exclusivamente a la utilidad que esperaba el demandante recibir de haber sido el adjudicatario del contrato y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, tales como los gastos de administración y los imprevistos, en tanto que dichos costos no hacen parte de la ganancia o utilidad que por sus servicios percibe el contratista.

Es de anotar que la A.I.U. corresponde: i) a los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; ii) a los imprevistos, estimados como un porcentaje destinado a cubrir los gastos que razonablemente no pudieron preverse para la fase de ejecución del

---

<sup>39</sup> Ver Consejo de Estado, sentencia del 14 de octubre de 2011. Rad: 20811. M.P. Ruth Stella Correa; Sentencia de 8 de julio de 2009. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20525.

contrato y iii) a la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato.

Ahora bien, luego de analizar la prueba técnica que obra en el proceso, encuentra la Sala que los peritos, al calcular el valor de la utilidad que esperaba recibir el hoy demandante con la ejecución del contrato, de manera errada incluyeron las sumas correspondientes a los costos de administración y a los imprevistos, de ahí que la cuantificación de los perjuicios que por concepto de lucro cesante realizaron resulte equivocada, razón por la cual, no se acogerá su resultado.

Así las cosas, dado que no será tenido en cuenta el dictamen pericial de conformidad con lo expuesto, la Sala procederá a examinar la propuesta de la parte demandante para así poder determinar la utilidad proyectada en la misma, la cual será indexada o actualizada aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en la cual, el contratista hubiese percibido efectivamente la utilidad, esto es, desde la fecha en que habría terminado el plazo contractual en el evento de haberle adjudicado el contrato y que el índice final corresponde a la fecha de esta providencia<sup>40</sup>.

Al respecto, observa la Sala, luego de examinar la propuesta presentada por el señor Horacio Mendoza Martínez, que la utilidad estimada en la propuesta equivalía a dieciocho millones seiscientos ochenta mil doscientos treinta y nueve pesos con setenta y seis centavos (\$18'680.239,76)<sup>41</sup>.

En consecuencia la Sala procederá a actualizar (traer a valor presente) la suma de dieciocho millones seiscientos ochenta mil doscientos treinta y nueve pesos con setenta y seis centavos (\$18'680.239,76) con base en los

---

<sup>40</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad No.19216 del 16 de agosto de 2012; sentencia Rad No. 15307 del 25 de septiembre de 2006.

<sup>41</sup> Folio 421 del cuaderno de pruebas No. 2.

índices de precios al consumidor certificados por el DANE<sup>42</sup>, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

V<sub>p</sub>: Corresponde al valor presente

V<sub>h</sub>: Es el valor histórico o inicial (\$18'680.239,76)

Índice Final: Es el IPC vigente a julio de 2013

Índice inicial: Es el IPC vigente a abril de 1998<sup>43</sup>  
18'680.239,76 x 113,79 (julio /2013)

$$V_p = \frac{18'680.239,76 \times 113,79}{49,63 \text{ (abril /1998)}}$$

**V<sub>p</sub> = \$ 42'829.427,40**

El valor del capital adeudado a la demandante, actualizado con el IPC al mes de julio de 2013, es de cuarenta y dos millones ochocientos veintinueve mil cuatrocientos veintisiete pesos con cuarenta centavos (\$ 42'829.427,40).

<sup>42</sup> <http://www.dane.gov.co/> consultada el día 26 de agosto de 2013 a las 8:30 am.

<sup>43</sup> En el caso concreto, según se observa en la propuesta presentada por el señor Horacio Mendoza Martínez, el plazo que se ofreció para la ejecución total de las obras era de tres meses.

Adicionalmente, encuentra la Sala en el documento que se denomina – *carta de presentación de la propuesta* - que el proponente Mendoza Martínez se comprometió a firmar y legalizar el contrato dentro del plazo de “cinco (5) días, después de ser notificado por escrito que había sido favorecido con la adjudicación del contrato”.

Así las cosas, comoquiera que la audiencia de adjudicación en la que asistió el hoy demandante se llevó a cabo el día 30 de diciembre de 1997 y de haber sido seleccionada su propuesta, éste se hubiese enterado ese mismo día, debe entenderse que 5 días después a esa fecha el contrato debía encontrarse firmado y debidamente legalizado, razón por la cual, en aras de establecer el término del plazo contractual, se empezará a contar – una vez vencidos los 5 días - los tres meses con que contaba el oferente para ejecutar las obras.

En ese orden de ideas, el plazo de ejecución del contrato iría desde el 5 de enero de 1998 hasta el 5 de abril de 1998, fecha en que habría terminado el plazo contractual, en el evento en que se le hubiese adjudicado el contrato al hoy demandante.

Por último, nótese que el actor pidió la suma de dos mil gramos oro a título de *Good Will*. En lo que a este pedimento se refiere, ha de decirse que de conformidad con lo señalado por la Corporación<sup>44</sup>, será posible indemnizar por ese concepto siempre y cuando se cuente en el proceso con la certeza y la convicción de que “*la víctima lo padeció*”, esto es que no le quepa duda al juez acerca de la causación del perjuicio.

En el presente asunto, observa la Sala que el señor Horacio Mendoza Martínez no acreditó los daños y perjuicios derivados de la afectación del *Good Will*, por lo cual no habrá lugar a conceder suma alguna por este concepto.

#### **6. No hay lugar a condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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,

---

<sup>44</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 27 de enero de 2012. Rad. No. 16104.

## **FALLA**

**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión y en su lugar:

- **DECLARASE** la nulidad de la Resolución No. 59 del 30 de diciembre de 1997 proferida por la Representante Legal del Fondo de Desarrollo Local de Santa Fe.
- **CONDENASE** al Distrito Capital de Bogotá, a pagar, por concepto de lucro cesante, al señor Horacio Mendoza Martínez, el valor de cuarenta y dos millones ochocientos veintinueve mil cuatrocientos veintisiete pesos con cuarenta centavos (\$ 42'829.427,40).

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

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

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ      CARLOS ALBERTO ZAMBRANO  
BARRERA**