

CONTRATACIÓN ESTATAL – Protección del interés general – Criterio jurisprudencial

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado.

El interés general que debe prevalecer en el ejercicio de la contratación pública, fue observado por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas las letras g) y h) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según lo refleja la sentencia C-415 de 1994, así: «Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6). La presencia del contratista particular en este contexto se origina en la misma ley que la contempla y se desarrolla con arreglo a sus disposiciones que regulan sus derechos, obligaciones, deberes, cargas y responsabilidades. La colaboración del particular, reclamada y regulada integralmente por la ley, no convierte la materia contractual estatal en privada, pues ella con independencia de sus modalidades corresponde a una actividad pública, tanto por el objeto que procura como por el interés general que la anima. Sería, de otra parte, absurdo, sostener que el estatuto contractual se introduce en una materia privada cuando al regular los contratos estatales se refiere a los contratistas particulares. La materia contractual, asume un vínculo negocial único, que mal puede escindirse en dos naturalezas contrapuestas.»

Igualmente la Corte Constitucional, en la sentencia C-257 de 2013 expuso similar consideración sobre los fines públicos en orden a proscribir o erradicar la corrupción en la contratación estatal – los cuales convergen, según la apreciación de la Sala, en el Principio Constitucional de Moralidad– como fundamento de la estructuración legislativa de las prohibiciones impuestas a los ex-servidores públicos en la contratación con el Estado, establecidas en la Ley 734 de 2002 y ampliadas por la Ley 1474 de 2011.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Contratación estatal – Concepto

En cuanto a la noción y el alcance de cada una de las figuras en mención, esto es la de las inhabilidades por un lado y la de las incompatibilidades por el otro, cabe señalar, en primer lugar, que de ninguna manera pueden identificarse o considerarse sinónimos de un mismo y único fenómeno jurídico.

Ciertamente, las inhabilidades, como su propia denominación lo pone de presente, dicen relación con la falta de idoneidad, con la falta de habilidad o la falta de capacidad para lograr o poder realizar algo –en este caso la celebración válida de un contrato estatal–, en el entendido de que la expresión ‘capacidad’ no debe entenderse en la acepción relacionada con la facultad, de goce o de ejercicio, que se exige en el ordenamiento jurídico como requisito de validez de determinados actos jurídicos, como atributo de la personalidad o la condición de ser sujeto o titular de derechos y obligaciones, sino que corresponde al sentido que indica la aptitud o la posibilidad de traducir en realidad algo potencial o incluso al talento de que se dispone para la realización de determinadas actividades o a la disposición para comprender, entender, emprender o ejecutar.

A su turno, la noción de incompatibilidad se relaciona con la imposibilidad de coexistencia que cabe predicar respecto de dos o más elementos, circunstancias, cosas o incluso personas que, precisamente, se repelen, se repugnan entre sí, se repudian o, en una palabra, no pueden ser compatibles.

No obstante la existencia de diferencias importantes y de fondo acerca del concepto que corresponde a cada una de dichas figuras, no es menos cierto que la tendencia a asociarlas y a

tenerlas como cercanas obedece, entre otras razones, al hecho de que, tal como ya se indicó, en el campo de la contratación estatal ambas constituyen el desarrollo concreto del mismo y único Principio Constitucional: el de moralidad, a lo cual cabe agregar que a diferencia de lo que ocurría en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, en cuyo texto los artículos 8 y 9 se ocupaban de tipificar de manera específica las causales de inhabilidad, al paso que en el artículo 10 se consagraban las causales de incompatibilidad, por manera que el propio legislador realizaba la clasificación, calificación y distinción entre los eventos que darían lugar a la configuración de cada una de tales instituciones, en vigencia de la Ley 80 dejó de regir con tanta precisión dicha calificación legal y en un sola y única norma –artículo 8º, a lo largo de dos numerales– «[d]e las inhabilidades e incompatibilidades para contratar», se tipificaron indistintamente diferentes causales tanto de inhabilidad como de incompatibilidad.

A lo dicho debe añadirse que en punto de las consecuencias de orden práctico que en el régimen jurídico vigente se encuentran previstas para cada una de tales figuras, al igual que ocurre con el tratamiento que el legislador decidió dispensar a los efectos que se derivan por razón de la configuración tanto de las causales de inhabilidad, como de las de incompatibilidad, no existe en realidad diferencia significativa alguna que obligue o justifique, más allá de los terrenos puramente teórico y académico, a establecer distinciones entre tales fenómenos al momento de efectuar la aplicación del régimen de contratación estatal.

En este sentido cabe anotar que, en términos comunes, la inhabilidad se refiere a la carencia de habilidad o aptitud propia para desempeñarse en una actividad, al paso que la incompatibilidad hace referencia a la repulsión o imposibilidad para compartir dos circunstancias o actividades pero nuevamente se concluye que dentro del contexto de la contratación estatal, bien sea por una condición independiente o por la relación de varias condiciones, ambos conceptos convergen en su tratamiento legal, puesto que definen circunstancias que generan una limitación o prohibición de orden legal para el acceso a la contratación estatal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

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

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02197-01(25646)

Actor: CIARQUELET LIMITADA

Demandado: DISTRITO CAPITAL - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ACCION COMUNAL DISTRITAL Y EL CONSORCIO COMUNIDAD Y CONSTRUCCION

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia proferida el treinta (30) de julio de 2003 por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual en su parte resolutive dispuso:

“NIÉGANSE las pretensiones de la demanda. Sin costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 17 de agosto de 1999, la sociedad Ciarquelet Ltda., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo se dirigió contra el Distrito Capital de Bogotá –Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital¹ y contra el consorcio Comunidad y Construcción, con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Declarar que es nula en su totalidad la Resolución 366 del 17 de Septiembre de 1998, expedida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ACCION COMUNAL DISTRITAL de la ALCALDÍA MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTÁ, por medio de la cual se adjudicó el Concurso Público de Méritos 001 de 1998 para la Interventoría Técnica y Administrativa de los contratos celebrados con esa Entidad en desarrollo del Proyecto Obras con Saldo Pedagógico.

*SEGUNDA: Declarar que es NULO ABSOLUTAMENTE EL CONTRATO Número 063 del 7 de Octubre 1998, celebrado entre **el Contratante:** Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y **el Contratista:** César Eduardo Gómez – **Consortio Comunidad y Construcción**, cuyo **Objeto:** fue la interventoría técnica y administrativa de los contratos que celebre esa entidad en desarrollo del proyecto “Obras con Saldo Pedagógico”, por **Valor:** de \$345'989.469, cuyo **EXTRACTO DE CONTRATO** fue **Publicado el 22 de Octubre de 1998** por la Imprenta Distrital de la Secretaría General de la ALCALDÍA MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTÁ D.C., en el **Número 1765 del REGISTRO DISTRITAL.***

TERCERA: Como consecuencia de las declaraciones PRIMERA y SEGUNDA, precedentes, PIDO ORDENE SE HAGAN LAS RESTITUCIONES MUTUAS entre las partes contratantes, en razón de las prestaciones que se hayan cumplido en desarrollo del contrato demandado.

¹¹ El Departamento Administrativo de Acción Comunal fue organizado como Departamento Administrativo del Distrito de Bogotá por el Decreto 3133 de 1968, sustituido por el Decreto-ley 1421 de 1993 por el cual se dictó el régimen especial para el Distrito Capital. Para la época en que se radicó la demanda el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, había sido reestructurado por los Decretos 852 de 1994, 720 de 1995, 1046 de 1998 y 458 de 1999. El Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital carece de personería jurídica y hace parte de la estructura administrativa del Distrito Capital, en el sector central.

CUARTA. Como consecuencia de las declaraciones PRIMERA y SEGUNDA, precedentes, y a título de indemnización de perjuicios [solicito] condenar al Distrito Capital de Santafé de Bogotá – Departamento de Acción Comunal al pago de los daños y perjuicios, lucro cesante y demás ocasionados a mi mandante, debidamente actualizados e indexados, mediante la aplicación de las fórmulas técnicas que viene aplicando el Honorable Tribunal para estos eventos, con efectividad desde la fecha en que se efectuó la erogación de dinero, ocurrió el gasto, se causó la obligación, se produjo la Adjudicación, etc. respectivamente, entre otros los siguientes:

PERJUICIOS OCASIONADOS

DAÑO EMERGENTE COSTOS

Valor de los pliegos		1'050.000
Valor de la póliza de seriedad de la oferta		49.045
Valor Publicaciones en prensa		400.000
Selección de personal aprox. 100 profesionales		1'000.000
Elaboración de la propuesta		1'500.000
Subtotal costos		3'999.045

PRIVACIÓN DE LOS INGRESOS PROYECTADOS

Utilidad esperada del 25% del Valor propuesto	337'447.986	84'361.996
Pérdida de oportunidad de otros negocios		6'748.960
Pérdida de la capacidad de contratación	1'923.453	9'617.267
Daño al buen nombre de Ciarquelet Ltda.		5'000.000
Subtotal Daño eventual		105'728.224
Subtotal Costos + perjuicios= Vp		109'727.268
Intereses del 2% mensual a la fecha		7.874.866
VALOR TOTAL DAÑOS		117'602.135
Estimación a la fecha		3'250.520
LUCRO CESANTE –	3'999.045	980.000

**Subtotal costos 3.5% mes
VALOR TOTAL DE LOS
PERJUICIOS**

120'852.655

Son: CIENTO VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS.”

2. Los hechos.

2.1. El Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital convocó al Concurso Público de Méritos 001 de 1998, a través de la Resolución No. 213 del 12 de junio de 1998, con el objeto de seleccionar la interventoría técnica administrativa de los contratos de obra celebrados por esa entidad en desarrollo del proyecto denominado *“Obras con Saldo Pedagógico”*.

2.2. Mediante Resolución No. 256 del 13 de julio de 1998 se cerró el Concurso Público de Méritos 001 de 1998.

2.4. La sociedad Ciarquelet Ltda., presentó observaciones a la calificación de propuestas dentro del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 en las cuales solicitó la corrección de los puntajes adjudicados por concepto de experiencia de los profesionales presentados y por razón de la aplicación de la media geométrica, así como advirtió acerca de la inhabilidad para contratar que afectaba al ingeniero César Eduardo Gómez Gómez, miembro del consorcio Comunidad y Construcción, debido a que dentro del año anterior el citado profesional estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital en desarrollo del contrato de prestación de servicios 002 de 1997.

2.5. El Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital adjudicó el Concurso de Méritos No. 001 de 1998 mediante Resolución No. 366 de 17 de septiembre de 1988, a favor del consorcio Comunidad y Construcción.

2.6. Según observó el demandante, el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital procedió ilegalmente a la adjudicación del Concurso de Méritos 001 de 1998, pese a la inhabilidad advertida por la sociedad Ciarquelet Ltda., y además incurrió en las siguientes irregularidades: **i)** se asignó erradamente un puntaje por concepto de experiencia específica a Unión Temporal Díaz Ponce de León, calificada como segundo proponente, toda vez que se aceptaron como soporte contratos que no cumplían los requisitos de los numerales 3.61 y 3.62 de

los términos de referencia ni la exigencia de la experiencia específica, puesto que no se demostró aporte de la comunidad en esos proyectos, además de lo cual se equipararon las copias de los contratos presentados con las certificaciones de experiencia después de presentadas las propuestas, sin permitir que todos los otros proponentes utilizaran ese mecanismo; **ii)** La entidad demandada aplicó “*amañadamente*” la calificación de experiencia específica de la sociedad Ciarquelet Ltda., toda vez que la Junta de Licitaciones no asignó el puntaje que correspondía a la citada sociedad y le otorgó la calificación más baja a la sociedad Ciarquelet Ltda., para un profesional con mejores calidades que los presentados por los otros dos proponentes y, **iii)** La entidad demandada incurrió en error al aplicar la media geométrica para la calificación por experiencia específica en las certificaciones de contratos ejecutados por la firma R&M, la cual hizo parte del consorcio Comunidad y Construcción.

2.7. La demandante denunció las irregularidades ante la Contraloría de Santafé de Bogotá D.C., donde obtuvo respuesta en el sentido de que esa entidad sólo podría intervenir después de agotados los trámites administrativos de legalización del contrato y una vez liquidados o terminados.

2.8. Por otra parte, la Contraloría de Santafé de Bogotá indicó en el oficio de 10 de diciembre de 1998 que se abrieron investigaciones acerca de las certificaciones aportadas en relación con los contratos No. 122 de 1996 y No. 02 de 1997, 123 de 1996, 025 y 026 de 1997 celebrados por el consorcio Comunidad y Construcción, en tanto encontró que algunos de los contratos objeto de certificación no reposaban en la entidad y otros no aparecían celebrados con el citado consorcio.

2.9. La sociedad demandante solicitó copias auténticas de la Resolución de adjudicación y del contrato celebrado y en respuesta recibió la comunicación C.10.718 del 18 de septiembre de 1998² con la cual se le entregó copia simple de la Resolución No. 366 de 1998 y por ello en la demanda presentó petición previa para que se allegara al proceso copia auténtica de la referida Resolución.

3. Concepto de Violación.

Según expuso la sociedad demandante, el Departamento Administrativo de Acción

² Folio 2 cuaderno 3, pruebas.

Comunal Distrital con su proceder, en desarrollo del Concurso de Méritos No. 001 de 1998 y la celebración del contrato injustamente adjudicado, violó las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 lo cual debe dar por resultado la nulidad total del acto de adjudicación y del contrato celebrado, así como el resarcimiento del perjuicio que se le causó a la sociedad demandante, por concepto de lucro cesante y daño emergente, de acuerdo con la liquidación detallada en las pretensiones de la demanda.

Invocó la violación del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el artículo 3 de la Ley 190 de 1995³ y el artículo 42 de la Ley 200 de 1995⁴, los cuales consagran las inhabilidades para contratar en relación con personas que han sido funcionarios o servidores públicos de la entidad contratante, además de que a su juicio se debió tener en cuenta el artículo 63 del Código Penal en cuanto a la definición de los servidores públicos, para establecer la inhabilidad en relación con el representante legal y varios profesionales en la propuesta del consorcio Comunidad y Construcción.

La sociedad demandante expuso en detalle la violación de la Ley 80 de 1993, artículos 24, 26 y 29, acerca de los principios de la contratación; la violación de los términos de referencia del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 por razón de la asignación de puntaje a las distintas certificaciones; la tipificación de la nulidad del contrato de conformidad con las causales del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, toda vez que a su juicio la adjudicación se realizó con abuso o desviación de poder.

Finalmente la sociedad demandante invocó la violación de los artículos 2, 3, 12, 13, 53, 122 y 123 de la Constitución Política por el desconocimiento del derecho de igualdad y la equidad de condiciones entre los ciudadanos.

3. Actuación procesal.

³ Ley 190 de 1995, "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa", artículo 3: "A partir de la vigencia de la presente Ley, las hojas de vida de las personas que ocupan cargos o empleos públicos o de quienes celebren contratos de prestación de servicios con la administración, permanecerán en la unidad de personal de la correspondiente entidad, hasta su retiro. Producido éste, la mencionada Unidad enviará al Sistema Único de Información de Personal de que trata el artículo anterior, la hoja de vida con la información relativa a la causa del retiro."

⁴ Ley 200 de 1995 por la cual se adoptó el Código Disciplinario Único: "**ARTICULO 42. LAS INHABILIDADES.** Se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución [y], la ley." Derogado por la Ley 734 de 2002.

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada por la sociedad Ciarquelet Ltda., mediante auto de 9 de diciembre de 1999 (folio 31, cuaderno 2), en el cual ordenó la notificación al representante legal del consorcio Comunidad y Construcción, para su vinculación como *“litisconsorte necesario de la parte pasiva”*.

3.2. El Distrito Capital contestó la demanda mediante escrito radicado el 20 de septiembre de 2000; no presentó excepciones y se opuso a todas las pretensiones por considerar que la entidad obró de conformidad con los términos de referencia del Concurso de Méritos No. 01 de 1998, de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993.

3.3. El ingeniero César Gómez Gómez, representante legal del consorcio Comunidad y Construcción, fue notificado personalmente con fecha 21 de julio de 2000⁵, no obstante lo cual guardó silencio en la oportunidad para contestar la demanda y no se hizo presente en el curso del proceso.

3.4. El Tribunal *a quo* decretó las pruebas documentales solicitadas por las partes mediante auto de 10 de octubre de 2000, así como ordenó el dictamen pericial solicitado por la parte actora.

3.5. Frente al dictamen pericial, el Distrito Capital solicitó aclaraciones al mismo, las cuales fueron presentadas en su oportunidad por los peritos; en la etapa de traslado correspondiente a las aclaraciones, la parte demandada formuló objeción en relación con las bases que fueron utilizadas para determinar los gastos y, por otra parte, anotó que los peritos aplicaron criterios puramente subjetivos en

⁵ Folio 34, cuaderno 2.

relación con la estimación de la utilidad esperada, la pérdida de otros negocios y la capacidad de contratación de la sociedad demandante.(folios 95 a 98, cuaderno 2).

3.6. Alegatos de Conclusión.

3.6.1. En su oportunidad la sociedad Ciarquelet Ltda., obrando como parte demandante, presentó alegatos de conclusión, ratificó los argumentos de la demanda y puntualizó aspectos en relación con lo siguiente:

i) Según alegó la sociedad demandante, quedó demostrado en el proceso que el ingeniero César Eduardo Gómez Gómez, representante legal del consorcio Comunidad y Construcción, celebró el contrato "*laboral de prestación de servicios*" No. 02 de 1997 con el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y desarrolló actividades relacionadas con la definición y celebración del contrato ahora demandado, con lo cual objetivamente se presentó una inhabilidad en la contratación respectiva.

ii) El representante del consorcio Comunidad y Construcción hizo valer en el Concurso de Méritos No 01 de 1998 su experiencia por las labores realizadas durante el año anterior en desarrollo del mismo proyecto de "*Obras con Saldo Pedagógico*", con lo cual se demostró que la Administración conoció la causal de inhabilidad e incompatibilidad para la contratación, ante lo cual ha debido abstenerse de celebrar el contrato y, al no hacerlo, dio lugar a una causal de nulidad de los actos acusados.

iii) La Contraloría de Bogotá relacionó irregularidades en la contratación acreditada por el consorcio Comunidad y Construcción, aunque indicó que las mismas no constituyeron inhabilidades o incompatibilidades, lo cual sólo constituyó una situación desde el ángulo de esa entidad como "*disciplinadora*".

iv) Con fundamento en el dictamen pericial y los soportes aportados por los peritos, se dejó claramente probado el perjuicio por la tramitación irregular del concurso de méritos.

v) El demandante detalló que en la calificación de los contratos presentados por el consorcio Comunidad y Construcción se dejó de verificar el cálculo del valor presente exigido en el Adendo No. 001 de 1998 en relación con los siguientes

contratos: No. 123 de 1996, No. 025 de 1997, No. 050 de 1997 y 165 de 1997 y no se realizó el ajuste por corrección de errores aritméticos respecto de las fórmulas aplicadas de acuerdo con los términos de referencia

3.6.2. Por su parte el Distrito Capital, obrando como entidad demandada, presentó alegatos de conclusión con apoyo en los siguientes argumentos:

i) En relación con la pretendida inhabilidad del consorcio Comunidad y Construcción, sostuvo que la sociedad demandante incurrió en un error al confundir el contrato de prestación de servicios con el contrato laboral suscrito con una entidad pública, dado que la existencia del primer tipo de contrato no otorga la calidad de servidor público y no se encuentra prevista dentro las inhabilidades para contratar.

ii) Acerca del puntaje asignado en la calificación de las propuestas con base en la media geométrica, observó que revisando la fórmula inclusive le correspondería a la sociedad demandante un menor puntaje del que se le asignó y que, aún si en gracia de discusión, se considerase los 26,67 puntos que teóricamente se le dejaron de reconocer se concluye que no le daban a la sociedad demandante el primer puesto del concurso de méritos y en tal caso se trataría de un error involuntario que no incidió en nada en el resultado de la evaluación.

iii) Respecto de la experiencia específica del proponente Unión Temporal Díaz Ponce de León, advirtió que no se puede entrar a considerar este aspecto pues el mismo no fue objeto de observaciones en la fase previa a la adjudicación; en todo caso se advirtió que la Administración evaluó la propuesta conforme a los Términos de Referencia.

iv) En relación con la valoración de contratos teóricamente inexistentes, alegó que el oficio No. 207 de la Contraloría de Bogotá observó que se trató de una errónea identificación de dos contratos, los cuales sí correspondían al consorcio adjudicatario.

v) Finalmente, en relación con los perjuicios advirtió que la sociedad demandante no probó que tenía el mejor derecho a la adjudicación y, por lo tanto,

no se encontró acreditado daño antijurídico alguno, como tampoco acreditó las supuestas pérdidas.

3.6.3. En escrito separado la entidad demandada solicitó la nulidad del auto que abrió la etapa de alegados de conclusión con el fin de que se diera curso a su objeción al Dictamen Pericial.

3.6.4. El Ministerio Público, guardó silencio, en su oportunidad.

3.7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió sentencia el 30 de julio de 2003 mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

“La Sala observa que todo el debate se centra [en] la indebida calificación de experiencia específica que se le dio al consorcio adjudicatario y la presunta inhabilidad para participar.

(...) en cuanto hace a la experiencia específica (...) la prueba obrante en el proceso se limita a las observaciones de las proponentes contra las calificaciones (...) dado que no se allegó prueba diferente para demostrar la enunciada acusación de haber calificado en exceso la experiencia del consorcio adjudicatario.”

(...)

“Pero es que según se observa en el acto de adjudicación la validación de copias de los contratos como si se tratara de certificaciones fue una regla utilizada para la calificación de todas las ofertas (...),”

“Lo mismo ocurre con respecto a la aplicación de la media geométrica que aunque la demanda trae observaciones no aportó prueba para demostrar que la utilizada en la calificación de su oferta sea diferente a la que se utilizó en la calificación de las otras ofertas, contrario a ello, la resolución acusada claramente explica como esa media geométrica requirió de modificaciones mediante el adendo No. 1 y en consideración de la Sala el análisis que hace la Junta de Licitaciones coincide en un todo con los topes que trae el adendo y ese mismo procedimiento se utilizó en la calificación de los tres proponentes, resultando un mejor puntaje para la Unión Temporal quien ofreció un mejor precio.”

(...)

“En cuanto hace al cargo de inhabilidad, es un reclamo que ya ha sido resuelto en forma negativa por todos los organismos ante los cuales el demandante ha presentado la queja (...)”

“Por último, es por todos conocido que para la nulidad de adjudicación el demandante deberá demostrar además de la violación de la ley, que su oferta era la mejor, situación que no fue demostrada dentro del presente proceso.”

3.8. El recurso de apelación.

La sociedad Ciarquelet Ltda., obrando como parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia; sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para ello y reiteró los argumentos expuestos en sus alegatos de conclusión de primera instancia.

En su oportunidad para presentar alegatos, el Distrito Capital de Bogotá – Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, argumentó la carencia de comprobación de las razones expuestas en el recurso de apelación y detalló que es claro que el valor de la propuesta económica de la demandante no era la que estaba más cerca de la mencionada media geométrica.

Por otra parte, reiteró la inexistencia de una causal de inhabilidad e incompatibilidad pues los miembros del consorcio Comunidad y Construcción no tuvieron carácter de servidores públicos.

Por último, agregó que la sociedad demandante no demostró que hubiera presentado la mejor propuesta, ni la existencia objetiva de perjuicio alguno.

En la oportunidad para prestar alegatos de conclusión, la sociedad demandante y el Ministerio Público guardaron silencio-

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción competente; **2)** caducidad de la acción contractual con respecto al acto administrativo de adjudicación del contrato estatal; **3)** vinculación del consorcio al proceso judicial; **4)** inhabilidades e incompatibilidades para

celebrar contratos estatales; **5)** pruebas aportadas al proceso; **6)** el caso concreto y **7)** costas.

1. Jurisdicción Competente

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de “*juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”⁶ por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del Distrito Capital de Bogotá –Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y dado que el Distrito demandado es un ente territorial, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio⁷, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁸, amén de que el contrato de interventoría cuya nulidad se demandó en este proceso, fue consagrado como una modalidad de los contratos estatales de consultoría, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁹, así

⁶ El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las *entidades públicas*, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”*

⁷ Artículo 322 de la Constitución Política: Bogotá capital de la república y del Departamento de Cundinamarca se organiza como Distrito Capital. (Acto Legislativo No. 1 de 2000).

⁸ Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

⁹ **2o. Contrato de Consultoría.**

como se encontró bajo el régimen de contratación estatal el procedimiento del denominado concurso de méritos¹⁰ y el acto de adjudicación del contrato que se encontró igualmente demandado.

Se agrega aquí que aquellos actos producidos con ocasión de la actividad contractual, antes de la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, conocidos como actos previos, constituyen verdaderos actos administrativos que son pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla¹¹ y, además, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es igualmente competente en materia de la contratación estatal, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993¹².

Para finalizar este punto precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en la suma de \$120'852.655, valor que resulta superior al exigido para que un proceso iniciado en el año 1999 tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

2. caducidad de la acción contractual respecto del acto administrativo de adjudicación del contrato estatal.

2.1. Antecedentes

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

¹⁰ Derogado por la ley 1150 de 2007 como procedimiento específico, diferente de la licitación pública.

¹¹ Artículo 87. **-De las controversias contractuales.** (...) 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.”

¹² Artículo 75.- **Del Juez competente,** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998¹³ y hasta el 2 de julio de 2011¹⁴, introdujo una modificación acerca de las acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así:

"Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato." (La subraya no es del texto).

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1048 de 2001 declaró la exequibilidad de la disposición legal mencionada y observó acerca de la caducidad de las acciones contra el acto previo a la celebración del contrato estatal, lo siguiente:

"La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación;

¹³ Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso

"En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación".

¹⁴ Fecha en la cual empezó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, el cual no aplica a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso, de acuerdo con su artículo 308.

según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer .

En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, "(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato", a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo." (La subraya no es del texto)

En el mismo sentido y con una precisión adicional acerca de la viabilidad de formular la demanda cuando la celebración del contrato ocurre con posterioridad al vencimiento del término de 30 días mencionado en la norma, observó el Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777, lo siguiente:

"Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.

(...) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la

caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado." (Las subrayas no corresponden al texto).

A partir de la anterior jurisprudencia se desarrolló una línea jurisprudencial acerca de las acciones contra los actos previos, en la cual se distingue consistentemente entre las clases de acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, según se observa a continuación en la relación de diversas providencias, interpretación que se reitera en el presente proceso, además de que en esta oportunidad se desarrollará el contenido y alcance de las acciones, distinguiendo tres hipótesis espacio temporales, según se expondrá más adelante.

Cuadro resumen de jurisprudencia acerca de los presupuestos de la acción contra los actos previos

1.	Corte Constitucional en sentencia C – 1048 de 2001	Véase lo ya transcrito.
2.	Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777	Véase lo ya transcrito.
3.	Corte Constitucional en sentencia C-712 de 2005	<i>“De esta manera, ha de resaltarse para efectos del presente proceso que en la sentencia que se cita¹⁵, la Corte dejó en claro que la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones.”</i> (La negrilla no es del texto).
4.	Marzo 13 de 2006, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, radicación número: 50001-23-31-000-2003-00325-01(27995), actor: Constructora	<i>“La Corte entendió que los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese</i>

¹⁵ C-1048 de 2001

	<p>Canaan S.A. y otros, demandado: Departamento del Meta. Tema: Caducidad de la acción..</p>	<p><i>momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo, es decir los licitantes o proponentes. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.” (La negrilla no es del texto).</i></p>
5.	<p>Abril 1º de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 50001-23-31-000-2008-00282 – 01 (36124), actor: Wolves Security Ltda., demandado: Departamento del Guaviare, referencia: acción Contractual-apelación auto. Tema: Caducidad de la acción.</p>	<p><i>“iv) La caducidad se opera bien porque se deja vencer el término de treinta (30) días sin intentar la acción, o porque a pesar de no haberse vencido ese término se celebra el contrato como consecuencia de la ejecución del acto de adjudicación...”. Pero transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales, la cual podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada directamente, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento, según el numeral 10, letra e) del artículo 136 del C.C.A.; empero, señala esta misma disposición, que si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. Finalmente, importa destacar que, según el texto de la norma procesal contenida en el artículo 87 del C.C.A. en concordancia con el numeral 10, letra e) del artículo 136 del C.C.A., la titularidad de la acción de controversias contractuales se encuentra consagrada para cualquiera de las partes del contrato estatal; y para pedir la nulidad absoluta del contrato se establece también que ella se puede ejercer en ese evento por el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo. Ahora, para la Sala, es claro, que interés directo y, por tanto, legitimación para ejercer la acción de controversias contractuales para que se declare la nulidad absoluta del contrato, ostentan quienes hubieran participado y presentado propuesta en el respectivo proceso de selección, en el evento de que se hubiere celebrado con otro proponente con inobservancia de los requisitos jurídicos establecidos en la ley y en el pliego de condiciones. ¹⁶ (La negrilla no es del texto).</i></p>
6.	<p>Junio 13 de 2011, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 54001233100019981333 01 (19936), actor: Cámara de Comercio de Cúcuta y Personería Municipal de Cúcuta, demandado: Municipio de Cúcuta asunto: acción pública de nulidad Tema: Legitimación activa. :</p>	<p><i>“Con fundamento en las consideraciones precedentes se impone aceptar que la interpretación que en oportunidad precedente había hecho la Sala, en el sentido de que el acto de adjudicación del contrato es susceptible de ser demandado por cualquier persona interesada solamente en el restablecimiento de la legalidad, ampliaba sin soporte normativo la procedencia del contencioso objetivo de anulación a este evento, para en cambio precisar que el enjuiciamiento del citado acto solo procede, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a través del contencioso subjetivo de anulación.</i></p> <p><i>En otros términos, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.</i></p> <p><i>Lo anterior sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, sea posible, a través de la acción contractual dirigida a buscar la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos que dieron origen a su celebración, pretender también la nulidad del acto de adjudicación.”</i> (La negrilla no es del texto).</p>
7.	<p>Febrero 15 de 2012, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,</p>	<p><i>“Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de</i></p>

	<p>Sección Tercera, Subsección C Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880), actor: Industrias Mclaren Ltda., demandado: Municipio de Pereira, proceso: acción contractual, asunto: recurso de apelación. Tema: Ineptitud de la demanda.</p>	<p><i>adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser ésto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.</i></p> <p><i>Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten."</i></p> <p>(...)</p> <p><i>En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.</i></p> <p><i>Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato." (La negrilla no es del texto).</i></p>
8.	<p>Marzo 14 de 2.013, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del Derecho – Apelación Sentencia. Tema: Acción de nulidad y restablecimiento.</p>	<p><i>"De la anterior previsión legislativa se desprende que al control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, puede accederse mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo para el efecto un término de caducidad de 30 días que se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el acto se comunique, notifique o publique, según el caso."</i></p>

2.2. Hipótesis espacio temporales de la acción procedente contra los actos previos.

A propósito del ejercicio oportuno de la acción procedente para cuestionar la legalidad y obtener el restablecimiento del derecho en relación con un acto previo a la celebración del contrato –tal como puede ocurrir con el acto administrativo de adjudicación, o con el acto de declaratoria de desierta de una licitación o incluso

con el acto de revocatoria de la decisión de apertura del correspondiente procedimiento de selección contractual—, cuestión que se relaciona íntimamente con la prosperidad de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el proponente ilegalmente privado de la adjudicación del correspondiente contrato estatal, la Sala considera pertinente precisar un aspecto adicional que permite darle una comprensión cabal y una aplicación práctica, útil y efectiva a los dictados del citado artículo 87 del C.C.A., sin que ello signifique modificar y menos desconocer o recoger la jurisprudencia que de manera pacífica se ha venido desarrollando acerca de la consagración, aparentemente contradictoria o antinómica, de dos (2) términos de caducidad diferentes para cuestionar, en sede judicial, un mismo y único acto administrativo previo al contrato: treinta 30 días si el contrato no se ha celebrado o dos (2) años a partir de la celebración del contrato correspondiente.

Naturalmente resultaría absurdo y carente de toda lógica suponer que el legislador hubiere consagrado, sin más, dos (2) términos de caducidad completamente distintos para un mismo y único propósito, de tal manera que el interesado pudiese utilizarlos indistintamente a su conveniencia, a tal punto que si por razón de su desidia, de su negligencia o de su descuido no hubiere demandado el acto administrativo previo dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según fuere el caso, ello no tendría consecuencia práctica alguna puesto que igual contaría entonces con una nueva y amplísima oportunidad de dos (2) años –nuevo plazo que superaría en duración al primero en más del 1.700%¹⁷ –, para igual promover la demanda contra el mismo acto previo sólo que ahora debería complementar sus pretensiones con las de declaratoria de nulidad del contrato estatal ya celebrado, pretensión que no sería más que una consecuencia de la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo previo que le sirvió de fundamento al contrato en cuestión¹⁸.

¹⁷ Comparando 30 días hábiles con 520 días hábiles, correspondientes a 52 semana de 5 días hábiles por cada uno de los 2 años.

¹⁸ “Según la Corte Constitucional, la nueva versión del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo situó nuestro sistema en medio camino, entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, aquella de la inseparabilidad de los mismos, además que combina las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de la eficacia y celeridad consagrados en el artículo 209, que se hallan en la segunda doctrina de la carta Política.” Sentencia C 1048 de 2001, comentada por: Galindo Vácha Juan Carlos, Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volúmen I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Discentibus auxilia 1, Bogotá 2003, pg 430.

Tampoco podría admitirse sin cuestionamiento lógico al respecto, que al consagrar los dos (2) aludidos términos de caducidad, el legislador hubiere querido dejar en manos de la entidad estatal contratante y de su respectivo contratista u oferente adjudicatario, la posibilidad de privar al proponente ilegalmente vencido de toda opción válida y efectiva para acudir ante la jurisdicción competente en procura de obtener el restablecimiento de los derechos que le hubieren sido conculcados con la expedición del ilegal acto administrativo previo de adjudicación, por el hecho único de que las partes del contrato estatal procedan a celebrarlo en el mismo día de la adjudicación o en un término inmediatamente siguiente a ese momento, cuestión que trae como efecto la extinción de la opción de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que únicamente abre la posibilidad de acudir al ejercicio de la correspondiente acción contractual o, igualmente, que a voluntad de las partes del contrato se reduzca sensiblemente el brevísimo término de caducidad de 30 días según que el perfeccionamiento del vínculo tuviere lugar, por ejemplo, a tan sólo 1, 3 o 5 días después de la adjudicación.

Así pues, con el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. –norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, puesto que la presentación de demandas con posterioridad a la última fecha señalada se han de regir por las nuevas disposiciones consagradas en el artículo 164-2-c) de la Ley 1437–, la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran y aclarar así los efectos que se derivan de dicha disposición.

➤ La **primera hipótesis** se refiere a aquellos casos en los cuales **el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes** a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, **se demanda ese acto administrativo previo** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el

restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

➤ **Una segunda hipótesis** dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere **transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda** contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito¹⁹.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado

¹⁹ Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la *reducción al absurdo*, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de un disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del *efecto útil de la norma*.

dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de “... *ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato*”.

➤ La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos²⁰, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiese ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación

²⁰ De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia.

del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente²¹.

2.3. Ubicación espacio temporal de la demanda en el caso concreto.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se tiene que la demanda se ubicó en la tercera hipótesis planteada en esta providencia -como se detalla a continuación- por manera que la correspondiente acción contractual se ejerció con posterioridad al vencimiento de los 30 días siguientes a la comunicación del acto de adjudicación, por lo cual se concluye con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que las únicas pretensiones que podrían abrirse paso en este proceso son aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente nulidad absoluta del contrato, sin que resulte procedente en este litigio el estudio de las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente, de acuerdo con la interpretación del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que ha sido expuesta ampliamente en el punto precedente.

En efecto, la Resolución No. 366 de 1998, por medio de la cual se adjudicó el Concurso Público de Méritos No. 001 de 1998, se expidió el 17 de septiembre de 1998, supuestamente en audiencia pública fijada para esa fecha, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución 332 del 2 de septiembre de 1998 y lo informado mediante la publicación del Adendo No. 3 realizada en el diario El

²¹ Esta conclusión se apoya también con un argumento *a contrario sensu*, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y *en sentido contrario* una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente.

Tiempo, así como se infiere de la citación a la referida audiencia que realizó el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital a cada uno de los proponentes, mediante comunicación de 15 de septiembre de 1998.²²

Sin embargo, no obra en el expediente acta de la respectiva audiencia pública, por lo cual no se tiene probado lo que ocurrió en la misma. No obstante se encuentra debidamente acreditado que mediante comunicación C.10718 del 18 de septiembre de 1998, suscrita por el Secretario de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones de la Alcaldía Mayor de Bogotá, aportada por la demandante al proceso, se le entregó al representante legal de la sociedad Ciarquelet Ltda., copia de la Resolución No. 366 de 1998.²³

Así las cosas, la Sala establece que se entendió surtida la comunicación de la Resolución N. 366 de 1998 a la sociedad demandante con la entrega de la copia el día 18 de septiembre de 1998, con lo cual el término de 30 días (hábiles) fijado en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que se cuenta a partir de esa fecha, venció el 3 de noviembre de 1998, al paso que la demanda se presentó -9 meses después- el 17 de agosto de 1999, por lo cual operó la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siguiendo los dictados del ya referido artículo 87.

Al respecto cabe recordar que el cómputo de días hábiles para efectos del inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo excluye los días no laborables de conformidad con el artículo 70 del Código Civil, subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal (CRPM)²⁴y, por otra parte se tiene en cuenta que la Ley 51 de 1983 trasladó el descanso remunerado de algunos días festivos al lunes siguiente, por lo tanto, en el período que ocupa la atención de la Sala para el cómputo del término de caducidad, los días 12 de octubre y 2 de noviembre de 1998 correspondieron a días no laborables por concepto de festivos trasladados al lunes siguiente, razón por la cual no pueden contarse dentro del respectivo término.

²² Folios 202, 399 y 419 cuaderno 1.

²³ Folio 2, cuaderno 3.

²⁴ Ley 4 de 1913. Artículo 62. *“En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”*

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el Contrato de Interventoría Técnica y Administrativa No. 063 de 1998, cuya nulidad se demandó igualmente en este proceso, se suscribió el 7 de octubre de 1998 y se publicó en el Registro Distrital No. 1765 del 22 de Octubre de 1998²⁵, esto es en vigencia del término de 30 días hábiles a partir de la comunicación de la Resolución de adjudicación del contrato, el cual como se estableció antes venció el 3 de noviembre de 1988. Por lo tanto, las pretensiones de nulidad del acto administrativo demandado y de nulidad absoluta del contrato determinan que la procedente y la que se ejerció es evidentemente la acción contractual, cuyo término de caducidad de dos (2) años vencía el 23 de octubre de 2000, al paso que la demanda se presentó con anterioridad, el 17 de agosto de 1999.

En resumen, la Sala concluye que en el presente proceso la demanda formulada en ejercicio de la acción contractual, cuya presentación se realizó el 17 de agosto de 1999, se instauró dentro del término de dos (2) años previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y, en consecuencia, no operó la caducidad de la acción contractual, la cual se abre paso únicamente en relación con las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y del respectivo contrato estatal, más no así en relación con las pretensiones encaminadas a obtener la condena de indemnización de perjuicios por cuanto para ellas operó la caducidad por vencimiento del término de 30 días previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

3. Vinculación del Consorcio al proceso judicial

En relación con la vinculación al presente proceso del consorcio Comunidad y Construcción -contratista adjudicatario del Contrato de Interventoría Técnica y Administrativa No. 063 de 1998- la cual se ordenó mediante el mismo auto en el que se admitió la demanda, se debe advertir que fue debidamente realizada con la notificación personal al representante legal del citado consorcio, conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, que se refiere a continuación.

²⁵ De acuerdo con la Gaceta aportada con oficio del Jefe de Imprenta Distrital (folio 160 cuaderno 3) contentiva del extracto del contrato publicado en la página No. 75 de la Gaceta No.1765 de octubre 22 de 1998.

El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013²⁶, con ocasión de la demanda presentada por el representante legal de un consorcio al cual no se le adjudicó un contrato de obra, resolvió **“UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen.”**

En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada;

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

(...)

*Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el*

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: Radicación No.:25000 23 26 000 1997 13930 01, expediente No. 19.933, actor: Consorcio Glonmarex, demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Consorcio

*amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.*

*Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”*

En relación con la citada providencia de unificación resulta útil para el caso sub lite, mencionar el efecto que se desprende de la misma regulación del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la suficiencia y pertinencia de la notificación al representante del consorcio, sin que sea necesario ni procedente notificar a todos los miembros o integrantes del mismo, puesto que la condición de *parte* tanto en el respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, como en el proceso judicial de lo contencioso administrativo, en tratándose del contrato estatal, la tiene el consorcio y no cada partícipe y, por lo tanto, es el consorcio el ente que puede y debe ser notificado, a través de su representante legal, por lo cual esa resulta notificación idónea para producir los efectos propios de la misma.

En el aspecto de la notificación, la sentencia de unificación puntualizó la siguiente consideración:

“Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el

representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta ‘perseguir’, por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene entonces que al proceso se vinculó en debida forma el consorcio Comunidad y Construcción puesto que fue debidamente notificado a través de su representante legal, teniendo en cuenta que en el contrato estatal aportado se identificó la representación legal de dicho consorcio.

4. Inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales.

De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden²⁷ en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de

²⁷ Las expresiones utilizadas recogen algunos de los diferentes conceptos desarrollados por la doctrina internacional acerca Los Principios Jurídicos, por ejemplo, de los españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en la obra “Las Piezas del Derecho”, Ariel Derecho - Barcelona 1996; analizados por Ángeles Ródenas en la obra “Razonamiento Judicial y Reglas”, Editorial Fontamara S.A, México, reimpresión 2004, así como a los conceptos de la “Teoría de Los Principios” desarrollada por Humberto Ávila, editorial Marcial Pons, filosofía y derecho, 10ª. edición, Madrid 2011.

ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado.

El interés general que debe prevalecer en el ejercicio de la contratación pública, fue observado por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas las letras g) y h) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según lo refleja la sentencia C-415 de 1994, así:

“Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que dispone la Constitución y la ley (CP art. 6).

La presencia del contratista particular en este contexto se origina en la misma ley que la contempla y se desarrolla con arreglo a sus disposiciones que regulan sus derechos, obligaciones, deberes, cargas y responsabilidades. La colaboración del particular, reclamada y regulada integralmente por la ley, no convierte la materia contractual estatal en privada, pues ella con independencia de sus modalidades corresponde a una actividad pública, tanto por el objeto que procura como por el interés general que la anima. Sería, de otra parte, absurdo, sostener que el estatuto contractual se introduce en una materia privada cuando al regular los contratos estatales se refiere a los contratistas particulares. La materia contractual, asume un vínculo negocial único, que mal puede escindirse en dos naturalezas contrapuestas.”

Igualmente la Corte Constitucional, en la sentencia C-257 de 2013 expuso similar consideración sobre los fines públicos en orden a proscribir o erradicar la corrupción en la contratación estatal –los cuales convergen, según la apreciación de la Sala, en el Principio Constitucional de Moralidad– como fundamento de la estructuración legislativa de las prohibiciones impuestas a los ex-servidores públicos en la contratación con el Estado, establecidas en la Ley 734 de 2002 y ampliadas por la Ley 1474 de 2011, según se observa a continuación:

“En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e

incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es [el de] erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo.”

En cuanto a la noción y el alcance de cada una de las figuras en mención, esto es la de las inhabilidades por un lado y la de las incompatibilidades por el otro, cabe señalar, en primer lugar, que de ninguna manera pueden identificarse o considerarse sinónimos de un mismo y único fenómeno jurídico.

Ciertamente, las *inhabilidades*²⁸, como su propia denominación lo pone de presente, dicen relación con la falta de idoneidad, con la falta de habilidad o la falta de capacidad para lograr o poder realizar algo –en este caso la celebración válida de un contrato estatal–, en el entendido de que la expresión ‘*capacidad*’ no debe entenderse en la acepción relacionada con la facultad, de goce o de ejercicio, que se exige en el ordenamiento jurídico como requisito de validez de determinados actos jurídicos, como atributo de la personalidad o la condición de ser sujeto o titular de derechos y obligaciones, sino que corresponde al sentido que indica la aptitud o la posibilidad de traducir en realidad algo potencial o incluso al talento de que se dispone para la realización de determinadas actividades o a la disposición para comprender, entender, emprender o ejecutar.

A su turno, la noción de *incompatibilidad*²⁹ se relaciona con la imposibilidad de coexistencia que cabe predicar respecto de dos o más elementos, circunstancias,

²⁸ El significado de inhabilidad, en su sentido natural y obvio, lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, así:

“Inhabilidad. 1. Falta de habilidad, talento o instrucción. 2. Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio”.

²⁹ El mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua registra así el significado de la expresión incompatibilidad:

cosas o incluso personas que, precisamente, se repelen, se repugnan entre sí, se repudian o, en una palabra, no pueden ser compatibles.

No obstante la existencia de diferencias importantes y de fondo acerca del concepto que corresponde a cada una de dichas figuras, no es menos cierto que la tendencia a asociarlas y a tenerlas como cercanas obedece, entre otras razones, al hecho de que, tal como ya se indicó, en el campo de la contratación estatal ambas constituyen el desarrollo concreto del mismo y único Principio Constitucional: el de moralidad, a lo cual cabe agregar que a diferencia de lo que ocurría en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, en cuyo texto los artículos 8 y 9 se ocupaban de tipificar de manera específica las causales de inhabilidad, al paso que en el artículo 10 se consagraban las causales de incompatibilidad, por manera que el propio legislador realizaba la clasificación, calificación y distinción entre los eventos que darían lugar a la configuración de cada una de tales instituciones, en vigencia de la Ley 80 dejó de regir con tanta precisión dicha calificación legal y en un sola y única norma –artículo 8º, a lo largo de dos numerales– “[d]e *las inhabilidades e incompatibilidades para contratar*”, se tipificaron indistintamente diferentes causales tanto de *inhabilidad* como de *incompatibilidad*.

A lo dicho debe añadirse que en punto de las consecuencias de orden práctico que en el régimen jurídico vigente se encuentran previstas para cada una de tales figuras, al igual que ocurre con el tratamiento que el legislador decidió dispensar a los efectos que se derivan por razón de la configuración tanto de las causales de *inhabilidad*, como de las de *incompatibilidad*, no existe en realidad diferencia significativa alguna que obligue o justifique, más allá de los terrenos puramente teórico y académico, a establecer distinciones entre tales fenómenos al momento de efectuar la aplicación del régimen de contratación estatal³⁰.

“**Incompatibilidad:** 1. Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí. 2. Impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez.”

³⁰ No obstante, a título ilustrativo se cita a continuación la exposición de motivos que precedió a la aprobación de la Ley 80 de 1993, en la cual se aprecia que la norma se orientó a dar un tratamiento conjunto a los eventos de inhabilidad e incompatibilidad, aunque invocó un criterio de agrupación de las inhabilidades e incompatibilidades para efectos de ordenar los dos numerales que conformaron el artículo 8º:

“8. (...) (b) *Inhabilidades e incompatibilidades*

El proyecto de ley en sus artículos 8, 9 y 10 contiene disposiciones especiales atinentes a la capacidad para celebrar contratos estatales. Se denominan inhabilidades e incompatibilidades, las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar.

En este sentido cabe anotar que, en términos comunes, la inhabilidad se refiere a la carencia de habilidad o aptitud propia para desempeñarse en una actividad, al paso que la incompatibilidad hace referencia a la repulsión o imposibilidad para compartir dos circunstancias o actividades pero nuevamente se concluye que dentro del contexto de la contratación estatal, bien sea por una condición independiente o por la relación de varias condiciones, ambos conceptos convergen en su tratamiento legal, puesto que definen circunstancias que generan una limitación o prohibición de orden legal para el acceso a la contratación estatal.

En efecto, según lo pone de presente el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 80, idéntica consecuencia, consistente en la nulidad absoluta del correspondiente contrato estatal, establece el legislador para aquellos eventos en que a la **celebración** del respectivo contrato se hubiere procedido con persona que para ese momento estuviere incurso en alguna causal de inhabilidad o de incompatibilidad, así:

“Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.”

El examen de la norma legal que se deja transcrita, permite y obliga a efectuar una precisión de la mayor importancia relacionada con la clasificación que del mismo Estatuto de Contratación Estatal se desprende en torno a las inhabilidades e incompatibilidades por razón del momento o la oportunidad en que ellas se configuren, cuestión que permite diferenciar entre las inhabilidades e incompatibilidades **co-existentes** o **pre-existentes** por oposición a las inhabilidades e incompatibilidades **sobrevinientes**.

Como se indicó el proyecto de ley siguiendo los lineamientos del Decreto 222 de 1983 divide estas circunstancias en aquellas que dan lugar a inhabilidad para contratar y las que originan incompatibilidad. Las primeras se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado, las relativas a la incompatibilidad se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés.” (la negrilla no es del texto). Gaceta del Congreso, 23 de septiembre de 1992, pág 9 a 22, incorporado en la obra Nuevo Régimen de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 1995, 1ª edición, Sandoval Rojas Marleny.

Tal como lo evidencia con claridad el texto del aludido numeral 1º del artículo 44 de la Ley 80, la consecuencia jurídica en él prevista, consistente en sancionar con nulidad absoluta el respectivo contrato estatal, se encuentra reservada exclusivamente para aquellos eventos en los cuales la **celebración** del contrato se realice con una persona que, precisamente para ese momento, estuviere incurso en alguna de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

Por el contrario, para aquellos otros casos en los que el correspondiente contrato estatal se hubiere celebrado con una persona que, al momento de dicha celebración, no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad, pero a quien con posterioridad le sobreviene una de tales causales, la ley establece y determina efectos diferentes a los de la nulidad del vínculo, los cuales en nada inciden sobre su validez, como son los de tener que ceder el contrato o, si ello no resulta posible, renunciar a su ejecución.

Así lo regula de manera expresa y precisa el artículo 9 de la citada Ley 80, a cuyo tenor:

“Artículo 9º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. *Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.*

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.”

De la norma legal en cita –bueno es reiterarlo–, se desprende sin lugar a la menor hesitación, que la configuración sobreviniente de una causal de inhabilidad o de incompatibilidad respecto del contratista particular, de ninguna manera genera la nulidad absoluta del contrato sino que, por el contrario, abre paso a la observancia de una consecuencia diferente, cual es la obligación de proceder a la cesión del contrato –previa aprobación expresa y escrita de la entidad estatal contratante– o, si ello no fuere posible, a renunciar a su ejecución. Por lo tanto, la causal

sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.

Lo expuesto en relación con el contratista individual recibe un tratamiento diferente por parte de la misma norma legal en referencia cuando se trata de un contratista plural –consorcio o unión temporal–, comoquiera que frente a esta nueva circunstancia la disposición determina que el integrante del consorcio o de la unión temporal que resulte afectado por la inhabilidad o la incompatibilidad sobreviniente, deba ceder su participación, con la limitación de que esa cesión no podrá recaer, en ningún caso, en favor de alguno otro de los integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal, lo cual pone de presente, de un lado, que la cesión deberá realizarse entonces en favor de un tercero con quien se recompondrá el correspondiente consorcio o unión temporal y, de otro lado, que dicha prohibición excluye entonces, de plano, la opción de que el afectado pudiese renunciar a continuar con la ejecución del contrato, puesto que resulta evidente que si esa renuncia fuere posible la participación de quien así se desvincula del consorcio o de la unión temporal quedaría distribuida entre los demás integrantes de la respectiva asociación empresarial, dando con ello lugar a la cesión que la propia norma ha proscrito para estos eventos.

La norma legal transcrita también se ocupa de regular el caso en el cual las inhabilidades o incompatibilidades que afectan al proponente –que no al contratista– sobrevienen a la presentación de una oferta en el marco de un determinado procedimiento administrativo de selección contractual, esto es cuando todavía no se ha celebrado el contrato estatal correspondiente e incluso cuando aun no se ha realizado siquiera la respectiva adjudicación –precisión que cabe a propósito de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1150, al cual se hará referencia enseguida–, evento este en relación con el cual no será posible contemplar la cesión, en favor de un nuevo proponente, sino que únicamente tendrá lugar la renuncia del oferente afectado, cuyos efectos operarán *ipso jure*, por ministerio de la ley, en cuanto la propia disposición establece que de configurarse dicha hipótesis fáctica “... se entenderá que renuncia [se refiere al proponente] a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo”.

Por último, a este respecto, conviene señalar que el inciso 3º del artículo 9³¹ de la Ley 1150 establece de manera expresa una excepción a la regla general que se encuentra constituida por la irrevocabilidad del acto de adjudicación de un procedimiento administrativo de selección contractual, al determinar que habrá lugar³² a revocar dicha adjudicación cuando la inhabilidad o incompatibilidad

correspondiente sobrevenga con posterioridad a la adjudicación y antes de la celebración del respectivo contrato estatal –lapso al que hace referencia el numeral 9º del artículo 30 de la Ley 80 al regular la estructura de los procedimientos de selección–.

4.1. De la calidad previa de servidor público como causa de la inhabilidades e incompatibilidades en la Ley 80 de 1993.

³¹ Así reza el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007:

“ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.”

³² Si bien el texto del referido artículo 9 de la Ley 1150 determina que en los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes a la adjudicación del correspondiente procedimiento de selección contractual y anteriores a la celebración del respectivo contrato estatal, se **podrá** revocar el acto administrativo de adjudicación, dicho verbo mal podría entenderse como la consagración de una opción, una posibilidad o una potestad que tuviere a su disposición la entidad estatal contratante para ejercerla a su arbitrio, a su discreción o a su conveniencia, sino que debe entenderse como la autorización que la ley imparte para que, en esos eventos, se proceda de manera imperativa a tal revocatoria, previa observancia del derecho fundamental al debido proceso, claro está, por lo cual habría sido más apropiado que la ley utilizara la expresión **deberá**. Si ello no fuese así, además de las complejidades que se generarían para determinar en cuáles de los casos regulados por esa misma norma legal la entidad estaría facultada entonces para abstenerse de efectuar tal revocatoria, habría que afrontar la dificultad insalvable de que aunque la entidad decidiera expresamente no revocar la adjudicación, lo cierto es que el contrato correspondiente de ninguna manera podría celebrarse, ora porque de hacerlo con una persona incurso en causal de inhabilidad o de incompatibilidad el vínculo nacería afectado de nulidad absoluta (artículo 44-1 Ley 80), ora porque ante esas circunstancias bien podría predicarse la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo de adjudicación por haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho, puesto que el adjudicatario que fue seleccionado por no estar incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad, habría dejado de estarlo.

De acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos *“los empleados y trabajadores del Estado quienes ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley el reglamento*

No obstante, debe tenerse presente que en materia de la incompatibilidad, reguladas para efectos de la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 se refirió al *“servidor público de los niveles directivo asesor o ejecutivo”*³³ y adoptó un criterio orgánico o material para establecer su aplicación, esto es el definido de conformidad la entidad estatal a la que se encuentre prestando servicios dependientes el denominado servidor público en los niveles descritos en la norma. Por su parte, la jurisprudencia acotó el concepto de servidor público en la Ley 80 de 1993 a la noción de cargo o empleo en la respectiva entidad estatal, como se refiere más adelante.

De acuerdo con la Ley 80 de 1993 en su artículo 2, se acudió a una definición de los servidores públicos en relación con las entidades estatales establecidas para los efectos de la ley de contratación, así:

“Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) *La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital (...)*

(...)

2o. Se denominan servidores públicos:

a) *Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.”*

³³ *“Conviene destacar como el proyecto circunscribe la incompatibilidad respecto de los servidores públicos a quienes desempeñan funciones en los niveles directivos, asesor y ejecutivo, excluyendo por tanto la incompatibilidad de quienes ocuparon un cargo en un nivel ocupacional distinto a los mencionados, Se justifica la disposición debido a la total carencia de la facultad decisoria de estos últimos servidores.”* Exposición de Motivos, Ob. Cit.

Por su parte, en relación con el concepto de “servidor público” bajo el criterio orgánico o material, la jurisprudencia se encargó de puntualizar su aplicación a las personas vinculadas a un cargo o empleo en las entidades estatales y en ese contexto concluyó que no se predica la calidad de servidor público, para los efectos de la contratación, respecto del contratista prestador de servicios, como se observa por ejemplo en la sentencia C-326/97 de la Corte Constitucional, en torno al ámbito de aplicación de la Ley 190 de 1995³⁴ -por la cual se dictaron normas para preservar la moralidad de la administración y erradicar la corrupción administrativa-, así:

*“El hecho de que un mismo instrumento de selección y control se utilice para unos y otros, de ninguna manera desvirtúa la condición de contratistas que tienen **las personas que se vinculen a la administración a través de contratos de prestación de servicios, quienes, como lo ha dicho esta Corporación no son servidores públicos.**”*

El caso que ocupa la atención de la Sala, es pertinente concretar el concepto de servidor público –en los niveles de directivo, asesor o ejecutivo- respecto de la incompatibilidad prevista en el numeral 2, letra a, del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, en el cual se dispuso:

“Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos³⁵ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.³⁶

En *primer lugar* se destaca que las incompatibilidades e inhabilidades para participar en el procedimiento de licitación y para contratar con el Estado son de

³⁴ “Artículo 2º. (...) *Parágrafo.- La inclusión de los contratistas de prestación de servicios en el Sistema Único de Información de Personal no genera vínculo laboral alguno con la administración pública ni da lugar a un régimen prestacional especial.*”

³⁵ La expresión “concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

³⁶ Actualmente esta norma se debe interpretar en conjunto con las modificaciones introducidas por La Ley 734 de 2002 y posteriormente por la Ley 1474 de 2011, en cuanto a la. *PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS.*

carácter restrictivo toda vez que el principio general de raigambre constitucional³⁷, es el de la igualdad de acceso a la contratación pública³⁸.

En este orden de ideas, las circunstancias o condiciones que tipifican la inhabilidad o incompatibilidad para participar en el procedimiento administrativo de licitación y para contratar con el Estado no se pueden interpretar de manera amplia o extensiva, como tampoco admiten aplicación por vía de analogía y su concreción se limita al supuesto factico preciso, específico y taxativo que se encuentra regulado en la respectiva disposición legal o constitucional.

En el marco de la premisa expuesta se precisa que al expedirse la Ley 80 de 1993 no se incorporó una norma legal que permitiera o determinara extender la condición de servidor público a los contratistas de la misma entidad, para efectos de limitarles la respectiva contratación.

Se advierte que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 incorporó una asimilación específica –entre el contratista, interventor, consultor o asesor y el servidor público- pero para los específicos *efectos de la responsabilidad penal*, la cual no puede trasladarse a los efectos del artículo 8 de 1993, por cuanto resultaría contrario a la regla de interpretación extensiva de la Ley contenida en el artículo 31 del Código Civil³⁹, toda vez que un razonamiento en tal sentido llevaría a la aplicación de un efecto diferente del invocado por la norma, cual era el de la responsabilidad penal.

En apoyo de la anterior precisión se puede citar la sentencia C-489 de 1996 en la cual la Corte Constitucional distinguió claramente las razones en que se fundó la Ley 80 de 1993 para la regulación de las incompatibilidades e inhabilidades en la

³⁷ Artículo 333 C.P. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres. Dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.”

³⁸ Artículo 209. C.P. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

³⁹ “Lo favorable u odioso de una disposición no se tendrá en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.”

contratación estatal, de aquellas en que se inspiran la tipificación de delitos y los efectos penales correspondientes, así:

“Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

Las inhabilidades e incompatibilidades que obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta. Las inhabilidades e incompatibilidades, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia.”

Se verá más adelante en esta providencia que por virtud de la Ley 489 de 1998 - no aplicable en este caso por tratarse de una norma expedida con posterioridad a la ocurrencia de los hechos en el *sub judice*- se introdujo una extensión de las incompatibilidades e inhabilidades por razón de las *funciones administrativas* desempeñadas, en los casos concretos que determinó el legislador.

En *segundo lugar*, regresando a la aplicación de la inhabilidad prevista en la letra a) numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y la declaratoria de nulidad del contrato estatal en su caso, se tiene que consecuentemente debe fundarse en la comprobación de la condición de “*servidor público*” del respectivo proponente, en las circunstancias espacio temporales⁴⁰ previstas en la norma y en relación con la respectiva entidad estatal.

No sobra recordar que la definición de servidor público para efectos de la Ley 80 de 1993 se acotó al trabajador dependiente de la entidad estatal, en lo términos del numeral 2 del artículo 2, ya citado, y por ende se excluyó del este concepto al

⁴⁰ Esto es para quien fue servidor público en la misma entidad y en lapso fijado en la ley.

contratista, tal como se dispuso claramente respecto del contrato de prestación de servicios, definido en el artículo 32 de la Ley 80, así;

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”⁴¹

Para el caso particular de la entidad demandada en este proceso se tiene que el Decreto-ley 1421 de 1993 por el cual se dictó el régimen especial para el Distrito Capital dispuso la incorporación de los Departamentos Administrativos a la estructura del Distrito⁴², por lo cual sus empleados hacen parte de esa organización estatal de carácter territorial y, por lo tanto, son ellos los que tienen o pueden tener la condición de servidores públicos para los efectos de la incompatibilidad que se viene comentando:

En *tercer lugar*, para los propósitos del caso que ocupa la atención de la Sala, vale la pena mencionar la aplicación de la letra a, numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, al consorcio proponente, puesto que se ha de tener en cuenta que el mismo no constituye una persona jurídica y por lo tanto las incompatibilidades e inhabilidades se predicán respecto de los partícipes del consorcio⁴³.

Esta Subsección ha observado -y reitera ahora- que las incompatibilidades e inhabilidades para contratar previstas en la Ley 80 de 1993, se predicán de todos y cada uno de los integrantes de un consorcio, así

⁴¹ Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES, de acuerdo con la sentencia C-154 de 1997, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.”

⁴² De acuerdo con el Decreto-ley 1421 de 1993, la estructura administrativa del Distrito Capital se encontró definida así:

“Art.- 54. Estructura Administrativa. La estructura administrativa del Distrito Capital comprende el sector central, el sector descentralizado, y el de las localidades. El sector central está compuesto por el despacho del alcalde mayor, las secretarías y los departamentos administrativos.”

⁴³ El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 estableció la figura del representante así: “Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.”

“Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor (...) no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades.

Cabe advertir que en tanto alguno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado, toda vez que como bien lo advierte el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, "las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman".

Es más, tal como dispone el artículo 9 de la Ley 80, "cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos de la misma", respecto de lo cual puede inferirse que si en el evento de que se presente una inhabilidad o una incompatibilidad sobreviviente, el proponente -en este caso el consorcio- debe renunciar, no puede pensarse que en el evento de que la inhabilidad existiese desde antes de la apertura del procedimiento administrativo de selección sí pudiese participar"⁴⁴.

4.2. Incompatibilidades e inhabilidades por razón de funciones anteriores.

Aunque desde ahora la Sala debe observar que la presunta inhabilidad invocada no se rigió por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, por tratarse de norma que cobró vigor con posterioridad a la celebración del contrato en estudio, se considera útil realizar algunas precisiones acerca de las incompatibilidades e inhabilidades consagradas en el sistema legal por virtud de la citada Ley 489 expedida el 29 de diciembre 1998⁴⁵, mediante la cual se sometió a los representantes legales de

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincón, sentencia de 10 de febrero de 2011, radicación: 630012331000199704685 01, expediente: 16306, actor: Consorcio DISTRIMUNDO, demandado: Municipio de Armenia (Quindío), referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁴⁵ Un antecedente de esta norma se encuentra en el **Decreto-ley 222 de 1983** contenido del régimen de contratación estatal anterior a la Ley 80 de 1993, el cual regulaba un aspecto similar pero a título de prohibición especial en la celebración de los contratos de obras públicas respecto de quienes hubieren participado en la elaboración de los diseños de las obras o de los términos de referencia, así

entidades privadas a las mismas prohibiciones aplicables a los servidores públicos en dos casos específicos: cuando tales entidades hubieren ejercido funciones administrativas en la respectiva entidad contratante o cuando hubieren participado en la regulación o adopción de las decisiones correspondientes, así:

“Artículo 113. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida. Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado”.

La Ley 489 de 1998 reguló el ejercicio de la función administrativa, determinó la estructura y definió los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública; en ese contexto legal, el artículo 113 correspondiente al Capítulo XVI acerca del ejercicio de las funciones administrativas ejercidas por particulares, implicó la extensión de las incompatibilidades e inhabilidades a los representantes legales, por razón de la función administrativa desempeñada por la entidad representada, con independencia de que el respectivo representante legal no hubiere detentado un cargo o empleo público y en sentido estricto no hubiere tenido la condición legal de servidor público⁴⁶.

como también contemplaba la prohibición para el contrato de *interventoría* respecto de quien hubiere sido el autor del proyecto o del diseño correspondiente, así:

“Artículo 85. De las prohibiciones especiales para ciertos contratos. La ejecución de las obras a que se refiere el artículo 81 no podrá contratarse con quienes directa o indirectamente hubieren participado en la elaboración de los respectivos diseños, términos de referencia y pliego de condiciones. La misma prohibición se extiende para la compra y alquiler de materiales y equipo con destino a tales obras. Cuando conjuntamente se liciten o contraten, según el caso, el diseño y la construcción no se aplicará la anterior prohibición.

Artículo 122. De las personas con quienes no puede contratarse la interventoría. La interventoría no podrá contratarse con el autor del proyecto o diseño correspondientes, a menos que así lo exigiere la complejidad técnica de la obra, según calificación escrita hecha por la entidad contratante. Tampoco podrá contratarse la interventoría con las personas cuyo proyecto o diseño no se hubieren aceptado ni con quien hubiere quedado en segundo lugar en la licitación pública o privada que precedió a la obra objeto de la interventoría.”

⁴⁶ Al amparo de la Constitución Política de 1991 el legislador incorporó el concepto de servidor público, el cual no quedó restringido a los empleados públicos y trabajadores oficiales, sino que vino a aplicarse a los trabajadores de las entidades del Estado definidas en la Ley 489 de 1998, bajo un criterio que la Corte Constitucional advirtió como de carácter orgánico o material, según el cual se entiende que el servidor público lo es por razón de su vinculación laboral a las entidades del Estado con independencia del régimen legal de su respectiva contratación. Véase Sentencia de la Corte Constitucional C-722 de 2007 acerca del régimen legal de los trabajadores de Ecopetrol.

La forma y términos en que la delegación de funciones administrativas, de carácter excepcional, resulta legalmente viable se encuentra delimitada en el capítulo XVI de la Ley 489 de 1998, en el cual se exige la expedición de un acto administrativo de delegación y la celebración de un convenio específico, tal como advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-866-de 1999⁴⁷.

Ahora bien, la Sala observa que el artículo 113 puede aplicarse transitivamente, esto es que la incompatibilidad o inhabilidad se predica tanto para la contratación con el representante legal como para la contratación con la entidad privada representada, según sea el caso de que la representada o el representante legal hayan desempeñado, regulado o aprobado funciones administrativas relacionadas con la misma contratación⁴⁸.

La incompatibilidad o inhabilidad del artículo 113 de la Ley 489 de 1998 se considera perfectamente aplicable a los representantes legales de los consorcios o de las uniones temporales que hubieren desempeñado funciones administrativas o participado en la regulación y adopción de decisiones que se vayan a ejecutar en el respectivo contrato, puesto que la ley establece tanto la figura del consorcio como la de la unión temporal como *parte* contractual legalmente válida, independientemente de que las mismas no conlleven la existencia de una persona jurídica.

4.2.1. Incompatibilidad por razón de la participación en la elaboración de los pliegos de condiciones.

⁴⁷ “Para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular.”

⁴⁸ Un razonamiento lógico lleva a la conclusión así: Si los representantes legales no pueden contratar con el Estado en relación con las mismas funciones administrativas que desempeñó, reguló o aprobó, la entidad privada que representan, se tiene que concluir que a su vez la entidad privada no puede contratar para ejecutar las mismas las funciones administrativa que desempeñó reguló o aprobó su representante, toda vez que el fundamento para extender la prohibición se encuentra en la vinculación entre el representante y la entidad, que es la misma cualquiera sea el sentido en que se predique, esto es independientemente de cuál de los dos haya sido el sujeto de la delegación de la función administrativa.

El caso sub lite se presta para referirse a la aplicación del artículo 113 de la Ley 489 de 1998 en relación con las entidades o personas que han desempeñado las actividades de *elaboración* y presentación ante las instancias pertinentes de los pliegos de condiciones que serán aplicados en la respectiva contratación.

La función de elaborar, definir y aprobar los términos de referencia para una contratación estatal constituye sin duda una función administrativa, con apoyo en lo previsto en los artículos 22 y 23 de la Ley 80 de 1993, en los cuales se establecen los principios de la contratación estatal que se deben seguir con arreglo a los *postulados de la función administrativa* y se determina que le corresponde al Estado, en virtud del principio de la transparencia, *“definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.”*

De las normas anteriores se deduce que la persona o entidad que ha participado en la definición o aprobación de los términos de referencia para un procedimiento administrativo de selección contractual, se encuentra bajo prohibición para participar como proponente en la respectiva licitación y para celebrar el contrato respectivo, como se halla también en situación de incompatibilidad el representante de la respectiva entidad, de acuerdo con el artículo 113 de la Ley 489 de 1998, por razón de la función administrativa que habría sido asumida previamente cual es la de participar en la definición de las reglas claras y objetivas de la contratación de acuerdo con los ya citados artículos 22 y 23 de la Ley 80 de 1993.

La participación en el procedimiento de formación de los términos de referencia constituye la causa de la prohibición del artículo 113 de la Ley 489 de 1998 y se concreta específicamente en cuanto se hayan desplegado actividades de regulación y adopción de los respectivos términos de referencia, respecto de la contratación en la cual se utilicen los mismos. Las actividades de participación no se limitan a las personas que imparten la aprobación de los términos de referencia, sino que comprenden también a las personas o entidades privadas que intervinieron en elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia puesto que acudiendo a una interpretación gramatical del citado artículo 113 claramente *participar* no es sinónimo de *aprobar*.

Un ejemplo concreto es el caso del asistente de la gerencia del proyecto de obra cuya participación se probaría por el hecho de suscribir con el Coordinador o Gerente respectivo el informe o reporte acerca de la labor de elaboración de los pliegos propuestos para una contratación, en la cual se encontraría inhabilitado, con independencia de que no hubiera tenido asiento en la Junta de Licitaciones o en órgano decisorio alguno en relación con los términos de referencia.

Por otra parte, en razón de que la prohibición del artículo 113 de la Ley 489 de 1998 se funda también en la circunstancia consistente en que una persona o entidad tiene acceso previo a la información con la cual se estructuran los pliegos de condiciones de la respectiva contratación y por lo tanto se rompe respecto de ella el principio de igualdad de acceso para la contratación respectiva, se tiene que concluir que todo aquel que ha participado en el proceso de formación de los términos de referencia se encuentra bajo prohibición de presentarse como proponente, en tanto ha tenido un acceso previo a las condiciones de la contratación, así como por virtud de la norma comentada se debe advertir que esa prohibición se extiende tanto al representante como al representado, esto es a la entidad que esta persona representa y a quien lo represente.

4.2.2. Incompatibilidad para las entidades o personas que han prestado el servicio de interventoría en contrataciones anteriores con el mismo objeto.

En cuanto a la aplicación del artículo 113 de la Ley 489 de 1998 por razón de las funciones administrativas previamente desempeñadas, se analiza aquí la naturaleza de las actividades de interventoría del contrato estatal y se concluye la aplicación de la prohibición a los representantes de las entidades que han desempeñado tales funciones, para la contratación en relación con *la misma función conferida*, como es el caso del representante de la firma que ha sido la interventora anterior del contrato así como a la entidad cuyo representante ha sido el interventor anterior del mismo contrato.

Esta conclusión se funda en la naturaleza de la interventoría toda vez que la Corte Constitucional ha destacado el carácter público de la interventoría - a propósito de la aplicación del régimen disciplinario de la Ley 734 de 2002- en providencia en la que se puede apreciar que tal naturaleza pública se funda en la delegación de control sobre el contrato estatal que ocurre en cabeza del interventor, siendo un deber primigenio del Estado el de propender por los fines de la contratación estatal

en el cual le corresponden específicas funciones de dirección y control, desplegadas en muchos de los casos a través del interventor, como en las revisiones y verificaciones de cumplimiento de las condiciones de calidad y en la activación de las acciones de responsabilidad y las garantías, en los términos de los artículos 3 y 4 de la Ley 80 de 1993, por manera que siendo la interventoría del contrato estatal una función de naturaleza pública, se precisa aquí que en el mismo sentido desarrolla una función administrativa, propia de la gestión del Estado en la contratación estatal, sin distingo en cuanto se encuentre desempeñada por los servidores públicos vinculados a la propia entidad, o por particulares contratados para el efecto bajo la modalidad de contratación prevista la Ley 80 de 1993.

En el análisis de la función del interventor, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

“Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de

los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.”⁴⁹

Sobre estos aspectos la Sala advierte que a propósito de las circunstancias fácticas expuestas para el *sub lite* acerca de la posición del consorcio Comunidad y Construcción podría eventualmente examinarse la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en la mencionada Ley 489 de 1998 desde la perspectiva de las causales sobrevinientes y sus efectos⁵⁰, materia que encuentra regulación especial en el artículo 9 de la ley 80 de 1993, todo ello teniendo en consideración el ejercicio de funciones, por razón de las funciones administrativas previamente desempeñadas por su representante legal -en el año inmediatamente anterior- las cuales habrían comprendido, de una parte, la participación en la elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia para la contratación de las firmas interventoras en el mismo Proyecto y, de otra parte, la prestación de servicios de interventoría en etapas anteriores eventualmente sobre las mismas obras, cuestión que en cualquier caso se encuentra excluida del presente juzgamiento, puesto que el acto administrativo impugnado es anterior a la expedición de la citada ley.

4.4. Inhabilidades e incompatibilidades por razón de la reglamentación de la profesión.

Para abordar la pretensión de nulidad absoluta del contrato estatal, por razón de la causal prevista en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, la celebración del contrato con “*personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la Ley*”, resulta importante tener en cuenta, no sólo la ley de contratación estatal, sino también régimen de incompatibilidades e inhabilidades establecido por la Ley para el ejercicio de la respectiva profesión u oficio, en cuanto en ese ejercicio tenga lugar la celebración de un contrato estatal, por parte del respectivo profesional.

⁴⁹ Sentencia C-037/03, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*” y contra el artículo 115 (parcial) de la Ley 270 de 1996 “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”

⁵⁰ Regulada de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, mediante la imposición de la cesión del contrato.

En el caso de la reglamentación de la Ingeniería y las profesiones afines, la norma vigente para la época de los hechos era la Ley 64 de 1978, la cual no contenía una disposición sobre el particular.

A título ilustrativo se cita Ley 842 de 2003, expedida con posterioridad a la celebración del contrato impugnado en este caso, por la cual se modificó la reglamentación de la Ingeniería, sus profesiones afines y auxiliares y se adoptó un Código de Ética Profesional, en cuanto esa legislación incorporó dentro del régimen de la profesión varias causales de incompatibilidad e inhabilidad cuya violación se sanciona en los términos establecidos en el estatuto de la profesión. Estas causales pueden tipificarse en la celebración del contrato estatal que conlleve la prestación del servicio del profesional contratista, bajo la aludida prohibición legal, caso en el cual, por virtud del referido artículo 44 de la Ley 80 de 1993, procede la nulidad del contrato.

En efecto, sin dejar de advertir que se hace referencia a una legislación expedida con posterioridad a la contratación que ocupa la atención de la Sala en el sub lite- debe citarse el artículo 45 de la Ley 842 de 2003, contentivo de las referidas causales, dentro de las cuales se destaca la prohibición para actuar o asesorar en ejercicio de la profesión de ingeniero a la “parte contraria”, en relación con la misma cuestión”⁵¹, así:

“ARTÍCULO 45. RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES QUE AFECTAN EL EJERCICIO. *Incurrirán en faltas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y por lo tanto se les podrán imponer las sanciones a que se refiere la presente ley:*

a) Los profesionales que actúen simultáneamente como representantes técnicos o asesores de más de una empresa que desarrolle idénticas actividades y en un mismo tema, sin expreso consentimiento y autorización de las mismas para tal actuación;

b) Los profesionales que en ejercicio de sus actividades públicas o privadas hubiesen intervenido en determinado asunto, no podrán luego actuar o asesorar directa o indirectamente a la parte contraria en la misma cuestión;

c) Los profesionales no deben intervenir como peritos o actuar en cuestiones que comprendan las inhabilidades e incompatibilidades generales de ley.”

⁵¹ En el mismo sentido disponía la Ley 435 de 1998 para el ejercicio de la profesión de arquitectura y sus profesiones auxiliares.

No se encuentra una norma de carácter legal que hubiere consagrado con anterioridad a la Ley 842 de 2003, incompatibilidades e inhabilidades en los estatutos sobre el ejercicio de la profesión de ingeniería y afines, contenidos en la Leyes 20 de 1971 –ingeniería forestal-; Ley 14 de 1975 –profesión de técnico constructor-; Ley 18 de 1976 –ingeniería química-; Ley 64 de 1978, por la cual se reglamentó el ejercicio de la ingeniería, la arquitectura y profesiones afines⁵², Ley 28 de 1989, por la cual reguló la ingeniería pesquera; Ley 33 de 1989 por la cual se reguló la profesión de ingeniero de transportes y vías; Ley 211 de 1995, por la cual se reguló lo atinente al ejercicio de las profesiones agronómicas y forestales; Ley 392 de 1997 por la cual se reglamentó el ejercicio de la profesión de Tecnólogo en Electricidad, Electromecánica, Electrónica y afines.

Las limitaciones impuestas a los ingenieros vinculados al sector público para participar en decisiones relacionadas con servicios suministrados por ellos o sus organizaciones, surgió de alguna manera en los Códigos de Ética de Asociaciones Profesionales a las que pudieron pertenecer los ingenieros egresados de diversas facultades universitarias, quienes voluntariamente adoptaron tales reglas de conducta, lo cual en ningún caso tuvo fuerza legal, ni por lo tanto aplicación alguna frente a las causales de nulidad referidas en la Ley 80 de 1993, respecto de los profesionales que hubieren celebrado contratos incursos en las limitantes éticas referidas⁵³.

4.3. Prohibiciones para contratar con el Estado por razón en las normas anticorrupción.

⁵² Es este estatuto se fortaleció el ejercicio de la profesión exigiendo una vinculación mínima de profesionales de la Ingeniería y la Arquitectura en la ejecución determinados contratos estatales, para *encomendar* “los estudios, la dirección técnica y la ejecución de los trabajos” a profesionales que acreditaran la matrícula correspondiente.

⁵³ El *Code of Ethics for Engineers (Código de Ética del Ingeniero)*, publicado por la *National Society of Professional Engineers (NSPE)*, -revisión julio de 1996- establecía por ejemplo la prohibición de intervenir en decisiones del servicio público cuando se hubiere prestado servicios de ingeniería en el mismo asunto con anterioridad:

“4. Los ingenieros actuarán para cada empleador o cliente como agentes o fiduciarios leales.

a. Los ingenieros revelarán todos los conflictos de intereses conocidos o potenciales que puedan influir o parecer influir en su juicio o en la calidad de sus servicios.

(...)

d. Los ingenieros en el servicio público como miembros, consejeros o empleados de un cuerpo gubernamental o paraestatal no participarán en decisiones con respecto a servicios solicitados o suministrados por ellos o por sus organizaciones en la práctica privada o pública de la ingeniería.”

Dentro del panorama general de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar se recuerda que la Ley 80 de 1993 ha sido modificada y adicionada con las prohibiciones que en materia de contratación estatal se impusieron para quienes tienen o han tenido la condición de servidores públicos, en relación con los servicios de asistencia, representación o asesoría en los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo público desempeñado, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Disciplinario Único contenido en la ley 734 de 2002 y la modificación introducida por el denominado estatuto anticorrupción contenido en la Ley 1474 de 2001 que actualmente establece:

“ARTÍCULO 3o. PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.

ARTÍCULO 4o. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adiciónase un literal f) al numeral 2 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”

La Corte Constitucional, en sentencia Sentencia C-257/13, declaró exequible, frente a los cargos analizados, el inciso primero del artículo 3º de la ley 1474 de 2011, que modifica el numeral 22 de la ley 734 de 2002, en el sentido de que la expresión “*asuntos relacionados con las funciones propias del cargo*”, se aplica a las dos prohibiciones en el establecidas.

Finalmente deben citarse dentro de las disposiciones para prevenir la corrupción en la contratación estatal, las normas contenidas en la Ley 1474 de 2011 en relación con las actividades de supervisión e interventoría, especialmente las siguientes:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. *Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.*

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría.

Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

*PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.
(La negrilla no es del texto)*

ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8º, numeral 1, con el siguiente literal:

“k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.”⁵⁴

5. Pruebas

Se aportaron en copia autorizada por el Distrito Capital o en fotocopias simples cuya autenticidad no fue objeto de ninguna tacha o reparo por las partes, los siguientes documentos que deben ser valorados como prueba⁵⁵:

⁵⁴ Mediante sentencia C-434 de 2013 la Corte Constitucional declaró esta disposición condicionalmente exequible “en el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho”.

⁵⁵ En su gran mayoría las pruebas documentales que obran en el expediente se aportaron por el demandante en fotocopia simple; al respecto se tiene que si bien con anterioridad de manera reiterada esta Corporación había sostenido que las copias simples no constituían medios de convicción que pudieran tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se pretenda hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impedía su valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que la postura de la Sala fue modificada a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. aprobada el 28 de agosto de 2013, Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022

Ciertamente, en dicha providencia se indicó que la postura de la Sala quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples que han hecho parte del expediente toda vez que frente a estos “se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”.

5.1. Carta de 10 de septiembre de 1996 suscrita por el ingeniero César Eduardo Gómez, que contiene la presentación de una propuesta para la interventoría y consultoría al programa de mejoramiento barrial de Santafé de Bogotá (folios 33 a y 34 cuaderno 5).

5.2. Certificado que corresponde a la inscripción, calificación y clasificación en el Registro de Proponentes del ingeniero Cesar Eduardo Gómez Gómez, con renovación de 26 de febrero de 1996, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, con fecha 11 de septiembre de 1996.

5.3. Documento de Enfoque Técnico General de la Asesoría Técnico-Administrativa e Interventoría y Metodología para su Desarrollo (folios 49 a 82, cuaderno 5). En este documento se detallaron la organización y la interventoría ofrecida por el Consultor.

5.4. Cuadro de Propuesta Económica para la interventoría de 15 proyectos para el mejoramiento barrial

Como fundamento principal para llegar a la anterior conclusión, la Sala señaló que a partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal en cuanto éste hace énfasis especial respecto de los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que *“permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio”* lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

de Santafé de Bogotá, por valor de \$35'499.944, en la cual se relacionó el personal disponible, entre ellos los ingenieros César Eduardo Gómez G., José Javier González Gómez, Juan Carlos Fuertes, Jorge Enrique Vargas y el topógrafo Emilio Páez G.

- 5.5.** Hoja de Vida del ingeniero César Eduardo Gómez Gómez (folios 86 a 92, del cuaderno 5) en la cual relacionó la experiencia profesional como contratista independiente en diversos contratos con distintos municipios, entre junio de 1991 (Municipio de Supatá) y diciembre de 1995 (Municipio de Sesquilé).
- 5.6.** Hojas de vida de los ingenieros José Javier González Gomez, Juan Carlos Fuertes Valencia y el topógrafo Emilio Páez Cristancho (folios 98 a 109, cuaderno 5).
- 5.7.** Comunicación de 22 de octubre de 1996, suscrita por el Jefe de la División Administrativa y Financiera del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, en la cual relacionó los

servicios que requería adquirir el citado Departamento Administrativo (folio 146, cuaderno 5); así:

“ITEM 1

El departamento necesita contratar los servicios de la persona que se comprometa a ejercer la consultoría e interventoría técnica, administrativa y financiera de la Localidad 8 Kennedy Gran Britalia, Ayacucho II, América, Gran Colombiano, El Tintal, Santa Catalina, FP Socorro, Kennedy Super 8, Aloha, Villas de Kennedy, Timiza, Villa Alsacia, Carmelo, Villa Andrea, Tintalito I Sector, Carimagua.”

- 5.8.** Contrato No. 122 de 25 de octubre de 1996 (folios 21 a 27, cuaderno 5), por valor de \$35'000.000, suscrito entre el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y el ingeniero César Eduardo Gómez, el cual tuvo el siguiente objeto:

“(…) la consultoría e interventoría técnica administrativa y financiera de los proyectos que más adelante se relacionan, financiados con recursos del DAACD (...) y ejecutados por la Junta de Acción Comunal, LOCALIDAD 8 – KENNEDY de: 1. Gran Britalia; 2. Ayacucho II; 3. Américas; 4. Gran Colombiano; 5. El Tintal; 6. Santa Catalina; 7. F.P. Socorro; 8. Kennedy Super; 9. Aloha; 10. Villas de Kennedy; 1. Timiza; 12. Villa Alsacia; 13. Carmelo; 14. Villa Andrea; 15. Tintalio I Sector I; 16. Carimagua II. PARAGRAFO: Los objetos y valores de las anteriores obras figuran en los contratos respectivos.”

- 5.9.** Contrato No. 02 de fecha 2 de enero de 1997, por valor de \$51'852.000, suscrito entre el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y el ingeniero Cesar Eduardo Gómez Gómez, con duración hasta el 31 de diciembre de

1997, en el cual se lee el siguiente objeto (folios 256 a 260, cuaderno 5) :

*“El Contratista se obliga para con el **DEPARTAMENTO** a REALIZAR LA ASISTENCIA DE LA GERENCIA DEL PROYECTO OBRAS CON SALDO PEDAGOGICO DEL DEPARTAMENTO”.*

5.10. Otrosí modificatorio al contrato No. 02-97, suscrito el 7 de enero de 1997 (folios 253 y 254, cuaderno 5), mediante el cual se adicionó la cláusula segunda de las obligaciones del contratista y se incluyó el siguiente numeral:

“e) Realizar la interventoría técnica de los contratos de obra suscritos con las Juntas de Acción Comunal dentro del proyecto Obras con Saldo Pedagógico de la vigencia fiscal 1996 y que no hayan sido liquidadas por causas ajenas a los contratistas.”

5.11. Otrosí modificatorio del Contrato No. 02 de 1997, suscrito el 10 de enero de 1997 (folio 249 y 252 cuaderno 1) en el cual se modificó nuevamente la cláusula segunda de las obligaciones del contratista, incluyendo el siguiente numeral:

“f) Realizar la interventoría de los contratos de obra suscritos por el Departamento y a los que no se les haya asignado interventor”

5.12. Cuadro de verificación de los requisitos para contratación de servicios, Contrato No. 02/97, beneficiario César E. Gómez

Gómez, en cuyas observaciones se lee:

“La parte motiva del contrato establece que debido a requerimientos específicos del perfil de la persona contratada, no se convocó públicamente para la adjudicación.”

5.13. Certificaciones del Subdirector Administrativo y Financiero del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital en calidad de Supervisor del Contrato No. 02 de 1997, expedidas el 4 de agosto de 1997, 2 de septiembre de 1997, 4 de noviembre de 1997 y 15 de diciembre de 1997, acerca de la ejecución y cumplimiento a satisfacción por parte del ingeniero César Eduardo Gómez, contentivas de las autorizaciones de pago de las mensualidades correspondientes (folios 197, 204, 209 y 212, cuaderno 5).

5.14. Comunicación de agosto 25 de 1997, suscrita por los señores Cesar Gómez y Francesco Ambrosi, dirigida al Subdirector Administrativo y Financiero del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital (folios 205 y 206, cuaderno 5), en la cual presentan *“informe de actividades realizadas en el transcurso del año 1997 por*

los suscritos en cumplimiento de los contratos firmados con el DAACD”:

En la referida comunicación, los acápite correspondientes a los meses de enero a junio de 1997, relacionaron, entre otras, las actividades de: elaboración de la Cartilla Instructiva para la formulación y elaboración del proyecto Obras con Saldo Pedagógico, la realización de los talleres de capacitación de las JAC inscritas en el proceso, así como las reuniones con las distintas regionales de planeación con el fin de obtener conceptos previos acerca de viabilidad de las obras.

En el acápite correspondiente a los meses de julio y agosto, se lee:

“julio – agosto (folio 206)

Se diseñó el libro de obra, compuesto de tres partes, la contable, la de interventoría y la de aportes a la comunidad.

Se definieron los términos de referencia para la interventoría de las obras a realizar, se estudió las propuestas recibidas y se sugirió (sic) las compañías que realizarían el trabajo para efecto de la contratación del DAACD.

Se realizaron reuniones con los interventores y educadores comunitarios del DAACD para coordinar el trabajo a realizar (...).”

5.15. Comunicación de diciembre 12 de 1997 suscrita por los señores César Gómez y Francesco Ambrosi, dirigida a la Subdirección Administrativa y Financiera del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital (folios 198 a 200, cuaderno 5) la cual contiene el informe de actividades realizadas en el segundo semestre de 1997, con ocasión de los contratos celebrados por los suscritos, así:

“Con la presente presentamos el informe de actividades realizadas en el segundo semestre de 1997, por los suscritos, en cumplimiento de los contratos firmados con el DAACD.

(...)

En la actualidad está trabajando sobre los términos de referencia del proyecto Obras Con Saldo Pedagógico – 1998 del cual ya paso (sic) propuesta de convocatoria y se halla en proceso de discusión la propuesta del cronograma de trabajo y contenido de talleres.

Atentamente,

César Gómez (firmado) Francisco Ambrosi (firmado)”

- 5.16.** Póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales expedida por Seguros del Estado S.A., para amparar el Contrato No. 002 de 1997 (folio 248, cuaderno 5).
- 5.17.** Acta de 20 de febrero de 1998 contentiva de la liquidación bilateral y terminación del Contrato de Prestación de Servicios No. 002 de 1997, suscrita por la Directora del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y el ingeniero César Eduardo Gómez (folios 193 y 194, cuaderno 5).
- 5.18.** Memorando de 27 de mayo de 1998, mediante el cual la Dirección del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital solicitó al

señor Francesco Ambrosi, Coordinador del Proyecto Obras con Saldo Pedagógico el estudio previo para la apertura del Concurso de Méritos para contratar la interventoría de los contratos de obra que celebre el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital en desarrollo del mencionado proyecto (folio 370, cuaderno 5).

5.19. Estudio previo y presupuesto para contratación de interventorías de las obras a ejecutarse en el Proyecto Obras con Saldo Pedagógico, presentado a la Dirección del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital con fecha junio 5 de 1998, suscrito por Francesco Ambrosi, en condición de Coordinador General del Proyecto O.S.P., en el cual detalló los siguientes temas: estudio y diseño de las condiciones requeridas para la apertura de la respectiva licitación, con los siguientes ítems: objetivos, modalidades de selección, criterios de selección, obligaciones y presupuesto (folios 366 a 369, cuaderno 5).

5.20 Términos de Referencia del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 (folios 572 a 588, cuaderno 2).

5.21. Resolución No. 213 de 12 de junio de 1998 por la cual se ordenó la apertura del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 (folios 360 a 363, cuaderno 5).

5.22. Acta de la Audiencia de Aclaraciones en relación con el Concurso de Méritos No.001, celebrada el 3 de julio de 1998 (folios 353 a 356, cuaderno 5).

5.23. Resolución No. 237 del 6 de julio de 1998 por medio de la cual se modificó la Resolución No. 213 de 12 de junio de 1998, en el sentido de extender el plazo de la consulta de los términos de referencia y señalar el nuevo certificado de Disponibilidad Presupuestal (folio 351, cuaderno 5).

5.24. Comunicación de 10 de julio de 1998, dirigida por la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital a la Dirección del citado Departamento (folios 472 a 479, cuaderno 5), en la cual manifestó que a esa oficina no se le solicitó en su oportunidad la revisión de los términos de referencia para el Concurso de Méritos No. 01 de 1998 y se pronunció específicamente sobre las consultas que le fueron realizadas en relación con el proyecto de Adendo No. 1 de 1998, acerca de la modificación al ítem 3.6.2, de los términos de referencia en relación con la exigencia incorporada en los términos de referencia de acreditar proyectos en los que tuvieran *“participación y/o aporte de las comunidades”*. En ese concepto, la Oficina Jurídica advirtió que *“dicha exigencia es completamente irrelevante para la experiencia exigida en el contrato si se tiene en cuenta que la interventoría de cualquier obra pública es sustancialmente idéntica a aquellas en que exista aporte o participación de la comunidad.”*

5.25. Resolución No. 256 del 15 de julio de 1998 por medio de la cual se modificó la Resolución No. 213 de 12 de junio de 1998, en el sentido de precisar el valor de los términos de referencia y realizar el correspondiente adendo (folios 568 y 569, cuaderno 5).

5.26. Resolución No. 257 del 15 de julio de 1998 por medio de la cual se modificó la Resolución No. 213 de 12 de junio de 1998, en el sentido de prorrogar la fecha de cierre del Concurso de Méritos No. 01 de 1998, modificar la cláusula correspondiente a la disponibilidad de la relación de las obras adjudicadas a las diferentes Juntas de Acción Comunal y realizar el adendo respectivo (folios 563 a 565, cuaderno 5).

5.27. Comunicación de agosto 5 de 1998, dirigida a la firma Asesoría Consultoría e Interventoría Ltda., con copia a Comunidad y Construcción, Ciarquelet Ltda., Unión Temporal Dys Ltda., SVP Ingeniería, mediante la cual la Subdirección Financiera y Administrativa del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital informó acerca del Adendo No. 1 de 1998 de fecha 16 de julio de 1998, referente a lo que *“se entiende por proyectos con participación y aportes de la comunidad”*, para efectos del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 (folio 469, cuaderno 1).

5.28. Acta de Cierre del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 de fecha 10 de agosto de 1998 (folios 458 a 461, cuaderno 5).

5.29. Comunicación de agosto 25 de 1998 mediante la cual Unión Temporal Díaz – Ponce de León S.A., presentó aclaraciones respecto del acto de constitución de la referida Unión (folios 433 y 434, cuaderno 5).

5.30. Comunicación de agosto 26 de 1998, mediante la cual el Consorcio Comunidad y Construcción presentó el reglamento interno de 21 de julio de 1998, mediante el cual se reguló el referido Consorcio, entre los siguientes partícipes: César Eduardo Gómez Gómez en nombre propio; R & M Construcciones e Interventorías Ltda.; H.M.S. Ingenieros Arquitectos Ltda.; Representaciones y Servicios de Ingeniería Ltda. Resing Ltda., y Consultoría Consturherca Ltda. (Folios 435 a 439, cuaderno 5).

5.31. Resolución No. 332 de 3 de septiembre de 1998, por la cual se prorrogó la adjudicación del Concurso Público de Méritos No. 01 de 1998 (folio 371, cuaderno 5).

5.32. Comunicación contentiva de la solicitud de revaluación y calificación de los proponentes del Concurso de Méritos No. 01 de 1998, presentada el 1º de septiembre de 1998, por el Consorcio Comunidad y Construcción (folios 374 a 385, cuaderno 5).

5.33. Comunicación de septiembre 2 de 1998, mediante la cual la sociedad Ciarquelet presentó observaciones a la calificación del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 (folio 29, cuaderno 3).

5.34. Comunicación de septiembre 2 de 1998, mediante la cual el proponente Unión Temporal Díaz – Ponce de León presentó observaciones a la evaluación del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 (folios 405 y 406, cuaderno 5).

5.35. Cuadro de Estudio Técnico el cual contiene el resumen de la calificación del concurso de Méritos No. 01 de 1998, suscrita el 4 de septiembre de 1998 presentado por el Comité Evaluador integrado por Sandra Lucía Cifuentes, Jorge León Díaz y Francesco Ambrosi (folio 396, cuaderno 5), contentivo de los siguientes puntajes:

Ciarquelet Ltda	Consortio Comunidad y Construcción	Unión Temporal Díaz y Ponce de León S.A.
493	690	553

5.36. Actas de 3 y 7 de septiembre de 1998 de la Junta de Licitaciones del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, las cuales dan cuenta de las reuniones realizadas para el análisis de las observaciones de los proponentes en el Concurso de Méritos No. 01 de 1998 (folio 386 a 392, cuaderno 5).

5.37. Memorando de septiembre 4 de 1998 que contiene el informe del Comité Técnico Evaluador a la Junta de Licitaciones y Adquisiciones del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, en relación con las observaciones de la sociedad Ciarquelet Ltda., y el consorcio Comunidad y Construcción (folios 341 y 342, cuaderno 2).

5.38. Comunicaciones de septiembre 15 de 1998, mediante las cuales el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital citó a cada uno de los proponentes a la Audiencia Pública de adjudicación del Concurso de Méritos No. 001 de 1998, que se llevaría a cabo 17 de septiembre de 1998 (folios 418 a 420, cuaderno 1).

5.39. Resolución No. 366 de 17 de septiembre de 1998, por la cual se adjudicó el Concurso Público de Méritos No. 01 de 1998 para la interventoría técnica y administrativa de los contratos celebrados por esta entidad en desarrollo del proyecto “obras con saldo pedagógico” al consorcio Comunidad y Construcción, previo a lo cual en las consideraciones de la Resolución se decidió sobre las

observaciones de los proponentes y se llegó a la asignación de los siguiente puntajes en la evaluación de propuestas:

Factores de Evaluación	PUNTAJE MÁXIMO	CIARQUELET LTDA.	CONSORCIO COMUNIDAD Y CONSTRUCCIÓN	UNION TEMPORAL DIAZ PONCE DE LEON S.A.
Experiencia general del Proponente	70	70	70	70
Experiencia Específica del Proponente	160	160	160	160
Experiencia profesionales propuestos	450	201	385	229
Cumplimiento en Contratos	120	95	75	120
Propuesta Económica	200	173,33	160	180
TOTAL	1000	659,33	850	759

Con esta Resolución se adjuntó constancia de notificación personal realizada el 22 de septiembre de 1998 al representante legal del consorcio Comunidad y Construcción (folios 283 a 340, cuaderno 5).

5.40 Comunicación C.10718 del 18 de septiembre de 1998, suscrita por el Secretario de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones de la Alcaldía Mayor de Bogotá, dirigida a la sociedad Ciarquelet Ltda., con la cual adjuntó para “*su conocimiento y fines pertinentes*” fotocopia de la Resolución No. 366 de septiembre 17 de 1998, mediante la cual se adjudicó el concurso de méritos No. 01 de 1998 al Consorcio Comunidad y Construcción (folio 2, cuaderno 3)

5.41. Contrato No. 063 suscrito el 7 de octubre de 1998 por el ingeniero César Eduardo Gómez Gómez como representante legal del Consorcio Comunidad y Construcción, en el cual se lee:

“CONTRATO DE INTERVENTORÍA CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ACCIÓN COMUNAL DISTRITAL Y EL CONSORCIO COMUNIDAD Y CONSTRUCCIÓN PARA LA INTERVENTORÍA TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRE ESA

ENTIDAD EN DESARROLLO DEL PROYECTO "OBRAS CON SALDO PEDAGÓGICO".

(...)

"CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO: Por el presente contrato el contratista se compromete con el Departamento a realizar la interventoría técnica y administrativa de los contratos que celebre esta entidad en desarrollo del proyecto "obras con saldo pedagógico" en las condiciones establecidas en este contrato, en la propuesta del contratista y en el pliego de condiciones, según lo previsto en la ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios."

5.42. Registro Distrital de Octubre 22 de 1998 aportado con oficio obrante, al folio 160 del cuaderno 3, publicado por la Alcaldía Mayor de Bogotá, en el cual aparece el extracto del contrato No. 063 de 1998 (página 45).

Otras pruebas

Dictamen Pericial presentado por los peritos contadores públicos con fecha 21 de mayo de 2001 y aclaración al mismo radicada el 28 de agosto de 2001 (cuaderno No. 4).

6. El caso concreto.

6.1. Las inhabilidades del representante legal del Consorcio.

Se acreditó en el presente proceso que con anterioridad a la apertura del Concurso de Méritos No. 01 de 1998 el ingeniero César Gómez Gómez celebró y ejecutó dos contratos con el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, a saber:

- i)** Contrato No. 122 de 25 de octubre de 1996, por valor de \$35'000.000 y plazo hasta el 31 de diciembre de 1996.
- ii)** Contrato No. 02 de fecha 2 de enero de 1997 por valor de \$51'852.000, con plazo hasta el 31 de diciembre de 1997, en el cual se lee el siguiente objeto (folios 256 a 260, cuaderno 5) :

"El Contratista se obliga para con el DEPARTAMENTO a REALIZAR LA ASISTENCIA DE LA GERENCIA DEL PROYECTO OBRAS CON SALDO PEDAGOGICO DEL DEPARTAMENTO".

En la cláusula segunda de este contrato se relacionaron las siguientes obligaciones a cargo del contratista:

- a) *Coordinar el proceso de Interventoría y Consultoría del Proyecto de Obras con Saldo Pedagógico,*
- b) *Apoyar la ejecución del proyecto de Obras con Saldo Pedagógico durante la vigencia 1997,*
- c) *Apoyar los proyectos de capacitación que desarrolle el proyecto Obras con Saldo Pedagógico,*
- d) *Apoyar los proceso de capacitación de constructores de la Escuela de Tejedores de Sociedad,*
- e) *Las demás que surjan de la ejecución del contrato.*

El citado contrato fue objeto, a su vez, de dos modificaciones:

Otrosí modificatorio al contrato No. 02-97, suscrito el 7 de enero de 1997 (folios 253 y 254, cuaderno 5), mediante el cual se adicionó la cláusula segunda de las obligaciones del contratista y se incluyó el siguiente numeral:

“e) Realizar la interventoría técnica de los contratos de obra suscritos con las Juntas de Acción Comunal dentro del proyecto Obras con Saldo Pedagógico de la vigencia fiscal 1996 y que no hayan sido liquidadas por causas ajenas a los contratistas.”

Otrosí modificatorio del Contrato No. 02 de 1997, suscrito el 10 de enero de 1997 (folio 249 y 252 cuaderno 1), en el cual se modificó nuevamente la cláusula segunda de las obligaciones del contratista, incluyendo el siguiente numeral.

“f) Realizar la interventoría de los contratos de obra suscritos por el Departamento y a los que no se les haya asignado interventor”.

Como se desprende de los anteriores documentos, la condición del ingeniero César Gómez Gómez fue la de contratista, no la de funcionario del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital en los dos años anteriores a la fecha en que se abrió el Concurso de Méritos No. 01 de 1998 y, por otra parte, no se

demonstró vinculación alguna a cargo o empleo en el citado Departamento Administrativo, lo cual constituyó causa para desechar los cargos de nulidad presentados por el demandante en la sentencia de primera instancia, de cara al artículo 8 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, a lo cual se acogerá la Sala en tanto esta decisión se encuentra ajustada a la ley vigente al momento de la adjudicación y celebración del contrato estatal.

En efecto, de acuerdo con los contratos anteriormente citados, los informes y las constancias de ejecución aportadas al proceso, se tiene probado que el ingeniero César Gómez Gómez ejecutó actividades de interventoría similares a las referidas en el Concurso de Méritos No. 01 de 1998, en cuanto se le asignó la interventoría técnica de los contratos suscritos en 1996 y 1997, en relación con obras del mismo Proyecto que no se hubieren liquidado en vigencias anteriores, de lo cual sólo puede concluirse que tenía experiencia como contratista anterior del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital en el mismo proyecto, más no en las mismas obras para las que se requería la interventoría en el Concurso de Méritos No. 01 de 1998, las cuales correspondían a las obras que se contrataran en la vigencia de 1998.

La circunstancia mencionada de manera alguna se identifica como una incompatibilidad para celebrar el Contrato de Interventoría No. 063 de 1998, de conformidad con la normatividad vigente en, toda vez que el ingeniero César Gómez Gómez no estuvo desempeñando un cargo o empleo público con la entidad contratante durante el año anterior, ni se puede inferir que el contrato por él celebrado fue un contrato que le hubiera dado la condición de servidor público y, por lo tanto hubiere generado la consecuente incompatibilidad en los términos de la Ley 80 de 1993.

Se advierte además que el Contrato de Prestación de Servicios No. 02 de 1997 terminó el 31 de diciembre de 1997 y fue liquidado por acta bilateral suscrita entre el ingeniero César Gómez Gómez y el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, el 20 de febrero de 1998, esto es tres (3) meses antes de que se solicitaran los estudios previos para la apertura del Concurso de Méritos No. 01 de 1998, mediante memorando del 27 de mayo de 1998, los cuales a su turno fueron entregados por el Coordinador del Proyecto el 5 de junio de 1998, sin participación alguna del ingeniero César Gómez Gómez, cuyo vínculo contractual

había terminado, según se puede observar en la relación de pruebas contenidas en este providencia⁵⁶.

Por lo tanto, las pruebas aportadas no permiten inferir que la participación del ingeniero César Gómez Gómez como contratista del Departamento de Acción Comunal Distrital hubiera tenido lugar en la elaboración de los pliegos de condiciones utilizados para el Concurso de Méritos No. 01 de 1998.

También impone resaltar que de los mismos contratos e informes relacionados con el Proyecto Obras con Saldo Pedagógico, se desprende que el proyecto se refirió a una estrategia para la participación comunitaria, la cual se fue desarrollando a través de diversas obras contratadas en forma independiente de acuerdo con los proyectos presentados por las Juntas de Acción Comunal de las distintas localidades del Distrito, en distintas vigencias presupuestales.

En este proceso no se identificó cuáles fueron las obras asignadas al Contrato de Interventoría No. 063 de 1998, ni se pudo establecer que los pliegos de condiciones que se habían trabajaron con la participación del ingeniero César Gómez Gómez, hubieran sido los mismos que se utilizaron como base para definir los Términos de Referencia del respectivo Concurso de Méritos No. 01 de 1998.

Vale la pena reiterar que tanto la Resolución No. 366 del 17 de septiembre de 1998, como el Contrato de Interventoría No. 063 suscrito el 7 de octubre de 1998 tuvieron lugar antes de la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el artículo 113 de la Ley 489 de 1998, expedida el 29 de diciembre de 1988, razón por la cual no procede una aplicación retroactiva de la ley y, en gracia de discusión, la expedición posterior de la norma sólo habría dado lugar a una prohibición sobreviniente para continuar con la ejecución del contrato durante el período cobijado por la inhabilidad.

6.2. La calificación de los profesionales.

La sociedad demandante alegó que en la Resolución No. 366 de 1998 el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital incurrió en una

⁵⁶ Pruebas relacionadas en los numerales 5.9., 5.17 y 5.18.

transgresión de los términos de referencia, toda vez que a uno de los profesionales del equipo presentado no le fue ajustado el puntaje asignado, de acuerdo con lo solicitado en su oportunidad, a pesar de haber aceptado en la Resolución citada el reconocimiento del ajuste y de que una especialización similar a la acreditada por el candidato en cuestión sí fue reconocida en el puntaje asignado a otro especialista perteneciente al equipo del consorcio adjudicatario del contrato, Comunidad y Construcción.

El argumento resulta infirmado por las siguientes razones:

Sea lo primero indicar que en la demanda no se identificó el nombre del referido profesional, ni el puntaje particular que habría sido asignado, por lo cual la Sala entró a verificar el contenido de la Resolución No. 366 de 1998 y la solicitud de ajuste de puntajes presentada por la sociedad Ciarquelet Ltda., con ocasión de lo cual encontró el siguiente caso que coincide con los hechos relacionados en la demanda:

“Arquitecto Jairo Alfonso Torralba: No se aceptan las observaciones y no se corrige el puntaje, ya que se aceptó la maestría en Planeación y Administración del Desarrollo Regional.”
(Folio 54, cuaderno 3).

Para el análisis del puntaje asignado se tiene en cuenta el siguiente contenido de los términos de referencia (folio 110, cuaderno 3):

“El proponente es libre de establecer el número de profesionales a utilizar en el desarrollo de los trabajos de acuerdo con el enfoque de la organización que dé a los mismos, lo que estará sujeto a la revisión y aprobación del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ACCIÓN COMUNAL DISTRITAL; sin embargo, deberá contar como mínimo con el siguiente personal profesional:

(...)

Para cada treinta y tres (33) obras adjudicadas a ejercer la interventoría:

Un (1) ingeniero o Arquitecto Especialista en el área de Urbanismo matriculado, con experiencia general de tres (3) años, de los cuales debe demostrar como mínimo un año de experiencia específica al título correspondiente. (folio 111, cuaderno 3).

Los estudios de post-grado se acreditarán mediante fotocopia de los diplomas respectivos o certificado de obtención del título correspondiente.

(...)

3.6.3. Experiencia de los profesionales: 450 puntos

A continuación se consignan los parámetros generales de calificación, así

Ingeniero o arquitecto especialista 60 puntos.

Por experiencia general (según formularios 4B1 y 4B2): El puntaje máximo por cada ingeniero o arquitecto será de 20 puntos.”

De lo anterior se colige que la calificación máxima posible por experiencia de cada profesional especializado era de 20 puntos, el puntaje por la formación académica requerida y debidamente acreditada con los títulos era de 40 puntos, y el puntaje total máximo posible por profesional especialista era la sumatoria de los dos anteriores, esto es de 60 puntos.

Ahora bien, acerca de la prueba de la condición de especialista del arquitecto Torralba, falló la sociedad demandante, toda vez que en relación con este profesional, en el presente proceso se aportaron únicamente los siguientes documentos anexos al dictamen de los peritos: una carta de compromiso suscrita por el arquitecto y el formulario No. 4 diligenciado por él mismo como especialista en urbanismo, sin diploma o certificación alguno anexos para comprobar el grado de especialización que se alegó como desconocido en la respectiva calificación (folios 164 a 168 cuaderno 4).

Además de ello, la supuesta violación en la asignación de puntaje no se aprecia en el acervo probatorio, dado que no se allegaron al proceso los cuadros de calificación individual de cada uno de los profesionales del equipo, de manera que sólo se conoce el total de la calificación y, por lo tanto, no se allegaron elementos de juicio que permitan corroborar la afirmación del demandante.

No obstante, aún si se sumaran los puntos presuntamente faltantes en la calificación (40), correspondientes al grado de especialización de un profesional referido en la demanda, la propuesta de la sociedad demandante no llegaría a superar el puntaje que logró la propuesta del Consorcio Comunidad y Construcción, si se tiene en cuenta el siguiente cuadro de calificación.

Factores de Evaluación	PUNTAJE MÁXIMO	CIARQUELET LTDA. según	CIARQUELET LTDA suponiendo el puntaje	CONSORCIO COMUNIDAD	Y
------------------------	----------------	------------------------	---------------------------------------	---------------------	---

		Resolución 366	No.	ajustado experiencia profesional	en de la un	CONSTRUCCIÓN
Experiencia general del Proponente	70		70		70	70
Experiencia Específica del Proponente	160		160		160	160
Experiencia profesionales propuestos	450		201		241	385
Cumplimiento en Contratos o	120		95		95	75
Propuesta Económica	200		173,33		173,33	160
TOTAL	1000		659,33		739,33	850

6.3. Errores en la aplicación de la media geométrica.

En la demanda se afirmó:

“La entidad incurrió en error al aplicar la media geométrica, fórmula contemplada dentro de los términos de referencia para obtener una calificación por experiencia específica, hecho que se comprueba claramente con las certificaciones 069/97, 050/97 y 00188/97, contratos ejecutados por la firma R & M, que no cumplen con el objeto planteado.”

Sea lo primero indicar la inconsistencia del hecho planteado si se tiene en cuenta que la fórmula de la media geométrica se aplicó en el Concurso de Méritos No. 01 de 1998, en relación con el ítem de *valor de la propuesta*, más no en la calificación de la *experiencia específica*, la cual se realizó con base en el valor presente de los contratos acreditados.

No obstante, la Sala evaluará a continuación la aplicación de la media geométrica y la calificación de experiencia específica para atender los dos conceptos que fueron mencionados en la demanda.

La aplicación de la media geométrica fue objeto de explicación detallada en la Resolución No. 366, en relación con el numeral 3.6.5. de los Términos de Referencia, acerca de lo cual el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital explicó que inicialmente, a raíz de las observaciones de los proponentes, se produjo un adendo que introdujo la fórmula de la media geométrica, pero advirtió que en esa oportunidad se omitió una parte de la fórmula (folio 72, cuaderno 3), toda vez que no se especificaron los rangos de asignación de puntaje para las

propuestas que se ubicaran *por encima* de la media geométrica, ante lo cual en el mismo acto de adjudicación consideró el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital que en aras de la claridad exigida en los términos de referencia, por razón del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, debía establecer y aplicar los rangos usualmente utilizados en su contratación para asignar el puntaje correspondiente, respecto de lo cual indicó:

*“El numeral 3.6.5. de los términos de referencia fue modificado por el Adendo 001 de 1998, con base en las sugerencias surgidas de la audiencia de aclaraciones celebrada el día 3 de julio de 1998. **Al producirse el mencionado Adendo se omitió la parte final de la fórmula usualmente aplicada** para la valoración de aquellas propuestas que siendo inferiores al presupuesto oficial superaban el valor de la media geométrica de las mismas. La razón por la cual fueron aplicados en forma usual los criterios de evaluación con fundamento en la media geométrica es principalmente la de preferir aquellas propuestas que se encuentren lo más cerca posible de la media, buscando castigar las que puedan considerarse artificialmente bajas o altas. **En los procesos de selección de contratistas adelantados por este Departamento se da preferencia a las propuestas que se encuentran por debajo de la media geométrica y se castiga en forma lineal a las que superan dicho valor.**”*

(...)

***Completando la fórmula general de la media geométrica en relación con las propuestas que se hallan en el rango comprendido entre 100 al 115% se asigna un puntaje entre 0 y 200 utilizando una relación lineal.** Por lo tanto las propuestas presentadas por el consorcio Comunidad y Construcción y la firma Ciarquelet Limitada obtienen una calificación de 160 y 173, 33 puntos respectivamente. “ (La negrilla no es del texto).*

De la lectura de la anterior explicación la Sala advierte una transgresión del pliego de condiciones por parte de la entidad estatal contratante, aquí demandada, en tanto que la fórmula de la media geométrica expresada en el adendo a los Términos de Referencia del Concurso de Méritos No. 01 de 1998, fue *complementada* con otra mediante la cual se crearon franjas o agrupaciones de datos para asignar puntaje por rangos porcentuales, así:

“Las propuestas que estén entre 95 y 100% de la media geométrica (G) tendrán 200 puntos.

Las propuestas con valores totales comprendidas entre el 100 y el 115% de la media geométrica (G) tendrán entre doscientos (200) puntos y cero (0) puntos, utilizando una relación lineal.

Las propuestas con valores totales superiores al 115% de la media geométrica (G) tendrán cero puntos. “

Se observa que, de acuerdo con la consideración del Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital, en la definición inicial de la fórmula matemática de la media geométrica sólo se hizo referencia al rango de datos que se ubicara por debajo de la media, al paso que en el momento de la calificación se introdujo un rango de 15% hacia arriba de la media geométrica, el cual independientemente del criterio de equidad perseguido, no fue incorporado en los criterios de evaluación de las propuestas, ante lo cual el único criterio aplicable para el puntaje asignado al precio era el de la relación lineal entre el dato de la propuesta y el de la media geométrica, sin aplicación del rango alguno, el cual se introdujo en el momento mismo de la calificación, por fuera de la oportunidad para aclarar los Términos de Referencia y en forma sorpresiva para los proponentes.

Lo anterior constituyó una falta de la entidad contratante ahora demandada, al principio de transparencia previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en cuanto le correspondía haber comunicado y aplicado reglas claras y completas para las fórmulas matemáticas de calificación de propuestas.

Sin embargo, la sociedad demandante no concretó cargos por esta irregularidad, puesto que su referencia a la violación de la media geométrica se realizó para impugnar el puntaje asignado a la experiencia específica en la cual realmente no tuvo lugar el cálculo de la mencionada media geométrica sino la determinación del valor presente de los contratos, de acuerdo con los pliegos de condiciones y la calificación realizada en la Resolución No. 366 de 1998.

Además, la Sala encuentra que esta variación consistente en la introducción de rangos para estimar la relación lineal con la media geométrica no tuvo relevancia en el caso específico de la calificación de la sociedad ahora demandante, ni en la del consorcio ganador y, por lo tanto, concluye que –aunque sea reprochable en tanto fue incorporada una variación de la fórmula en el momento de la calificación- ello no resulta suficiente para determinar la anulación del acto administrativo de adjudicación, toda vez que ambas propuestas estaban situadas en el mismo rango -de 100 a 115%- y en esa franja la asignación lineal de las posiciones correspondía a lo inicialmente previsto en el pliego, teniendo en cuenta que allí se dispuso en ese caso que las propuestas *“tendrán entre doscientos (200) puntos y cero (0) puntos, utilizando una relación lineal.”*

Además, se observa que la mejor propuesta de valor del contrato en relación con la media geométrica la alcanzó el tercer proponente, situado en el 94,32% en la franja por debajo de la media, debidamente prevista y por su parte la sociedad Ciarquelet Ltda., obtuvo el segundo mayor puntaje en el valor de la propuesta (173,33) superando el asignado al consorcio Comunidad y Construcción (160), no obstante lo cual dicho consorcio consiguió el mejor puntaje total en la calificación final y resultó ganador.

Así las cosas no prosperan los cargos por indebida aplicación de la media geométrica.

6.4. Calificación de la experiencia específica

En relación con los ataques de la sociedad demandante a la calificación de la experiencia específica de los proponentes en el concurso de méritos, concentrados en que algunos contratos de los otros proponentes no reunían el requisito de referirse a proyectos con aporte de la comunidad, que se aceptaron contratos respecto de los cuales se adjuntó el texto mas no una certificación específica y que algunos contratos obtuvieron un puntaje mayor al que correspondía con base en el cálculo de su valor presente, se observa que en el curso del proceso falló completamente el despliegue probatorio de las imputaciones planteadas por la sociedad demandante para corroborar tales afirmaciones, como hizo notar el Tribunal *a quo* en la sentencia de primera instancia.

Se observa aquí que aunque en la demanda se mencionaron contratos específicos y se aportó un cuadro de análisis de calificación de experiencia de los

partícipes del consorcio Comunidad y Construcción, ninguno de los contratos relacionados fue aportado al proceso y tampoco se allegó la asignación de puntaje realizada por la entidad contratante a cada uno de los contratos, de lo cual se concluye que la sociedad demandante no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y sus afirmaciones y cálculos no constituyeron elementos de juicio suficientes para revisar la asignación del puntaje asignado por experiencia específica.

Por otra parte, se tiene que en la Resolución No. 366 de 1998 el Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital hizo constar el reexamen de los contratos glosados y señaló los que no se tuvieron en cuenta, lo cual finalmente no afectó la calificación por razón de la experiencia específica, la cual alcanzó el máximo puntaje para los tres proponentes, cuál era el de 160 puntos.

6.5. Improcedencia de la indemnización de perjuicios.

La Sala ha establecido que en el presente caso, teniendo en cuenta que la demanda se presentó por fuera del término de 30 días hábiles a partir de la comunicación del acto de adjudicación, no procede el estudio de las pretensiones acerca de la indemnización de perjuicios; no obstante lo cual se observa que las mismas tampoco habrían tenido éxito por cuanto para abrir paso al perjuicio por la ilegalidad del acto de adjudicación y por lo tanto del contrato mismo, se requiere de manera indispensable y previa demostrar su ilegalidad, cosa que no se logró en este caso y, por ello, el acto demandado permanece incólume amparados por la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos.

6.6. Objeciones al Dictamen

Por las razones expuestas, el Dictamen Pericial obrante en este proceso no requiere ser valorado, en tanto se refirió a la tasación de los daños causados a partir de un supuesto acto ilegal de adjudicación, presupuesto indispensable que no se probó en este proceso.

No obstante, teniendo en cuenta que la entidad demandada presentó objeciones al Dictamen Pericial, las cuales se debieron resolver en la sentencia de primera instancia, asunto que no se encontró específicamente desatado y que tampoco fue objeto de apelación, se hará una mención al contenido de las objeciones, con el propósito de precisar los conceptos referidos en torno a este tipo de prueba,

- i) Acerca de los soportes relacionados con los gastos por trabajos de los señores William René Garzón y Jairo Martínez Pineda, se tiene que en el dictamen se identificaron y anexaron unos comprobantes de pago por concepto de servicios técnicos además de una certificación del contador público de la sociedad demandante (folio 15, cuaderno 4), los cuales

constituyen fuentes probatorias idóneas para acreditar los gastos realizados por la sociedad demandante, en los términos del artículo 68 del Código de Comercio y por lo tanto no existió error ni imprecisión de los peritos en su incorporación al dictamen.

- ii) En cuanto a la objeción acerca de la presentación subjetiva del estimativo de utilidad esperada, se tiene que en el peritazgo se utilizó como fuente el registro de proponentes realizado por la sociedad demandante, el cual tratándose de un registro público que no presentaba impugnación o cuestionamiento, se debe considerar como una fuente de información objetiva para la labor del perito.

Sin embargo, lo anterior no significa que la Sala avale la metodología de cálculo que se presentó en el dictamen practicado en este proceso y en especial debe llamar la atención acerca de la inclusión del ítem de *ingresos por contrataciones futuras* dentro del daño causado por la adjudicación supuestamente ilegal, toda vez que el cálculo de ingresos futuros se realizó a partir de un estimativo de la contratación proyectada realizado por la propia demandante, sin soporte en los registros del negocio en marcha ni identificación de las bases de proyección financiera, amén de que aun habiendo soportado técnicamente los datos financieros, tales conceptos acerca de las utilidades futuras por otras contrataciones no guardaban relación de causalidad con los actos impugnados en este proceso y no se debían acumular a las utilidades dejadas de recibir por razón de la frustrada contratación.

Como consecuencia de todo lo dicho se concluye que la Sala debe desestimar la objeción formulada en contra del dictamen pericial y en esa situación es claro que debe proceder a confirmar la sentencia apelada.

7. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta 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 hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- DESESTIMAR la objeción que por error grave formuló la entidad demandada contra el dictamen pericial presentado en este proceso.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el treinta (30) de julio de 2003 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA