

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No condena

Una entidad estatal adjudicó una licitación pública 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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil trece 82013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03060-01(24021)

Actor: SOCIEDAD OSSA Y CIA. S. EN C.

Demandado: INSTITUTO DE CASAS FISCALES DEL EJÉRCITO

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - SENTENCIA

La Sección Tercera, Subsección "B", del Consejo de Estado, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 17 de septiembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

Una entidad estatal adjudicó una licitación pública 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 pretende

1 El 13 de octubre de 1998, Ossa y Cia. S. en C. (antes González Ossa y Cia. S. en C.), presentó **demanda** en contra del Instituto de Casas Fiscales del Ejército – ICFE–, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (f. 2–4, c. 48).

1.1 Los **hechos** sobre los cuales se fundamentó la demanda, en términos generales, se pueden presentar de la siguiente forma:

1.1.1 El Instituto de Casas Fiscales del Ejército abrió la licitación n.º 02 de 1998, cuyo objeto era la construcción de edificios de cinco pisos para oficiales o suboficiales; este proceso de contratación guardaba similitud con otros que se habían cumplido con anterioridad y en los cuales había participado el demandante; en los pliegos, en el “*CAPÍTULO N.º 5. CORRECCIONES*”, se encuentra que: a) la entidad se reserva el derecho de hacer las correcciones aritméticas a que haya lugar; b) el valor corregido será el definitivo de la propuesta; c) las correcciones al presupuesto ofrecido por error aritmético no deben ser superiores al 0.2% del valor total de la oferta por exceso o por defecto; d) si se supera ese porcentaje la propuesta no tendrá puntaje en el aspecto de precio corregido.

1.1.2 En los pliegos, en el “*CAPÍTULO N.º 16. ASPECTOS TÉCNICOS*”, se aprecia que el costo total unitario se debía expresar en valores enteros sin incluir decimales y que en el supuesto caso de que los hubiera, el ICFE los ajustaría al peso por exceso o por defecto y los consideraría como correcciones aritméticas así: hasta 0.50 al entero anterior y de 0.51 en adelante al entero posterior, y se sancionará con pérdida de puntos de acuerdo a lo establecido en el pliego; en el numeral 17.3.5.5 “*ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS*”, se indica que “*la aproximación al peso será de 0.50 por exceso o por defecto en los análisis de precios unitarios debe efectuarse al final de los aspectos MATERIALES Y MANO DE OBRA, siendo dicho valor el que se traslade al cuadro del propuesta. Su incumplimiento se sancionará con cinco puntos por ítem*”.

1.1.3 La entidad produjo el adendo n.º 1, el cual, en la parte “*aspectos generales*”, párrafo 6, indica que la aproximación al peso es potestativo del programa que utilice el proponente y hace énfasis en que el valor unitario final del análisis

respectivo debe ser dado en números enteros, de acuerdo con los rangos de aproximación establecidos en los pliegos.

1.1.4 El primer orden de elegibilidad tuvo como resultado en el primer puesto al Consorcio Varela con 963 puntos, segundo a U.T. Prieto Pinzón con 928.62 y en el tercero a Gonzalez Ossa y Cia S en C, con 913.83. En relación con estas propuestas, *“el ICFE revisó solamente la corrección de multiplicación del cuadro de la propuesta y a varias de las propuestas incluida la nuestra, corrigió la cantidad en el ítem 21.11 Equipo Hidroneumático (2) Bombas centrífugas ya que conservamos las cantidades que estipulaban los pliegos de licitación UN -2 y no corregían la cantidad a UN -1 lo que produce un error mayor de 0.20% que se estipulan en los pliegos y esto produce la pérdida de los 50 puntos”*. El adendo n.º 3 aclara en relación con el equipo hidroneumático que es uno solo, conformado por dos bombas. El comité técnico de la entidad corrigió los errores aritméticos con color rojo, pero se abstuvo de sancionarlos en la forma en que lo ordenaba el pliego de condiciones, de suerte que todos los participantes fueron calificados con 150 puntos.

1.2 Las **pretensiones** comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

1. *Que se declare la nulidad de la resolución n.º 126 del 28 de mayo de 1998, expedida por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército.*
2. *Que se declare que la Sociedad Ossa y Cia. S en C. (antes González Ossa y Cia. S en C.) presentó la mejor propuesta en la licitación n.º 2 de 1998, ajustada a los pliegos totalmente, y por lo tanto debió ser la adjudicataria de la licitación mencionada.*
3. *Que como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho de mi mandante, de la siguiente forma:*
De manera principal: a) Que se le cancele el valor asegurado mediante la póliza de seriedad de la propuesta, equivalente a un valor de CIENTO VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$128.000.000.00). b) Que se le cancele una suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.00) con ocasión de los gastos en que incurrió para presentar la propuesta
De manera subsidiaria: a) Que se le cancele un valor de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SEIS PESOS CON CERO CENTAVOS (\$46.979.006.00) por concepto de las utilidades que el demandante esperaba recibir con ocasión de la ejecución del contrato. b) Que se le cancele una suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.00) con ocasión de los gastos en que incurrió para presentar la propuesta.

4. *Que las sumas reconocidas se actualicen con base en el índice de precios al consumidor desde la fecha de presentación de la propuesta, hasta la fecha de la sentencia respectiva.*
5. *Que se condene en costas a la entidad demandada con base en lo prescrito por la Ley 446 de 1998.*
6. *Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*

1.3 En cuanto hace relación a las normas supuestamente violadas por la entidad, se mencionan: de la Constitución Política, los artículos 6, 13, 29, 90, 123 (2), 209; de la Ley 80 de 1993, los artículos 1, 3, 23, 24 (numerales 2, 3, 4, 5, literales a, b, d, e, y numeral 8); 25 (numerales 1, 2, 3, 4 y 5); 26 (numerales 1, 2, 3, 4, y 5); 29 y 30 (numerales 2, 7 y párrafo). Acerca de los artículos del pliego de condiciones que se alegan como vulnerados, estableció la demanda:

Artículo 5. CORRECCIONES. Se desconoció por completo por parte de la demandada al otorgar puntaje a las propuestas calificadas en 1, 2 y 3 lugar a pesar de que superaban los porcentajes de errores aritméticos allí establecidos.

Artículo 6.1 No se aplicó, por cuanto la calificación se apartó de los parámetros señalados de manera clara en los pliegos, para la evaluación de las propuestas.

Artículo 17.3.1. Se violó al olvidarse el INSTITUTO, que era su obligación calificar solo con 50 puntos aquellos que hubiesen presentado propuestas en las cuales no se tuviera error alguno, es decir, que al final de la evaluación y revisión, el precio corregido fuese igual al presentado. Las propuestas calificadas en orden de elegibilidad debieron (sic) por encima de la de mi poderdante, han debido obtener aquí una calificación de 0.0, mientras que mi mandante debió haber obtenido un puntaje de 50 puntos; pero de manera extraña se calificó la totalidad de los puntos en las condiciones como lo expliqué en los hechos.

Artículo 17.3.5 numerales 2, 4, 5, 6. Al igual que en el caso anterior, se otorgó un puntaje a los ganadores, a los segundos y a los terceros, que no estaba acorde con las correcciones hechas en rojo por el Instituto, y que precisamente las ubicaría en una posición de inferioridad frente a la propuesta de mi patrocinado, basta mirar el juicioso análisis y estudio que realizó propuesta por propuesta, el demanda y que así se lo hizo saber siempre a los calificadores y al mismo tiempo la Directos del Instituto, quien hizo caso omiso de esas advertencias.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, **admitió la demanda** mediante auto del 21 de enero 1999 (f. 51, c. 1) y notificó debidamente a la entidad (f. 53, c. 1). En la **contestación**, el Instituto de Casas Fiscales del Ejército se opuso a las pretensiones y manifestó que se atenía a lo que se probara

en relación con los hechos. Argumentó que: (i) la entidad realizó las aclaraciones necesarias a través de los tres adendos, los cuales fueron conocidos por el demandante para que presentara su oferta en igualdad de condiciones con sus competidores; (ii) la expedición del adendo n.º 3 no dejó duda alguna sobre los equipos hidroneumáticos; (iii) en ninguna parte del pliego de la licitación se establece que las correcciones deban hacerse con lápiz rojo, el hecho de que se hagan notas sobre las propuestas no significa que correspondan a las calificaciones definitivas del comité; (iv) el adendo n.º 1 aclaró que lo importante en la aproximación al peso era el precio unitario final y que cada uno de los programas utilizados por los proponentes eran potestativos y, en todo caso, la entidad se reservó la facultad de realizar o no las correcciones aritméticas y se calificaron todas y cada una de las propuestas bajo los mismos parámetros. (v) Propuso la excepción de “*caducidad de la acción de restablecimiento del derecho*”, sobre la base de que el acto demandado se notificó el 28 de mayo de 1998 y que la demanda se interpuso el 13 de octubre de 1998, después de expirado el término de cuatro meses correspondientes (f. 61–68, c. 1).

3 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** el 17 de septiembre de 2002 y denegó las pretensiones. Consideró que el único cargo que se presentaba en la demanda era la violación de los principios de contratación estatal y, en especial, del pliego de condiciones “*en la parte que trata de la calificación de las propuestas en cuanto a la aproximación al peso en los análisis de precios unitarios, por no haber relacionado los errores en que incurrió la adjudicataria en el análisis de precios unitarios*”; al respecto, concluyó que: (i) el pliego de condiciones era sumamente claro y se adjudicó a la mejor propuesta, la del Consorcio Varela Fiholl y Cia. Ltda., quien siempre ocupó el primer lugar; (ii) las anotaciones realizadas por la entidad con lápiz rojo sobre las propuestas tenían como propósito corregir errores aritméticos, lo cual no tenía previsto ninguna sanción en los pliegos, contrario a lo que entiende el demandante al invocar el numeral 5 del punto 17.3.5, que hace referencia a la aproximación a números enteros de las fracciones, en los precios unitarios; (iii) las observaciones planteadas por el demandante fueron resueltas durante la audiencia correspondiente; (iv) el demandante se perjudicó al no tener en cuenta la explicación comprendida en el adendo respectivo y presupuestar erróneamente lo relativo al equipo hidroneumático lo que significó un descuento del puntaje. (v) En relación con los medios exceptivos, se denegó la excepción de caducidad de la acción porque se consideró que la demanda había sido presentada dentro de los

cuatro meses siguientes a la fecha de adjudicación de la liquidación (f. 179–187, c. ppl.).

4 En contra de la sentencia, la parte demandante presentó **recurso de apelación**, con fundamento en la siguiente argumentación: (i) en el proceso se acreditó que hubo correcciones en rojo sobre las propuestas, no obstante, el Tribunal a *quo* desconoció que ello daba lugar a penalizaciones; (ii) a pesar de haber sido pedida, no se practicó la prueba de inspección judicial que pretendía demostrar que en las licitaciones anteriores las correcciones en rojo tenían repercusión en las evaluaciones, de suerte que *“esas licitaciones anteriores, sumadas a las correcciones en la licitación que se demandaba eran una señal inequívoca de que esa era la forma de evaluar y que no podía esperarse otra cosa que la descalificación de las propuestas ubicadas en los 1, 2 y 3 lugar”*; (iii) en el mismo sentido, *“ante unos mismos pliegos e igual evaluación, puede decirse que debe aplicarse el aforismo: donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición”*; (iv) en conclusión, *“si se hubiesen practicado todas las pruebas en especial de la inspección de las licitaciones anteriores y con el reconocimiento de que sí existieron en el presente proceso licitatorio las famosas correcciones en rojo, la ubicación del actor hubiese sido en el primer lugar y por lo tanto se hubiese comprobado que la propuesta del actor era la mejor”* (f. 189–191, c. ppl.).

5 El Ministerio Público rindió su **concepto** y solicitó que se confirmara la decisión impugnada. Afirmó que el demandante no cumplió con la carga de demostrar la ilegalidad de la decisión demandada, en tanto que para la prosperidad de sus pretensiones *“debía probar no sólo que el proponente favorecido con la adjudicación estuvo mal calificado y no merecía ocupar el primer lugar de elegibilidad, sino además, que la oferta de la sociedad actora era la mejor, a pesar de lo cual, no allegó los documentos que hicieron parte del proceso licitatorio”*. En el mismo sentido, hizo énfasis en que el dictamen pericial practicado en el proceso tampoco favoreció las alegaciones del demandante, pues no dio por probado el supuesto de hecho que él alegaba, todo lo contrario, concluyó que su oferta no había sido la mejor (f. 203–216, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con vocación de segunda instancia ante esta Corporación. De conformidad con el Decreto 597 de 1988 –aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en 1998 para tal efecto era de \$4 312 000, y en este caso la mayor de las pretensiones ascendía a \$128 000 000.

II. Hechos probados

7 En primer lugar, acerca de las pruebas, la Sala advierte que no obran en el expediente documentos que resultan fundamentales para constatar si las afirmaciones del demandante son ciertas. En efecto, hacen falta en el plenario el pliego de condiciones, los adendos 1, 2 y 3, y las propuestas presentadas en el curso de la licitación.

7.1 Lo único que se puede rescatar al respecto es el dictamen pericial (f. 45–54, c. 2), dentro del cual se afirma, bajo el título de “*documentación estudiada*” que se examinaron los siguientes documentos:

“-Pliego de Condiciones y Adendos Nos. 1, 2 y 3 de la Licitación 02/98 del Instituto de Casas Fiscales del Ejército. –Propuestas presentadas para dicha licitación. –Acta 311/98: Estados financieros. –Acta 318/98: Informe de estudio jurídico. –Acta 319 /98: Informe de estudio técnico. Ossa: 3º. –Acta 367/98: Respuesta a solicitudes de los proponentes. –Acta 369/98: Respuesta a observaciones de los proponentes. –Acta 370/98: Segundo estudio técnico. –Acta 372/98: Reunión Comité de Licitaciones para estudio de informes jurídico, técnico y económico. –Acta 388/98: Tercer estudio de acuerdo a observaciones en audiencia de adjudicación. –Acta 395/98: Respuesta a inquietudes de los proponentes en audiencia de adjudicación. –Acta 398/98: Revisión de estados financieros. –Acta 399/98: Respuesta a observaciones jurídicas de los proponentes. –Acta 405/98: Comité de Licitaciones para estudio de informes técnico, jurídico y económico. Determina el orden de elegibilidad”.

7.2 No obstante lo anterior, no se adjuntan al dictamen pericial los documentos mencionados, pues solo aparecen fragmentos de ellos. Al respecto, la Sala considera conveniente referir lo que el dictamen pericial relacionó, con base en los documentos referidos, acerca del elemento fáctico correspondiente: (i) el ICFE abrió la licitación pública n.º 02 del 9 de marzo de 1998, con el objeto de contratar la construcción de un edificio de apartamentos para suboficiales del ejército; (ii) la

falta de correcciones aritméticas de las propuestas otorgaban puntajes entre 50 puntos para 0% de error y 0 puntos para 0.2% de error; (iii) también disminuían el puntaje del proponente *“los errores de transcripción, la incorrecta aproximación al peso y otros factores”*; (iv) el 27 de marzo de 1998 tuvo lugar la audiencia aclaratoria, de la cual surgieron tres adendos; el n.º 1 hizo referencia a que la aproximación al peso era potestativo del programa que utilizara el oferente y a que el valor unitario final debía ser dado en números enteros; el adendo n.º 2 varió algunas especificaciones y el adendo n.º 3 modificó lo referente al equipo hidroneumático; (v) en las actas 318, 319 y 321 están comprendidos los informes técnicos y jurídicos de las propuestas, los cuales otorgaron el cuarto lugar al demandante con la calificación de 913.83 puntos; (vi) dentro de los cinco días siguientes, el demandante presentó un escrito y observó que se habían cometido irregularidades al calificar las propuestas, lo que alteró el orden de elegibilidad; (vii) las irregularidades alegadas estaban referidas a *“errores aritméticos, disminución de puntaje en algunas propuestas y aumento en otras, ambigüedad en especificaciones, en especial las referentes al equipo hidroneumático y falta de claridad en los adendos”*.

7.3 El director del Instituto de Casas Fiscales del Ejército, a través de la resolución n.º 126 del 28 de mayo 1998 (f. 1–2, c. 2), en la parte considerativa y en la resolutoria dispuso:

CONSIDERANDO

Que el INSTITUTO DE CASAS FISCALES DEL EJÉRCITO, mediante resolución n.º 041 del 9 de marzo de 1998 abrió la Licitación Pública n.º 02/98, para la construcción de un (1) edificio de cinco (5) pisos, con veinte (20) apartamentos fiscales para suboficiales, en predio del Ministerio de Defensa Nacional en la Guarnición de Santafé de Bogotá, D.C.

Que en el trámite de la Licitación Pública se observaron los pasos previstos y concomitantes establecidos, agotándose el procedimiento determinado en los artículos 24, 25 y 30 y demás de la Ley 80/93 y sus Decretos Reglamentarios.

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, los que fueron estudiados por los comités jurídico, técnico y económico según actas n.º 318, 319 y 312 de 1998, respectivamente.

Que todas las observaciones formuladas por los oferentes, en los términos establecidos en el numeral 8 de la Ley 80 de 1993, a los estudios jurídicos, técnicos y económicos de la Licitación Pública n.º 02 de 1998 fueron estudiadas y analizadas por la entidad; las cuales

quedaron consignadas en las actas 367, 369, 370 y 388 de 1998 y de las cuales se dio lectura en la audiencia pública de adjudicación.

Que en el numeral 6.5 del pliego de condiciones de la Licitación Pública 02 de 1997 se estableció que la adjudicación de la Licitación en mención, se haría en audiencia pública con base en lo establecidos en el artículo 5 del Decreto 287 de 1996 reglamentario de la Ley 80 de 1993.

Que mediante Resolución n.º 103 del 30 de abril de 1998 se prorrogó el plazo para el estudio de las ofertas presentadas, traslado de los informes a los oferentes y audiencia de adjudicación de la Licitación n.º 02 de 1998, señalándose el día 20 de mayo del año en curso para la celebración de la audiencia pública de adjudicación.

Que el inciso final del numeral 10 del artículo 30, de la Ley 80 de 1993 establece: “De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido”.

Que en desarrollo de la Audiencia Pública de adjudicación y de acuerdo a lo establecido en la Resolución n.º 121 del 19 de mayo de 1998, por la cual se reglamentó la Audiencia Pública de adjudicación, hicieron uso de la palabra los siguientes proponentes: Consorcio Varela Fiholl y Cia. Ltda. y Jairo Enrique Varela Fiholl, Consorcio FML & Cia, Ltda. y Consorcio Jar, Unión Temporal Prieto Pinzón, González Ossa y Cia. S en C., Constructora Héctor A. Ordóñez y Cia. Ltda., y Consorcio S.S., intervenciones que quedaron consignadas en el acta n.º 403 de 1998.

Que de acuerdo a las observaciones formuladas por los proponentes en la audiencia pública de adjudicación, el Director del Instituto manifestó que por la complejidad de las observaciones formuladas y con el fin de realizar una adjudicación transparente y objetiva, suspendía dicha audiencia para continuarla el día 28 de mayo del año en curso a las 14:00 horas.

Que la audiencia pública se reanudó el día 28 de mayo de 1998 a las 14:00 horas en donde se dio lectura a las actas 395, 398 y 399 de 1998, las cuales contienen las respuestas a las observaciones jurídicas, técnicas y económicas formuladas por los proponentes en la audiencia pública realizada el día 20 de mayo de 1998.

Que de acuerdo a la recomendación formulada por el Comité de Licitaciones consignada en las actas n.º 372 y 405 de 1998, con base en lo debatido en la audiencia pública, el Director del Instituto de Casas Fiscales del Ejército,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *Adjudicar la Licitación Pública n.º 02 de 1998, Pliego de Condiciones n.º 02 de 1998, cuyo objeto es la construcción de un (1) edificio de cinco (5) pisos, con veinte (20) apartamentos fiscales para suboficiales, en predio del Ministerio de Defensa Nacional, en la Guarnición de Santafé de Bogotá, D.C., al CONSORCIO VARELA FIHOLL & CIA. LTDA. Y JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL, representado por JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL identificado con la C.C. n.º 19.230.995 de Bogotá por un valor de MIL OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS (\$1.088.790.490) M/CTE.*

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente al proponente favorecido la presente resolución; contra la cual no procede ningún recurso por la vía gubernativa.

ARTÍCULO TERCERO: Disponer que el contrato se elabore en la Oficina Jurídica del Instituto de Casas Fiscales del Ejército.

ARTÍCULO CUARTO: Suscribir el contrato de obra pública en el término de dos (2) días a partir de la notificación de la presente resolución. De no hacerlo así, se dará cumplimiento a lo establecido en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar la devolución de las garantías de seriedad constituidas en las propuestas a los oferentes no favorecidos.

ARTÍCULO SEXTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

III. Problema jurídico

8 Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, el análisis que adelantará la Sala habrá de absolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿se configura el fenómeno de caducidad del término para la interposición de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho?; (ii) ¿está acreditada en el proceso la ilegalidad de la resolución n.º 126 del 28 de mayo 1998, expedida por el director del Instituto de Casas Fiscales del Ejército?

IV Análisis de la Sala

9 La Sala estima que en el caso concreto no se configura el fenómeno procesal de la caducidad de la oportunidad para la interposición de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con la argumentación que a continuación se presenta:

9.1 Conviene tener en cuenta las siguientes fechas: el acto demandado, esto es la resolución n.º 126, se expidió el 28 de mayo 1998; la Ley 446 de 1998, modificatoria del Código Contencioso Administrativo, entró en vigencia el 8 de julio de 1998; la demanda fue presentada el 13 de octubre de 1998.

9.2 La acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la de controversias contractuales tal y como estaban originariamente dispuestas en el Código Contencioso Administrativo fueron modificadas por el Decreto 2304 de 1989¹, al

¹ “Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien

tiempo que la Ley 80 de 1993 expresó en el párrafo 1º del artículo 77 que: *“El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”*². Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera señaló:

*En el caso que hoy ocupa a la Sala, se demanda la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó un contrato, poniendo fin a un proceso licitatorio, que fue convocado y adelantado, hasta su finalización, en vigencia del Decreto 2304 de 1989 y de la Ley 80 de 1993 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998. Se concluye, entonces, que la acción procedente para hacer efectiva la pretensión mencionada era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad era de cuatro meses, contados a partir de la comunicación de la decisión cuestionada.*³

9.3 Después de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, modificatoria del Código Contencioso Administrativo, el término para la interposición de la demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto a través de cual se adjudica una licitación pública o se declara desierta, es de 30 días contados a partir de la fecha de la notificación del correspondiente acto administrativo⁴. En efecto, el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley referida indica que *“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”*.

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

² *“Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. (...) Párrafo 2º. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente n.º 12.826, C.P. Alier E. Hernández Enríquez

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 2 de agosto de 2006, expediente n.º 30141, C.P. Ramiro Saavedra.

9.4 En ese orden de ideas, habida cuenta de que el acto demandado fue expedido antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, de conformidad con lo que ella prescribe al respecto en su artículo 163 –*Vigencia. Esta ley rige desde su publicación. Salvo disposición en contrario, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se estén surtiendo se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, el término, se promovió el incidente, o comenzó a surtirse la notificación*”, se habría de concluir que la norma aplicable es la anterior, es decir, que el término con el que contaba el demandante para la interposición de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era de cuatro meses y no de 30 días.

9.5 Ahora bien, en cualquier caso lo que resulta de mayor importancia para definir si se configuró el fenómeno de caducidad, es la fecha de notificación del acto al demandante, puesto que es a partir de entonces que se cuenta el término para la interposición de la demanda. Así, se tiene que la resolución fue notificada personalmente al adjudicatario, Consorcio Varela Fiholl & Cia. Ltda y Jairo Enrique Varela Fiholl, pero se desconoce la fecha en la cual se notificó al demandante, puesto que no obra documento alguno sobre el particular. Tampoco se presentan actuaciones dentro del expediente de las cuales se pueda concluir que hubo una notificación por conducta concluyente en relación con ese acto administrativo, puesto que las cartas que envió el demandante a la entidad con posterioridad a la expedición de la resolución, de fecha 11 de junio de 1998 (f. 12–13, c. 2) y 14 de julio de 1998 (f. 14–15, c. 2), no hacían referencia alguna al acto que ahora se demanda.

9.6 En ese orden de ideas, no se ha acreditado dentro del plenario que se haya configurado la caducidad de la oportunidad para la interposición de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, en el caso concreto.

10 En el mismo sentido que conceptúa el Ministerio Público –párrafo 5–, la Sala advierte que en el acervo probatorio faltan documentos que son esenciales para el análisis de las pretensiones del demandante, razón por la cual están llamadas a ser desestimadas.

10.1 Para la Sala es evidente que si un demandante quiere obtener una sentencia en la que se declare que los pliegos de condiciones no fueron aplicados debidamente al analizar las propuestas, es indispensable que se aporten los

pliegos y las propuestas al expediente. Si bien es cierto que el análisis adelantado por el Tribunal *a quo* sugiere que tuvo acceso al pliego de condiciones, en especial cuando afirma que ese documento era claro en los puntos respecto de los cuales el actor presentó la demanda –párrafo 3–, la Sala aprecia que no obra dentro del expediente el pliego de condiciones y que si en la sentencia recurrida se tuvo acceso a la información que ahí se comprendía, lo fue solo de una manera indirecta y parcial, con base en lo que el dictamen pericial señala al respecto, pero nunca porque el pliego haya estado incorporado al plenario. En el mismo sentido, si se pretende señalar que la entidad no respetó lo que se prescribía en los adendos, pues claramente se ha debido aportar tales documentos al plenario.

10.2 El demandante indica que esos documentos han debido incorporarse al expediente en la diligencia de inspección judicial que pidió al Tribunal *a quo* desde el inicio mismo del proceso, mediante el libelo introductorio; afirma en el escrito de apelación que la autoridad judicial se abstuvo de ordenar esa prueba y que esa decisión lo perjudicó. La Sala aprecia que mediante auto del 9 de septiembre de 1999, el Tribunal decretó: *“Teniendo en cuenta la inspección judicial pedida, el Despacho se abstiene a su decreto por ahora; en su lugar, siguiendo el interés de la parte actora, Decreta una prueba pericial que versará sobre los hechos materia de la inspección judicial”* (f. 73–74, c. 1).

10.3 Entonces, si no estaba de acuerdo con lo decidido mediante esta providencia, el actor ha debido hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico le concedía para rebatirla, pero en lugar de eso guardó silencio sobre el particular. También observa la Sala que no aportó los pliegos de condiciones, los adendos, ni las propuestas como anexos de la demanda, ni pidió que se ordenara a la entidad que los incorporara al expediente. En tal sentido, no resulta imputable a la autoridad judicial la falta de los documentos dentro del acervo, puesto que correspondía al demandante, de acuerdo con la iniciativa que le es exigible en materia probatoria, procurarlos para el proceso con las herramientas jurídicas a su disposición.

10.4 No resulta necesario hacer mucho esfuerzo para sustentar que un acto administrativo se encuentra cobijado con la presunción de legalidad. El inciso segundo del artículo 4 de la Constitución Política prescribe que *“es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*, de suerte que la forma de expresión paradigmática

de las autoridades, el acto administrativo, debe ser respetado y obedecido o, en otros términos, que el acto administrativo es obligatorio y vinculante. De manera más concreta, el Decreto 01 de 1984, en su artículo 66, prescribe que *“los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*. Ha dicho la Sala al respecto:

Presunción de validez del acto administrativo que parte de que la actividad del Estado es jurídica, pues si faltara la legalidad en la administración habría disminuido el valor del estado de derecho. Esta presunción se basa, además, en la idea según la cual los órganos administrativos son instrumentos desinteresados que sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro del orden jurídico [Díez, Manuel María, El acto administrativo, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1993, p. 278.] Se trata -por supuesto- de una presunción iuris tantum, de ahí que pueda ser desvirtuada en sede judicial, pero entretanto se dilucida la conformidad o no a derecho precisa -en principio- que el acto pueda desplegar los efectos que le son propios, esto es, sea eficaz [Parejo Alfonso, Luciano et al., Manual de Derecho Administrativo, Volumen 1, Barcelona, Ariel Derecho, 1988, p. 721.]⁵

10.5 Por lo anterior, quien tiene el propósito de que una autoridad judicial declare la nulidad de un acto administrativo, ha de probar la veracidad de los cargos que invoca para ello, tal y como se desprende de las normas sustanciales –Código Civil, *“artículo 1757.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*– y procedimentales –Código de Procedimiento Civil, *“artículo 177.- “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*–, pertinentes.

10.6 De conformidad con la jurisprudencia de la Sala, las normas referidas *“son desarrollo del principio de auto responsabilidad de las partes que impone al interesado una conducta procesal, que de no adelantarse deberá acarrear las consecuencias adversas que ella apareja”* En ese orden de ideas, *“el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (actore non probante, reus absolvitur)”*⁶

11 Sin perjuicio de lo anterior, la Sala ha estudiado con detenimiento las pruebas que se recaudaron en el proceso, fundamentalmente la prueba pericial y los

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2012, expediente n.º 21.317, C.P. Ruth Stella Correa

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2011, expediente n.º 21.128, C.P. Ruth Stella Correa

testimonios, las cuales tampoco dan vía libre a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en tanto que bajo circunstancia alguna le conceden la razón a los argumentos del actor y, por el contrario, los desmienten para reivindicar la validez del acto de adjudicación demandado.

11.1 Así, el dictamen pericial (f. 45–96, c. 2), respecto de las preguntas formuladas por el demandante, concluyó que el demandante no ocuparía el primer puesto en el orden de elegibilidad, aun cuando se surtieran cualesquiera correcciones a la evaluación de las propuestas realizada por la entidad:

PUNTO 1 Si existen correcciones sobre las copias de las propuestas, con qué color y cuáles son las mismas en las propuestas que quedaron en los cuatro primeros lugares.

RESPUESTA: Revisadas las propuestas que se encuentran en los archivos del INSTITUTO, encontramos que existieron correcciones sobre las copias. Estas correcciones en su mayoría fueron hechas en bolígrafo rojo, aunque algunas se efectuaron en bolígrafo negro y en lápiz negro.

PUNTO 2. Orden de elegibilidad otorgado.

RESPUESTA: El orden de elegibilidad otorgado por el INSTITUTO, según se aprecia en el Acta 405 de mayo 28/98 es el siguiente:

OPCIÓN	OFERTA	PUNTAJE	VALOR
Primera	Consorcio Varela-Fiholl	963.00	1.088.790.490
Segunda	Prieto Pinzón	928.62	1.138.324.368
Tercera	Consorcio SS	926.76	1.125.355.540

El demandante GONZALEZ OSSA y CIA., clasificó en cuarto lugar con 913.83 puntos y con \$1.113.603.069 como valor corregido en su oferta.

PUNTO 3. Si de acuerdo con los elementos planteados en la demanda al hacerse las correcciones del caso mi mandante ocuparía el primer lugar en el orden de elegibilidad y por lo tanto se le debió otorgar la licitación y por supuesto suscribirse el contrato.

RESPUESTA: El orden de elegibilidad de los cuatro primeros proponentes según el estudio practicado por los peritos se encuentra en el anexo n.º 4 de este dictamen.

OPCION	OFERTA	PUNTAJE	VALOR
PRIMERA	VARELA-FIHOLL	939.00	1.088.790.490
SEGUNDA	UT PRIETO PINZON	928.62	1.138.324.368
TERCERA	GONZALEZ OSSA	913.83	1.113.603.069
CUARTA	CONSORCIO SS	876.96	1.125.355.540

PUNTO 4. Cómo se efectuó la calificación y evaluación en las licitaciones de otros años anteriores.

RESPUESTA: No consideramos procedente para efecto de este dictamen la forma como se calificaron y evaluaron las licitaciones de años anteriores por parte del INSTITUTO. Creemos que la entidad contratante puede cambiar los sistemas, el orden y el modo de hacer las evaluaciones de los proponentes, siempre y cuando se ciña a la ley y a las normas de los pliegos de licitación.

Respecto a la observación que hace el demandante acerca de inconsistencia de los valores de las cuadrillas que presentó el Consorcio Varela-Fiholl para la determinación de la mano de obra de los análisis de los precios unitarios, anotamos que no existió error de transcripción ya que la determinación del valor de la mano de obra por cada ítem se hace en función del valor de la cuadrilla y del rendimiento adoptado para cada actividad. Así el resultado final es necesariamente diferente del valor de la cuadrilla básica. No existe entonces justificación de la observación hecha por el demandante a este aspecto.

11.2 Posteriormente, de conformidad con la solicitud del demandante, los peritos rindieron la “**ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DICTAMEN PERICIAL**” (f. 97–101, c. 2), a través de la cual expusieron sus respuestas a las solicitudes del demandante. Esta prueba confirma las conclusiones antes presentadas en el sentido de que la propuesta del demandante no habría de ocupar bajo circunstancia alguna el primer lugar en la licitación, así:

Queremos dejar muy en claro que personalmente revisamos los archivos de la licitación en las dependencias del Instituto de Casas Fiscales del Ejército y verificamos las correcciones efectuadas y señaladas en lápiz rojo y que dichas correcciones NO SE REFIEREN A AJUSTES AL PESO SINO A ERRORES ARITMÉTICOS. Además de lo anterior, de la revisión de las propuestas y su calificación no encontramos ninguna actuación que perjudicara exclusivamente al defendido por el Doctor González. El proponente González Ossa y Cia. S. en C., se perjudicó a sí mismo al no tener en cuenta la aclaración contenida en el Adendo respectivo y presupuestar erróneamente lo relativo al equipo hidroneumático, lo cual le significó un descuento del puntaje que lo hubiera colocado en el primer puesto de la lista de elegibilidad. Además las correcciones a que se refiere el apoderado de la demandante SI SE TUVIERON EN CUENTA EN LA EVALUACIÓN FINAL, en el cálculo de errores de la propuesta y en consecuencia los porcentajes de error que aparecen en los anexos del informe pericial y que fueron los siguientes.

<i>PROPONENTE</i>	<i>ERRORES</i>	<i>% DE ERROR</i>
<i>Consorcio Varela-Fiholl y Cia. Ltda.</i>	<i>18.889</i>	<i>0,001735</i>
<i>González Ossa y Cia. S. en C.</i>	<i>2.618.108</i>	<i>0,234551</i>
<i>Consorcio S.S.</i>	<i>5.880.113</i>	<i>0,522512</i>
<i>Unión Temporal Prieto Pinzón</i>	<i>0</i>	<i>0,000000</i>

[Pregunta] 4. Si corregidos con rojo las propuestas y valoradas con las sanciones señaladas en los pliegos, así como los otros puntos solicitados y analizados en el peritazgo, la sociedad que represento ocuparía el primer lugar.

RESPUESTA: Según nuestro estudio, la sociedad que representa el doctor Eduardo González Montoya o sea la firma GONZALEZ OSSA y CIA. S. EN C., por ningún motivo ocuparía el primer lugar de elegibilidad, por cuanto si bien es cierto que la firma que ocupó el primer lugar (Consortio Varela-Fiholl) presentó su propuesta con varios errores los cuales no le impidieron seguir ocupando el primer lugar, en segundo lugar de elegibilidad se encuentra la firma Unión Temporal Prieto Pinzón, la cual obtuvo mayor puntaje que la apoderada por el doctor González y cuya propuesta no presenta ningún error.

11.3 Los testimonios de Henry Alfonso Patiño Ballen (f. 39–40, c. 2) y Carlos Alberto Bahamón Dussan (f. 42–43, c. 2), quienes hacían parte del comité técnico de licitaciones del Instituto de Casas Fiscales de Ejército, como funcionarios de la entidad, explicaron que los errores cometidos por el demandante en el marco del proceso licitatorio estuvieron referidos a *“la mala transcripción de los elementos básicos de la lista de precios al cuadro análisis de precios unitarios, razón por la cual se le sancionó”*. Indicaron también que, contrario a lo propuesto por el actor, *“la aproximación al peso”* afectaba el resultado de los precios unitarios, pero *“no daba lugar a corrección aritmética de ninguna especie”*. En términos precisos concluyeron que la entidad había cumplido en la evaluación de las propuestas con las exigencias de los pliegos. El testimonio del señor Patiño comprende:

PREGUNTADO: Informe por favor al despacho lo que el conste en relación con el desarrollo del proceso licitatorio n.º 02 de 1998, llevado a cabo por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército. CONTESTÓ: Ese proceso licitatorio se ciñó en todas sus partes al pliego de condiciones 02, para esa licitación y a los adendos causados para la misma licitación y que fueran oportunamente conocidos por los participantes. De acuerdo a lo que tengo entendido y de acuerdo a los oficios cursados durante el proceso licitatorio, la empresa González Ossa S. en C., argumentó que no se habían seguido los pliegos establecidos, que se le habían cambiado las reglas de juego en lo referente a aproximación de los precios unitarios a la unidad, situación que es falsa por cuanto mediante el adendo n.º 1, producto de la audiencia pública de conocimiento de todos los proponentes entre los que se encontraba el demandante, y que se efectuó antes del cierre de la licitación se estableció, a solicitud de los interesados que debido al modernismo de los sistemas electrónicos, debía ajustarse a la aproximación que estos sistemas ejecutan. El Instituto de Casas Fiscales del Ejército, ante esta situación, consultó con empresas especializadas en estos sistemas la correcta aplicación de los mismos. De otra parte, los mismos proponentes adjuntaron certificaciones de Construdata y otros que en el momento no recuerdo, donde ratificaban lo expuesto en la audiencia. Fue así que el adendo n.º 1, aquí mencionado, se estableció que la aproximación al peso o a la unidad, quedaba a libertad de los proponentes, de acuerdo a los programas que cada uno de ellos utilizaba. Al establecer la aproximación al peso, que es

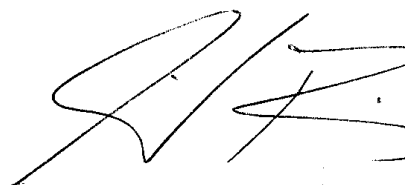
lo que afecta el resultado de los precios unitarios, no daba lugar a corrección aritmética de ninguna especie. Únicamente se contempló como error aritmético, la mala transcripción de los precios de la lista básica al cuadro del análisis correspondiente, en tal evento, el análisis tenía o no correcciones y afectaba su resultado final si no era correctamente trasladado, situación que se cumplió al pie de la letra. La modificación hecha en el adendo n.º 1, en ningún momento afecta el resultado final de una propuesta tanto para el proponente como para la entidad contratante por cuanto son cosas de forma y no de fondo. PREGUNTADO: Informe por favor si en el pliego de condiciones se establecía la aproximación al peso. CONTESTO. En el pliego de condiciones, en el numeral 17.3.5 numeral 5, contemplaba la aproximación al peso a la unidad inferior hasta cuarenta y nueve décimas, y de cincuenta y uno a noventa y nueve a la unidad superior. El adendo n.º 1, producto de la audiencia donde intervinieron todos los proponentes entre ellos el demandante, se estableció la libertad de la aproximación, de acuerdo a los programas utilizados por cada uno de los proponentes. Al momento de evaluar se aplicó el adendo que hace parte del proceso licitatorio. En el adendo n.º 1 se estableció que el análisis de precios unitarios de las propuestas debía ser expresado en números enteros, no importando la aproximación por debajo o por encima en los rangos establecidos en el pliego de condiciones. Cuando un proponente no presentaba en números enteros este análisis, el comité técnico procedía a su corrección aritmética aplicando los puntajes por error causados en cada uno de los ítems afectados, esa corrección hacía con la aproximación. En esta licitación todas las propuestas cumplieron con lo establecido, es decir, se presentaron en números enteros y no hubo lugar a corrección. En el caso concreto de la propuesta González Ossa, su error aritmético consistió en la mala transcripción de los elementos básicos de la lista de precios al cuadro análisis de precios unitarios, razón por la cual se le sancionó. Es decir, fue una causa distinta a la que alega González Ossa en este proceso.

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

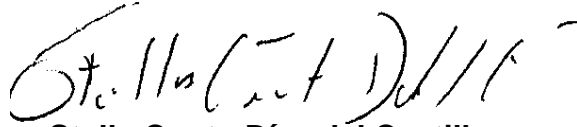
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de septiembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, somewhat abstract shape. The signature is positioned centrally below the text.

Danilo Rojas Betancourth
Presidente


Stella Conto Díaz del Castillo