

CONTRATACIÓN ESTATAL – Actividad de la administración – Principio de legalidad

En reciente providencia, esta Subsección decidiendo un caso similar al estudiado, expuso lo siguiente: «[...] la actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.»

El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como «la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial, de tal manera que «la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento» y que todos sus pronunciamientos «deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.»

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, «se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.»

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que «salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...» y que «salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...»

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

DECLARATORIA DE DESIERTA – Ilegalidad – Confrontación con pliegos

Ahora, cuando se aduce que el acto administrativo que declara desierta una licitación es ilegal porque ha debido adjudicarse el contrato al demandante toda vez que su oferta era la mejor y la única que reunía los requerimientos del pliego de condiciones, se sigue que él deberá demostrar además que su propuesta era la mejor y que se ajustaba al pliego.

Ante tales argumentaciones se impone que la tal ilegalidad debe resultar de la confrontación entre el pliego de condiciones, la oferta presentada y el acto administrativo que declara desierta la licitación y por supuesto del cotejo con las normas jurídicas que regulan la actividad contractual del estado.

Pues bien, aquella confrontación sólo será posible si se allegan los documentos que contienen tales actos, es decir los que contienen el pliego de condiciones, la oferta y el acto administrativo que declara desierta la licitación para poder verificar si en verdad existe la ilegalidad que se alega. Si no es posible esta verificación será consecuencia obligada que el demandante no podrá demostrar la ilicitud del acto que acusa y por ende se mantendrá sin menoscabo la presunción de legalidad que lo cobija, circunstancias todas estas que entonces serán razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Lo antes expuesto no es más que el desarrollo del artículo 177 del C. de P.C., el cual consagra la regla general sobre la carga de la prueba: «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de

las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...» Lo anterior abarca la regla conocida con el aforismo latino onus probandi, incumbit actori, es decir, que corresponde al demandante probar los supuestos de hecho en los cuales funda su acción, pero también de la preceptiva se desprende la regla reus, in excipiendo, fit actor, lo cual significa que el demandado cuando ejerce su defensa sobre la base de medios exceptivos, debe probar los supuestos de hecho sobre los cuales funda los mismos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, trece (13) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-05986-01(23824)

Actor: UNION TEMPORAL JOSE BRICEÑO MEDINA Y OTRO

Demandado: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE DE BOGOTA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2002, por la Sección Tercera – Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Niéganse las súplicas de la demanda.

“SEGUNDO: Sin condena en costas.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor José Briceño Medina, integrante de la Unión

Temporal José Briceño Medina – Concrecon Ltda., el día 22 de enero de 1998¹, presentó demanda² contra el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte de Bogotá D.C., cuyas declaraciones y condenas se contraen a las siguientes:

1.1. PRETENSIONES

1.1.1.- “Que se declare la nulidad la resolución No 744 de julio 22 de 1997, proferida por el sub-Director del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, mediante la cual se rechazó la oferta de la Unión Temporal demandante, y se declaró desierta la licitación 016 de 1997.

1.2.1. “Que se declare errada y violatoria de la ley la descalificación efectuada por la entidad licitante, respecto de la oferta presentada por la Unión Temporal José Briceño Medina -Concrecon- Limitada, y por tanto se declare como la mejor, y única oferta hábil, de las recibidas en desarrollo de la licitación 016/97.

1.3.1. “Que se ordene a pagar a la demandada el daño emergente causado a mis representados y el lucro cesante originado en el hecho de haber sido descalificada su oferta.

“El daño emergente será igual a la cifra que se demuestre en el desarrollo del proceso, y está comprendido por los gastos y el valor del tiempo empleado por las diversas personas que tuvieron a su cargo la preparación y elaboración de la oferta.

“El lucro cesante se encuentra integrado por la suma dejada de percibir por el demandante como administración, imprevistos y utilidad, por no haberle adjudicado a él la licitación, pese a ser la mejor, y única hábil oferta, cuya suma taso, a pesos de oferta, en \$ 78.458.039 oo moneda corriente.

1.4.1. “Que se condene a la entidad demandada a pagar con moneda actualizada las cifras que arroje la condena según el numeral anterior, para lo cual se aplicará a los valores históricos indicados, el interés corriente bancario que certifiquen las autoridades competentes, durante el periodo

¹ Fls 1 a 13, C. 1.

² Fls 13 a 30, ib.

comprendido entre la fecha de presentación de la oferta y la fecha en que se produzca el pago.

1.5.1. “Que se ordene el pago de intereses corrientes bancarios sobre el valor actualizado de la condena, durante los seis (6) primeros meses a la expedición del fallo y moratorios a partir del séptimo (7) mes.

2. HECHOS.

Como apoyo de los pedimentos, se pusieron de presente los hechos que pueden sintetizarse del siguiente modo:

2.1. El Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, que en adelante se denominará IDRDR, abrió la licitación pública No 016/97, cuyo objeto fue la construcción de obras civiles para pista y eventos de campo del estadio de atletismo ubicado en la unidad deportiva el salitre de Bogotá Distrito Capital por el sistema de precios unitarios fijos.

2.2. La Unión Temporal presentó oferta dentro de la referida licitación, la cual efectuada la evaluación técnica de las ofertas presentadas en el proceso licitatorio, se declaró la propuesta de la Unión Temporal como la única propuesta hábil desde el punto de vista técnico, asignándosele un puntaje de 612.42.

2.3. No obstante lo anterior, el IDRDR se abstuvo de valorar financieramente la oferta de la unión temporal, aduciendo que el ingeniero José Briceño Medina, no había presentado su estado financiero de pérdidas y ganancias de diciembre 31 de 1995 y de 1996, violando de tal modo el numeral 2.3 literal c) del pliego de condiciones que solo exigía el último balance de la sociedad oferente y no el de uno de los integrantes.

2.4. Finalmente el IDRDR, mediante la resolución No 0744 del 22 de julio de 1997, declaró desierta la licitación.

2.5. Por lo anterior los actores presentaron queja ante la Contraloría de Bogotá, quien concluyó que el IDRDR “debió proceder de conformidad con lo señalado en el numeral 4.2.2 del pliego de condiciones, es decir, permitiendo al proponente afectado subsanar los vicios, toda vez que los índices financieros que daban puntaje para calificar la licitación, estaban contenidos en los balances generales y

no era necesaria la información de los estados de pérdidas y ganancias para obtenerlos. De igual modo la contraloría dispuso correr traslado del informe a la Personería de Bogotá para que iniciara la correspondiente investigación disciplinaria contra el IDR.D.

3.- Actuación Procesal.

3.1.- Mediante auto de 23 de febrero de 1998³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, al Agente del Ministerio Público; ordenó la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2.- Por auto de fecha 4 de marzo de 1999⁴, se abre el periodo probatorio y por auto fechado 20 de septiembre de 2000⁵, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.2.1.- La parte demandada en escrito presentado el día 10 de octubre de 2000⁶, alega de conclusión, el cual relata los antecedentes del proceso y afirma que, *“(...) la administración actuó de conformidad o en concordancia con los pliegos y la ley 80 de 1993, toda vez que en el mismo pliego de condiciones de la licitación pública 016 de 1997 en su ítem 4.2.2.1. Análisis legal, estableció que se podrán rechazar las propuestas que se encuentren en uno cualquiera de los siguientes casos: 2.1. literal a) “Cuando se detecte que no se cumple alguna de las exigencias de los pliegos, del estatuto de contratación o de las demás disposiciones aplicables”. 2.2., literal d) “Cuando se compruebe inexactitud en la información suministrada por el proponente o en la contenida en los documentos y certificados anexos a la propuesta.*

“(...)

Es precisamente que en cumplimiento a lo pactado en el Pliego de Condiciones y en la ley 80 de 1993, una vez recibidas las ofertas el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, procedió a la revisión legal, técnica y financiera de las

³ Fl 16. C. 1.

⁴ Fl 31 a 32, ib.

⁵ Fl 29, ib.

⁶ Fls 60 a 67, ib.

mismas y como resultado de los estudios financieros se rechazó la propuesta presentada por la Unión Temporal José Briceño Medina – Concrecon Ltda., toda vez que no presentó Estado de pérdidas y ganancias a 31 de diciembre de 1995 y 1996, al considerar que se encontraba incurso en la causal de rechazo enunciada en el literal a) del ítem 4.2.2.2. antes citado y al no cumplir ninguno de los proponentes con todo lo solicitado en el pliego de condiciones.

“(...) al proferir el acto administrativo Resolución 0744 del 22 de julio de 1997, mediante la cual declaró desierta la licitación pública 016 de 1997, no actuó en forma irregular, con abuso o desvió de las atribuciones propias del funcionario que la profirió, actuó objetivamente en ejercicio de sus funciones, acatando las normas relacionadas con la contratación administrativa, por lo que se considera que dicho acto no está viciado de nulidad que genere la prosperidad de las pretensiones planteadas por el actor, toda vez que se actuó en los términos del artículo 40 de la ley 80 de 1993 parágrafo 1 (...).

3.2.2.- La parte demandante en escrito presentado el 12 de octubre de 2000, alega de conclusión quien luego de relatar los antecedentes del proceso, afirma que *“(...) la propuesta de la Unión Temporal demandante fue descalificada, absteniéndose la demandada de valorar financieramente su oferta, porque uno de sus integrantes, la persona natural José Briceño Medina, no presentó el estado de pérdidas y ganancias a diciembre 31 de 1995 y 1996, lo anterior, no obstante haberse consagrado en el correspondiente pliego de condiciones, en su numeral 2.3 literal C) que la evaluación se efectuaría sobre el último balance de los proponentes. Luego, se ha debido dar cumplimiento al pliego de condiciones y evaluarse la propuesta de mi representado con fundamento en el balance presentado por el Consorcio aquí demandante, pues, el estado de pérdidas y ganancias no era obligatorio ni relevante para la calificación de la propuesta, era un documento de aquellos a que alude el artículo 25 numeral 15 de la ley 80 de 1993, diciendo que: “La falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos (...)*”

4. Contestación de la demanda.

Oportunamente la representante Legal del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, mediante apoderada judicial, contestó la demanda oponiéndose a todas y

cada una de las pretensiones de la demanda. Con relación a los hechos aceptó unos y negó otros. Planteó como excepción la que denominó: “legalidad del acto impugnado”⁷.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “B” en sentencia proferida el 20 de agosto de 2002⁸, negó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso concluye diciendo que entre los cargos formulados por el actor se alega que “(...) Con la expedición de la resolución que declaró desierta la licitación, se violó el numeral 15 del artículo 25 en cuanto ésta norma dispone que: “...la ausencia de documentos o requisitos “no necesarios para la comparación de las propuestas no servirá de título suficiente”, para el rechazo de las ofertas”. El a quo desestima el cargo diciendo que “(...) *En el pliego de condiciones se estableció en el ítem 2.3 que el licitante debería aportar los estados financieros respectivos, incluyendo el balance general y estado de ganancias y pérdidas de los años de 1995 y 1996, así mismo expresamente se dijo que la evaluación se haría sobre el último balance, así:*

C. Estados Financieros (Balance General y estados de Ganancias y Pérdidas) debidamente clasificado con sus correspondientes notas aclaratorias, por los períodos correspondientes a los años terminados en diciembre 31 de 1995 y diciembre 31 de 1996, debidamente certificados por contador público titulado o en su defecto por un revisor fiscal, firmados por el representante legal. La evaluación se hará sobre el último Balance”.

“(...)

Por tanto los estados de pérdidas y ganancias son importantes, en la medida en que muestran de manera íntegra y precisa la situación económica real de una empresa, y tan importante era este requisito que en el mismo pliego de

⁷ Fls 22 a 29. C. 1.

⁸ Fls 74 a 98. C. 2ª instancia.

condiciones fue previsto por la entidad, que la no aportación del estado de pérdidas y ganancias generaría el rechazo de la oferta según el ítem 4.2.2., así:

“Recibidas las propuestas, el I.D.R.D., adelantará una revisión legal, técnica y financiera. Estas revisiones podrán dar lugar al rechazo de la oferta, aunque el I.D.R.D: podrá, a su criterio, solicitar al proponente afectado que subsane los defectos, en plazo prudencial.

“...Se podrán rechazar las propuestas que se encuentren en uno cualquiera de los siguientes casos” (...)

“i. Cuando la propuesta no incluya los documentos exigidos en el numeral 2.3. en los literales C. D. y E”.

Desde esta óptica, el acto que rechazó la oferta de la unión temporal y declaró desierta la licitación encuentra respaldo en lo dispuesto en el pliego de condiciones, pues de manera muy clara se dijo que la omisión de no aportar los estados financieros (balance general y estados de pérdidas y ganancias) generaría el rechazo de la oferta.

“(...) Es pertinente ponderar la importancia, que revestía para la demandada, contar con el aporte en conjunto de los estados de pérdidas y ganancias con sus notas aclaratorias, ya que un solo estado financiero, no reflejaba de manera íntegra y completa la situación económica de la proponente actora, tal como se demostró y lo afirmó quien para esa época se desempeñaba como Jefe de la División Financiera del IDR. Así las cosas, la exigencia hecha por el IDR en este sentido, se en cuenta también justificada desde este punto de vista. (...).”

6.- El recurso de apelación.

El día 29 de noviembre de 2002, la parte demandante sustenta el recurso de apelación⁹, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

El apoderado de la parte actora sustenta el recurso de apelación, relatando los antecedentes del proceso y reiterando que *“(...) No es cierto que el pliego de condiciones hubiese consagrado que, teniendo en cuenta la importancia de los estados de pérdidas y ganancias, se hubiese previsto que su no aportación*

⁹ Fls 112 a 122. C. 2ª instancia.

generaría el rechazo de la propuesta. No, todo lo contrario, el pliego de condiciones previó que lo importante era el último balance, precisamente consagrando que sobre éste se efectuaría la evaluación de las propuestas. Balance o requisito este que cumplió a cabalidad la parte aquí apelante.

“(…).

Como corolario de lo anterior y por disposición expresa del pliego del pliego, el estado de pérdidas y ganancias además de no constituir un documento sustantivo del pliego de condiciones, tampoco era como lo plantea el fallo recurrido un documento inexorable, de imperativa exigencia por parte del pliego de condiciones, pues como se vio de la precedente transcripción de los pliegos y del mismo fallo, la entidad demandada podría solicitar que se subsanara dicho defecto , o igualmente podría rechazar la propuesta, a contrario sensu, la exigencia que si era inexorable, era la del último balance, pues sin este documento no se habría podido evaluar la propuesta.

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. El recurso fue admitido el 16 de diciembre de 2002¹⁰ y luego por auto de 6 de febrero de 2003 se ordenó el traslado para alegar¹¹, término dentro de cual la parte actora alega de conclusión¹² reiterando lo manifestado en la sustentación del recurso de apelación.

La parte demandada mediante apoderado presenta alegatos¹³ de conclusión y reitera que (...) *la exigencia plasmada en los pliegos de condiciones y que motivo el rechazo de la propuesta, es, no solo clara, sino razonablemente impuesta para efectos de garantizar la efectiva comparación de las propuestas, ajustándose plenamente a lo consagrado en el artículo 24 numeral 5 de la ley 80 de 1993. En efecto, el estado de pérdidas y ganancias, técnicamente, está llamado a soportar y comprobar el balance general en cuanto a los resultados del ejercicio. En este sentido, la exigencia era más que razonable y se exigió de manera igualitaria a todos los participantes. Al respecto, entonces, resulta del todo acertada la disquisición que hiciere el fallador de instancia. (...).*

¹⁰ Fl 126 ib.

¹¹ Fl 126, ib.

¹² Fl 132 a 136. C. 2ª instancia.

¹³ 127 a 131., ib.

8.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 8.1. Competencia; 8.2. El objeto de la acción y el motivo de la apelación; 8.3) Lo probado en el proceso y caso concreto.

8.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones por concepto de lucro cesante se estimó en la suma de \$ 78.458.039.00 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda en un asunto de nulidad y restablecimiento del derecho - 22 de enero de 1998¹⁴ – para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 4.312.000.00

8.2. El objetivo de la acción y el motivo de la apelación

Advierte la Sala que la demanda fue presentada por el señor José Briceño Medina, integrante de la Unión Temporal José Briceño Medina – Concrecon Limitada. Se trata, entonces, de un sujeto de derecho que formuló una propuesta en forma conjunta, dentro de una licitación pública que culminó con la declaratoria de desierta de la licitación, situación que faculta a cada uno de ellos para ejercer el derecho de acción encaminado a la declaratoria de un derecho subjetivo individual y concreto.

Tiene sentado la Jurisprudencia de la Sala, “que la relación sustancial que determina la conformación de litisconsorcio necesario es la que se presenta entre la entidad contratante y el consorcio contratista, no la que se da entre los miembros de éste. Los miembros que la conforman, no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala ha precisado “que cuando uno de los miembros del consorcio participante en el procedimiento de licitación pública pretende la nulidad del acto

¹⁴ FL 13 Vto. C. 1.

de adjudicación y la consecuente indemnización de los perjuicios derivados del mismo, se encuentra en una situación individual e independiente frente a la administración, que hace procedente el ejercicio autónomo de la correspondiente acción contencioso administrativa”¹⁵.

Lo anterior se reiteró por la Sala, cuando dijo que “Como la demanda se presentó por uno de los integrantes de la Unión Temporal, debe considerarse que esta actúa como persona independiente y el proceso debe resolverse exclusivamente con ella, en el entendido de que formula pretensiones como sujetos individualmente considerados., porque las personas que integran la unión temporal son titulares de derechos subjetivos sustanciales autónomos y del correspondiente derecho de acción que, de conformidad con lo explicado, pueden ejercitarlas individualmente, tal como ocurre en este caso”.¹⁶

La actora persigue se declare la nulidad la resolución No 744 de julio 22 de 1997, proferida por el sub-Director del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, mediante la cual se rechazó la oferta de la Unión Temporal demandante, y se declaró desierta la licitación 016 de 1997., alegando que la propuesta de los demandantes fue declarada como “la única propuesta hábil”, asignándole un puntaje de 612.42. No obstante lo anterior, el IDR se abstuvo de analizar financieramente dicha propuesta aduciendo que el Ingeniero José Briceño Medina, no había presentado su estado financiero de diciembre 31 de 1995 y de 1996, violando de tal modo el numeral 2.3 del literal c) del pliego de condiciones que sólo exigía el último balance de la sociedad oferente, y no el de uno de sus integrantes. Como restablecimiento del derecho, solicitó por concepto de lucro cesante el pago de las sumas dejadas de percibir por la parte actora por administración, imprevistos y utilidad, por no haberle adjudicado a él la licitación, pese a ser la mejor, y única hábil oferta.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones, porque estima que la administración actuó de conformidad con el pliego de condiciones, que en su ítem

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 21 de febrero de dos mil once (2011). Radicación No 16656 Actor: Consorcio Víctor Raúl Rodríguez Amaya – Ingevias Ltda y otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías. M.P Olga Mérida Valle de De la Hoz.

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia 5 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, expediente: 23087. MP. Olga Mérida Valle de De la Hoz

2.3, literal c) establecía la obligación de allegar los estados financieros de los proponentes correspondiente a los años de 1995 y 1996 debidamente certificados por un contador público titulado o en su defecto por un revisor fiscal.

El Tribunal a quo, no accedió las pretensiones de la demanda al considerar que, el pliego de condiciones dispuso que la evaluación se haría sobre el último balance, así:

“C. Estados Financieros (Balance General y estados de Ganancias y Pérdidas) debidamente clasificado con sus correspondientes notas aclaratorias, por los períodos correspondientes a los años terminados en diciembre 31 de 1995 y diciembre 31 de 1996, debidamente certificados por contador público titulado o en su defecto por un revisor fiscal, firmados por el representante legal. La evaluación se hará sobre el último Balance”.

“(…)

En consecuencia, concluye el Tribunal diciendo que *“los estados de pérdidas y ganancias son importantes, en la medida en que muestran de manera íntegra y precisa la situación económica real de una empresa, y tan importante era este requisito que en el mismo pliego de condiciones fue previsto por la entidad, que la no aportación del estado de pérdidas y ganancias generaría el rechazo de la oferta según el ítem 4.2.2”.*

8.3. Lo probado en el proceso y caso concreto.

De los documentos acompañados a la demanda se acreditan los siguientes hechos relevantes para la litis:

8.3.1. A folios 1 a 5 del cuaderno de pruebas, es visible copia auténtica de la Resolución No 744 de 22 de julio de 1997, por medio de la cual el Subdirector de Construcciones del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, declara desierta la licitación pública No 16 de 1997, al establecer en algunos de sus considerandos lo siguiente: *“(…) Que el día 9 de julio de 1997 siendo las 11:00 a.m, en la sala de conferencias de la Unidad Deportiva el Salitre, en presencia de los funcionarios que realizaron los estudios técnicos, jurídicos y financieros y demás integrantes del comité asesor de contratación de la Subdirección de Construcciones junto con los*

proponentes, se dio respuesta a las observaciones presentadas por ellos, tal como se observa en el acta que hace parte de la presente resolución y teniendo en cuenta la recomendación presentada por el comité evaluador de propuestas se procedió a declarar desierta en forma tal la Licitación Pública número 16 de 1997.

Que, el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, artículo 12 del Decreto 855 de 28 de abril de 1994 y el numeral 3.13 del pliego de condiciones prevé la posibilidad de declarar desierta la Licitación en caso de que ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones y en general cuando existan causas que impidan la escogencia objetiva del contratista y en caso de que ello ocurra, contratar directamente, sin necesidad de obtener previamente ofertas, teniendo en cuenta que para el efecto se hayan realizado directamente o a través de organismos consultores o asesores designados para ello. Que, por las anteriores consideraciones, RESUELVE: ARTÍCULO PRIMERO: Declarar desierta la Licitación pública 16 de 1997, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución. (...)."

- 8.3.2. A folios 19 a 27 del cuaderno de pruebas, se encuentra copia del "acta de audiencia de adjudicación de la licitación pública No 16/97, en la cual quedaron consignados el análisis o estudio de las propuestas presentadas para la Construcción de Obras Civiles para pista y eventos de campo del estadio de atletismo ubicado en la Unidad Deportiva "El Salitre" de Santafé de Bogotá, por el sistema de precios unitarios fijos", entre ellas la presentada por la Unión Temporal José Briceño Medina – Concreton Ltda, la cual se rechazó la propuesta porque "en la propuesta presentada por la Unión temporal, el señor José Briceño Medina no incluyó los estados de pérdidas y ganancias de los años de 1995 y 1995 exigidos en el pliego de condiciones, ajustándose de esta manera a lo establecido en el pliego de condiciones en su numeral 4.2.2., rechazo después de la revisión inicial 4.2.2.1., análisis legal, en su literal i) que a la letra dice: "Cuando la propuesta no incluya los documentos exigidos en el numeral 2.3, en los literales C, D y E. (...) 5. Adjudicación. Teniendo en cuenta, que el único proponente que se encontraba calificado desde el punto de vista técnico, por el hecho de no haber presentado estados de pérdidas y ganancias, no se tuvo en cuenta para la calificación desde el punto de vista financiero, por tanto y de conformidad con lo estipulado por el numeral 18 del artículo 25

de la Ley 80 de 1993, el Subdirector de Construcciones...procede a declarar desierta la Licitación Pública No 016 de 1997, debido a que el Instituto no tiene los suficientes fundamentos para efectuar una escogencia objetiva del contratista (...)"

Así las cosas vemos que para rechazar la totalidad de las propuestas, la administración bien podía hacer uso del derecho que otorga el numeral 18 del artículo 25 de la ley 80 de 1993¹⁷, en concordancia con el artículo 12¹⁸ del Decreto 855 de 28 de abril de 1994, que consagran la causal de inconveniencia, como acertadamente obró la administración, al declarar desierta la mencionada licitación.

En reciente providencia, esta Subsección decidiendo un caso similar al estudiado, expuso lo siguiente: *"(...) la actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros*¹⁹.

¹⁷ *Del Principio de Economía*. En virtud de este principio: 1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones. - **La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.**

"(...)

18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión. - **La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007-**

¹⁸ **Artículo 12^o**.- Derogado por el Decreto 2170 de 2002. En los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso, cuando no se presente propuesta alguna, ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia, o en general, cuando falte voluntad de participación, la entidad estatal podrá contratar, sin necesidad de obtener previamente ofertas, teniendo en cuenta los precios del mercado, y si es del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado directamente o a través de organismos consultores o asesores designados para ello

¹⁹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente 21.578.

El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”^{7[7]} de tal manera que “la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”^{8[8]} y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”^{9[9]}

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”^{10[10]}²⁰

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”

²⁰ 7[7] J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo. t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41.

8[8] *Ibíd.*, p. 42.

9[9] *Ibíd.*, p.43.

10[10] *Ibíd.*, p. 54-55.

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

Ahora, cuando se aduce que el acto administrativo que declara desierta una licitación es ilegal porque ha debido adjudicarse el contrato al demandante toda vez que su oferta era la mejor y la única que reunía los requerimientos del pliego de condiciones, se sigue que él deberá demostrar además que su propuesta era la mejor y que se ajustaba al pliego.

Ante tales argumentaciones se impone que la tal ilegalidad debe resultar de la confrontación entre el pliego de condiciones, la oferta presentada y el acto administrativo que declara desierta la licitación y por supuesto del cotejo con las normas jurídicas que regulan la actividad contractual del estado.

Pues bien, aquella confrontación sólo será posible si se allegan los documentos que contienen tales actos, es decir los que contienen el pliego de condiciones, la oferta y el acto administrativo que declara desierta la licitación para poder verificar si en verdad existe la ilegalidad que se alega.

Si no es posible esta verificación será consecuencia obligada que el demandante no podrá demostrar la ilicitud del acto que acusa y por ende se mantendrá sin menoscabo la presunción de legalidad que lo cobija, circunstancias todas estas que entonces serán razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda²¹.

Lo antes expuesto no es más que el desarrollo del artículo 177 del C. de P.C., el cual consagra la regla general sobre la carga de la prueba: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...” Lo anterior abarca la regla conocida con el aforismo latino *onus probandi, incumbit actori*, es decir, que corresponde al demandante probar los supuestos de hecho en los cuales funda su acción, pero también de la preceptiva se desprende la regla *reus, in excipiendo, fit actor*, lo cual significa que el demandado cuando ejerce su defensa sobre la base de medios exceptivos, debe probar los supuestos de hecho sobre los cuales funda los mismos.

²¹ Ut supra, 19.

En el sub lite, la parte actora fundamentó su demanda diciendo que "(...) efectuada la correspondiente evaluación técnica a las ofertas presentadas dentro del citado proceso licitatorio, se declaró la propuesta de sus representados como la única propuesta hábil desde el punto de vista técnico y se le asignó un puntaje de 612.42. No obstante lo anterior, en una clara violación de lo consagrado en el artículo 30 numerales 7 y 8 de la Ley 80 de 1993, el IDR, se abstuvo de valorar financieramente la oferta de sus representados", violando con ese proceder la entidad demandada "las reglas del juego por ellos establecidas en el pliego de condiciones, pues en su numeral 2.3 Literal C), al exigir los estados financieros (Balance general y estados de ganancias y pérdidas), se dice que" la evaluación se hará sobre el último Balance" y que sin embargo la licitación se declaró desierta.

Sin embargo, tal como se dijo con anterioridad en otro aparte de esta providencia, la constatación de la ilegalidad de la Resolución No. 744 del 22 de julio de 1997, por las razones expuestas, dependía del cotejo que se hiciese de éste acto con el pliego de condiciones y la correspondiente oferta, así como con las normas que regulan la actividad contractual del Estado, "pues si esta confrontación no puede hacerse se tornará imposible destruir la presunción de legalidad que lo ampara y en estas circunstancias las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho estarán condenadas al fracaso".

Lo anterior, es lo que precisamente ocurre en este caso porque si bien se allegó copia auténtica de la Resolución en cita, brillan por su ausencia dentro del expediente el pliego de condiciones y la correspondiente oferta, de donde se sigue que no se podrá constatar la ilegalidad que se aduce y por ende las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar tal como lo entendió el a quo, por lo que la sentencia impugnada debe confirmarse.

9.- Costas.

Como no se vislumbra temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero. Confírmase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 20 de agosto de 2002, por la Sección Tercera Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

Tercero: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ