**GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA – Seguro de cumplimiento – Alcance**

La garantía de seriedad de la oferta corresponde a la figura de un seguro de cumplimiento, donde el asegurador responde por los perjuicios patrimoniales que le causen al asegurado o beneficiario (Administración) como consecuencia de la inejecución de la obligación afianzada. El tomador (proponente) de la garantía de seriedad de la oferta le garantiza a la entidad estatal, persona asegurada, entre otras cosas, la celebración del contrato en el evento de resultar adjudicatario. En ese sentido el proponente le garantiza a la entidad contratante el cumplimiento de su oferta. En el ordenamiento jurídico, los diferentes Estatutos Contractuales han incluido la garantía de seriedad de la oferta como figura fundamental para otorgar credibilidad y seriedad a los procesos de selección.

**GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA – Ley 80 de 1993 – Aspectos regulados**

De acuerdo a lo anterior, a partir de la Ley 80 de 1993 y su reglamento se desarrollaron de forma más clara y completa los puntos referentes al concepto de garantía de seriedad de la oferta, forma de constituirla, objeto, vigencia y sus efectos, pues recuérdese que en un principio se concibió la figura dentro del contrato de seguro de cumplimiento, relacionado con la ejecución de las obligaciones contractuales.

**SEGURO DE CUMPLIMIENTO – Características**

De lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta la literalidad de los artículos de la Ley 80 y el Decreto reglamentario, pueden enumerarse como características de este seguro de cumplimiento, las siguientes: i) Es una garantía que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas con la presentación de la oferta. ii) Deben estar aprobadas por parte de la entidad estatal, generalmente mediante acto administrativo. iii) Usualmente la vigencia de la garantía será durante la vida de la oferta. iv) Debe ajustarse a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado, es decir, como la no suscripción del contrato, entre otras conductas que pueden ser afianzadas. v) Está constituida por una póliza expedida por una compañía de seguros autorizada, una garantía bancaria o mediante la figura del patrimonio autónomo.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO – Naturaleza jurídica – Conceptos**

Es un acto administrativo por medio del cual se produce la escogencia del futuro contratista y que justifica todo el proceso de selección que inició con el acto de apertura del proceso de selección. Esta manifestación de voluntad debe materializarse a través de un acto motivado, en el que quedarán plasmados todos los razonamientos (de hecho y de derecho) que conllevaron a la Administración a tomar la decisión de seleccionar a determinado oferente para la ejecución del contrato ofrecido, en contra de las demás ofertas presentadas. A partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación, nacen obligaciones y derechos correlativos entre la Administración y el futuro contratista.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO – Procedimiento de selección – Consecuencias jurídicas – Partes intervinientes**

El acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento de selección: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario -irrevocabilidad de la oferta; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones o términos de referencia, entre otros, directamente relacionados con la celebración misma del negocio jurídico.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

##### Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ(E)

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00472-01(28647)**

**Actor: CONSORCIO INGENIERIA Y GEOTECNIA LTDA. Y OTRO**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el consorcio demandante contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda. y Carlos Aurelio Hernández Barragán, en adelante -el demandante o consorcio-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda –folios 11 a 39 cuaderno 1- contra el Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –folios 20 a 21 cuaderno 1-:

“PRETENSIONES

“**PRIMERA:** Decretar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No 004590 de 27 de octubre de 1999, proferida por el Director del Instituto Nacional de Vías, ‘POR LA CUAL SE DECLARA OCURRIDO EL SINIESTRO Y SE ORDENA HACER EFECTIVA LA POLIZA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA TÉCNICA PRESENTADA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PARA EL ESTUDIO DE AUSCULTACIÓN DE LA ‘ZONA A’, QUE COMPRENDE LAS REGIONALES: CAQUETÁ, CAUCA, CHOCÓ, HUILA, NARIÑO, PUTUMAYO, QUINDÍO, RISARALDA Y VALLE, PARA LA MEDICIÓN DE LA RUGOSIDAD, DEFLEXIÓN, GRANULOMETRÍA, ELASTICIDAD, CBR Y ESTRUCTURA DE LA RED PAVIMENTADA Y NO PAVIMENTADA A CARGO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS’, y consecuentemente la nulidad de la Resolución No 00525 de 16 de diciembre de 1999, mediante la cual se resolvió desfavorablemente el Recurso de Reposición presentado por el Consorcio Ingeniería y geotecnia Ltda., - Carlos Hernández Barragán.

“**SEGUNDA:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y del grave desconocimiento de las normas legales y contractuales por parte del Instituto Nacional de Vías, se le condene a pagar al Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda., - Carlos Hernández Barragán a título de indemnización de perjuicios materiales compensatorios todos los daños patrimoniales sufridos, los cuales se estiman a continuación:

“**EL DAÑO EMERGENTE:**

“DIECIOCHO MILLONES CIEN MIL PESOS ($18’100.00,00) (sic) M/CTE

**“LUCRO CESANTE:**

“1. De INGENIERÍA Y GEOTECNIA LTDA., por el efecto de la inhabilidad que injusta e ilegalmente pretende aplicar el INVIAS, dejaría de percibir como mínimo **TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE ($3.433’256.142,oo),** que corresponden al equivalente en pesos de TRECE MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE CON CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (13.199,45 S.M.L.M.V), suma que resulta del estimativo efectuado mediante la proyección de la facturación de los últimos CINCO (5) años con entidades estatales.

“2. Del ingeniero CARLOS AURELIO HRNANDEZ (sic) BARRAGÁN, por efecto de la inhabilidad que injustamente pretende aplicar el INVIAS, dejará de percibir como mínimo **UN MIL NOVECIENTOS QUINCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS M/CTE ($1.915.665.960,oo)** que corresponden al equivalente en pesos de SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTAY (sic) CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (7.365 S.M.L.M.V.), suma que resulta del estimativo efectuado mediante la proyección a cinco (5) años de la facturación del último año con entidades estatales.

“**TOTAL LUCRO CESANTE:** CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIDÓS MIL CIENTO DOS PESOS M/CTE ($5.348’922.102,oo).

“Es claro que las sumas correspondientes al lucro Cesante, son estimativos sobre la base de cinco (5) años de imposibilidad de suscribir contratos con entidades Estatales y por lo tanto esta pretensión en su cuantía dependerá de lo que a través de una Inspección Judicial con intervención de peritos, el Tribunal encuentre probada.

“**TERCERA:** Que las sumas pretendidas se deberán actualizar entre la fecha de su pago efectivo, atendiendo al incremento del Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

“**CUARTA:** El Instituto Nacional de Vías deberá pagar al Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda., - Carlos Hernández Barragán, intereses comerciales moratorios de las sumas reconocidas en la Sentencia desde la ejecutoria de ésta y hasta la fecha de su pago efectivo.

“**QUINTA:** Se reconozca y pague el **Daño Moral**, monto de la desvalorización del activo de la empresa Ingeniería y Geotecnia Ltda. y del Ingeniero Carlos A Hernández Barragán., representada en su Good Will y buen nombre, causado por razón de la antijurídica decisión de hacer efectiva una Garantía de Seriedad de Propuesta, dentro del Proceso de selección para la contratación de ‘EL ESTUDIO DE AUSCULTACIÓN DE LA ‘ZONA A’, QUE COMPRENDE LAS REGIONALES: CAQUETÁ, CAUCA, CHOCÓ, HUILA, NARIÑO, PUTUMAYO, QUINDÍO, RISARALDA Y VALLE, PARA LA MEDICIÓN DE LA RUGOSIDAD, DEFLEXIÓN, GRANULOMETRÍA, ELASTICIDAD, CBR Y ESTRUCTURA DE LA RED PAVIMENTADA Y NO PAVIMENTADA A CARGO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS’, adoptada por el Instituto Nacional de Vías, con una suma equivalente a DOS MIL (2.000) gramos oro, en pesos colombianos, según el criterio adoptado por la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

“La precitada medida sancionatoria, en la medida que truncó el desarrollo normal del proceso de selección e impidió la suscripción del respectivo contrato y además inhabilitó durante cinco años, afecta gravemente el nombre de la empresa, sus socios, y el del consorciado Ingeniero Carlos A Hernández Barragán, echando al traste su posicionamiento en el mercado de la Ingeniería, en el futuro inmediato. Frente a esta pretensión, se estará a lo que a través de un dictamen pericial se compruebe sobre el efecto nocivo de la decisión del Instituto Nacional de Vías en mis poderdantes.

“**SEXTA:** Que se condene al instituto Nacional de vías al pago de las costas del juicio”. –Folios 21 y 22 del cuaderno 1-

2. Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. Mediante aviso fijado el 12 de julio de 1999, el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, informó sobre la convocatoria de un proceso de contratación directa de una “consultoría para el estudio de auscultación de las zonas ‘A’, ‘B’, y ‘C’ para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR, estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del Instituto Nacional de Vías.

2.2. A la anterior convocatoria se presentaron muy pocos proponentes, por la dificultad de cumplir con uno de los requisitos de los términos de referencia, relativo a la acreditación de la propiedad de los equipos necesarios para realizar los estudios a ejecutar, motivo por el que el INVIAS, mediante aviso del 22 de julio de 1999, convocó nuevamente a que se presentaran ofertas, exigiendo en lugar de la acreditación de la propiedad del equipo, la demostración de su disponibilidad.

2.3. La sociedad Ingeniería y Geotecnia Ltda., y el Ingeniero Carlos Hernández Barragán, bajo la forma asociativa de consorcio, presentaron propuesta dentro del proceso contractual descrito.

Desde que se adquirieron los términos de referencia y durante la etapa de preparación de la propuesta, el consorcio adelantó contactos con los fabricantes y propietarios de los equipos necesarios para la ejecución del contrato. Una vez presentada la propuesta se obtuvo la información precisa en cuanto a la disponibilidad de los equipos y de las compañías propietarias de estos.

2.4. El 14 de septiembre se recibió la comunicación SGT 021174 del Secretario General Técnico del INVIAS, para que asistiera a la apertura de las propuestas económicas.

2.5. De acuerdo con el informe de evaluación de las propuestas recibidas, la presentada por los ahora demandantes obtuvo un puntaje 1.000, decisión que fue comunicada por la Secretario General Técnico mediante memorando 09282 del 20 de septiembre de 1999.

2.6. Posteriormente, el INVIAS, mediante oficio SCV022075, del 23 de septiembre de 1999, recibido por el consorcio el 24 de septiembre siguiente, informó que:

*“(…) Me permito comunicarles, que de acuerdo al Orden de Elegibilidad establecido por la Secretaría General Técnica del Instituto Nacional de Vías, Uds., han sido escogidos para realizar el estudio para la auscultación de la referencia en las zonas A y C.*

*“Se envía esta comunicación cumpliendo lo relacionado en el numeral 3.4 de los Pliegos de Condiciones, por que (sic) en el término de tres días deberán presentar las constancias pertinentes a la disponibilidad del equipo solicitado” (folio 14 cuaderno 1).*

2.7. En desarrollo de las labores de programación de los futuros trabajos, el 28 de septiembre de 1999, el consorcio sostuvo una reunión con funcionarios de la Oficina de Planeación de la Subdirección de Conservación, con el fin de obtener información relacionada con aspectos técnicos y logísticos necesarios para dar inicio a los trabajos. El mismo día, en horas de la tarde, se remitió un fax al Ingeniero Oscar Rodríguez de la Oficina de Planeación de la Subdirección de Conservación, que contenía el contrato pro forma planteado con Dynatest, y otras comunicaciones relativas al proceso de negociación del deflectómetro FWD 8000 usado; el 29 de septiembre siguiente, se radicó ante el INVIAS la comunicación 457-1862/63, en la que se señalaba el cumplimiento de lo ordenado por los términos de referencia sobre la demostración de la disponibilidad del equipo.

2.8. El 1º de octubre de 1999, la Subdirectora de Conservación, en comunicación SCV 023047, manifestó:

*“Mediante oficio SCV 022075 del 23 de septiembre de 1999, esta Subdirección, en cumplimiento del numeral 3,4 de los Términos de Referencia de los procesos para la contratación de la referencia, solicitó la acreditación de disponibilidad de equipos, sin que hasta la fecha el CONSORCIO INGENIERÍA Y GEOTECNIA LTDA.- CARLOS HERNÁNDEZ BARRAGÁN haya remitido los documentos exigidos en el mencionado numeral.*

*“Por tanto, me permito informarles que, en cumplimiento de los términos de referencia, el Instituto Nacional de Vías se ve obligado a revocar la adjudicación realizada”.* (Folio 16 cuaderno 1).

2.9. Recibida la comunicación antes mencionada, el consorcio solicitó una reunión con la Subdirectora de Conservación con el fin de aclarar las razones expuestas para “revocar la adjudicación” e informarle de todos los trámites que se habían realizado para la consecución de los equipos y la demora normal que se presentaba en la importación de los equipos necesarios para la ejecución de esta clase de trabajos. La reunión se llevó a cabo el 5 de octubre siguiente, en donde se planteó la situación relacionada con la disponibilidad de los equipos, y la posibilidad de que le fuera revocada la adjudicación al consorcio y no afectarlo con una declaratoria de incumplimiento; para ello se hizo lectura de una acta de un proceso en el que se tomó una decisión en ese sentido.

Posteriormente se realizó otra reunión, en la que funcionarios del INVIAS dieron a conocer la decisión de su Director en hacer efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta, en contravía de lo acordado en la reunión anterior en la que se había señalado la firma de un acta de revocación de la adjudicación.

2.9. Conocida la posición de la entidad, el consorcio formuló derecho de petición con el fin de que se hiciera valer lo acordado en la reunión en que se leyó un acta de revocatoria de la adjudicación para no afectar a los consultores, sin embargo, dicha petición fue desfavorable a los intereses del consorcio, comoquiera que mediante Resolución No. 004590 del 27 de octubre de 1999, se declaró la ocurrencia del siniestro y se ordenó hacer efectiva la póliza de seriedad de la propuesta técnica presentada en el proceso de contratación directa e inhabilidad de 5 años para contratar con el Estado a los integrantes del consorcio, con fundamento en el incumplimiento en la acreditación de la disponibilidad del equipo necesario para la ejecución del contrato.

La anterior decisión fue recurrida por el consorcio y la entidad aseguradora. El INVIAS, mediante Resolución No. 005525 de 16 de diciembre de la misma anualidad, la confirmó en todas su partes.

3. El demandante indicó como infringidos los artículos 2 y 29 de la Constitución Política, el artículo 3, 83 y 84 del C.C.A., y los artículos 24, 25, 26, 28, 30, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993. El concepto de la violación, fue desarrollado en los siguientes términos:

3.1. Falsa motivación de los actos Nos. 004590, del 27 de octubre de 1999, y 005525, del 16 de diciembre de la misma anualidad, con fundamento en que en los actos demandados se omitieron varios antecedentes del proceso contractual que daban cuenta del cumplimiento de lo solicitado por el INVIAS para la acreditación de la disponibilidad del equipo.

Asimismo, indicó que las causas que se enunciaron en las decisiones demandadas no se encontraban estipuladas en los términos de referencia como causales para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, pues contrario a lo afirmado por la administración, las únicas causales estipuladas eran: i) el retiro de la propuesta después de haber sido presentada y estudiada, y ii) el incumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

En cuanto a los supuestos fácticos que sirvieron de fundamento para hacerla efectiva, señaló que no se ajustaban a la realidad, toda vez que el Consorcio sí había aportado dentro del término concedido los documentos que acreditaban la disponibilidad del equipo, y que en caso de que ellos no hubiesen sido suficientes para demostrar esa circunstancia, el efecto de ese supuesto incumplimiento y que estaba estipulado en los términos de referencia, era la de adjudicar el contrato al segundo oferente en orden de elegibilidad y no la sanción de declaratoria de siniestro.

Concluyó indicando que en las decisiones demandadas se hablaba de una adjudicación, sin embargo, si ese acto existió nunca le fue notificado al consorcio “adjudicatario”, por lo que no puede hablarse de una revocatoria de la adjudicación, situación que, por demás, está prohibida por la Ley 80, en el artículo 30.

3.2. Desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa. Luego de citar una sentencia de la Corte Constitucional, que desarrolló el tema del derecho sancionatorio administrativo, indicó que en el proceso de contratación directa del que hizo parte el Consorcio, ahora demandante, se adelantó el proceso sancionatorio sin respetar las garantías a que tiene derecho el administrado, vulnerando los principios de legalidad, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia, defensa y contradicción.

4. Finalmente, solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los actos demandados, por existir una evidente contradicción con el ordenamiento jurídico superior por violación del principio de legalidad, toda vez que se aplicó una sanción que no estaba contemplada en los términos de referencia y porque los actos que sirvieron de fundamento para hacer efectiva la garantía de seriedad fueron proferidas por un funcionario sin competencia.

3. Notificada en debida forma la entidad demandada, en escrito del 1º de septiembre de 2000, se pronunció sobre los hechos, aceptando y negando unos, y solicitando que se probaran otros. En cuanto a las pretensiones, solicitó que se despacharan de forma desfavorable al considerar que los actos demandados se encontraban ajustados a derecho, toda vez que cada funcionario que participó en las diferentes etapas del proceso precontractual lo hizo de conformidad con lo establecido en los términos de referencia y a la luz de los principios establecidos en el estatuto contractual.

4.En proveído del 21 de septiembre de 2000 se decretaron las pruebas (folio 69 a 71 cuaderno 1), y el 28 de mayo de 2002, se corrió traslado para alegar a las partes y rendir concepto, respectivamente (folio 99 cuaderno 1); en esta oportunidad se pronunciaron en los siguientes términos:

4.1. El INVIAS reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. El apoderado del demandante, por su parte, solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, y para el efecto argumentó que la entidad vulneró los principios que gobiernan la contratación estatal con la expedición de los actos administrativos acusados, pues, en primer lugar, no acató lo establecido en los términos de referencia, dejando sin efecto sus propias estipulaciones; ignoró la acreditación de la disposición de los equipos al no aceptar como prueba todas las actuaciones del consorcio relacionadas para la consecución de los mismos y pasó por alto el proceso de evaluación y selección del contratista establecido en los términos de referencia.

**5. La sentencia de primera instancia**

El *a quo,* en sentencia del 28 de julio de 2004, negó las pretensiones de la demanda al considerar que los cargos contra los actos acusados no tenían la vocación de enervar la legalidad de los mismos, puesto que la falsa motivación que se predicó de la Resolución que declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta fue desvirtuada con los términos de referencia aportados al proceso, de los cuales se podía establecer que se había pactado la obligación de acreditar la disponibilidad del equipo para la ejecución del contrato, so pena de rechazar la propuesta y se hiciera efectiva la garantía de seriedad de la oferta. En cuanto al cargo por violación del debido proceso, concluyó que tampoco tenía vocación de prosperidad, al haberse demostrado que al ahora demandante le fueron notificadas en debida forma todas las actuaciones administrativas durante la etapa precontractual, garantizándole el derecho de contradicción.

**II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

1. El consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda., y Carlos Aurelio Hernández Barragán, impugnó la decisión. Indicó que el *a-quo* incurrió en un error al no tener en cuenta todas las circunstancias descritas en la demanda y que correspondían a lo sucedido durante el proceso de contratación. En ese sentido, manifestó que en la providencia impugnada que no se tuvo en cuenta que el INVIAS, mediante una interpretación subjetiva y contraria al mismo texto de los términos de referencia, ignoró la acreditación de la disponibilidad del equipo presentada en tiempo por el consorcio. No diferenció entre el primer lugar de elegibilidad y la adjudicación, sin distinguir que los términos habían establecido unos requisitos para la adjudicación y otros para el perfeccionamiento y ejecución del contrato. Asimismo, indicó que en la sentencia no se tuvo en cuenta que las decisiones proferidas fueron tomadas por funcionarios sin competencia, pues no tenían delegación para actuar en nombre del Director del INVIAS.

2. El recurso se concedió el 18 de agosto de 2004 y se admitió el 18 de febrero de 2005; luego se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para emitir concepto, respectivamente, etapa en la que la agencia pública guardó silencio.

El INVIAS reiteró los argumentos expuestos durante toda la actuación procesal, e insistió en que los cargos contra los actos acusados no desvirtúan su legalidad.

El demandante señaló que en el fallo no se tuvieron en cuenta los documentos allegados con la demanda, y recaudados durante el periodo probatorio, y que correspondían a los mismos documentos que se presentaron durante el proceso de contratación, y que demostraban, de acuerdo con lo establecido en los términos de referencia, la disponibilidad de los equipos necesarios para ejecutar el contrato.

En relación con esa circunstancia, indicó que conforme a lo establecido en los términos de referencia, la acreditación de la disponibilidad del equipo debía surtirse previo a la adjudicación, por lo que la entidad no podía hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta porque aún no se había adjudicado.

En cuanto al cargo por violación del debido proceso, alegó que, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la violación de este principio se encontraba demostrado, toda vez que de las pruebas recaudadas se podía establecer que durante la actuación precontractual se crearon unos actos (adjudicación y revocación) que nunca fueron expedidos, y que en caso de que así fuera no fueron notificados al Consorcio, situación que no analizó el Tribunal y que resulta trascendental importancia para hacer un pronunciamiento de fondo.

**III. CONSIDERACIONES**

El objeto del proceso, en esta instancia, consiste en determinar si la decisión del INVIAS, expresada a través de la Resolución No. 04590 del 27 de octubre de 1999 y la No. 05525 del 16 de diciembre de la misma anualidad –que hizo efectiva la garantía de la seriedad de la oferta, se ajustó a la legalidad, teniendo en cuenta que en los términos de referencia se estableció esta posibilidad. Aunado a ello, se analizaran los términos de referencia para establecer las etapas que se debían surtir dentro del proceso de selección del contratista pues el proceso ahora cuestionado se le denominó de contratación directa sin embargo se adelantó bajo un procedimiento de licitación pública.

La Sala advierte que revocará la decisión, y para el efecto examinará los siguientes temas: *i)* la competencia del Consejo de Estado para conocer el asunto; *ii)* lo probado en el proceso; *iii)* la garantía de la seriedad de la oferta *iv)* el acto de adjudicación *v)* el caso concreto y *vi)* la indemnización.

**1. Competencia del Consejo de Estado**

Conforme a lo establecido en el artículo 129[[1]](#footnote-1) del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003[[2]](#footnote-2)-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos cuando se discute la legalidad de un acto propio de la actividad precontractual, como es el que hace efectiva la garantía de la seriedad de la oferta.

En el caso concreto, cuando se presentó la demanda –año 2000[[3]](#footnote-3)- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de $26’390.000., y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de $ 3.433’256.142.

**2. Lo probado en el proceso**

**2.1. Consideración previa sobre el valor probatorio de las copias simples. Reiteración jurisprudencial.**

La Sala advierte que los documentos que fueron aportados por el demandante con el libelo demandatorio son copias simples (folios 1 a 296 cuaderno de pruebas), de ahí que sea necesario reiterar la posición de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022. CP. Enrique Gil Botero-, en la que se unificó el criterio relacionado con la valoración de estos documentos, al señalar que en virtud del principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, debe reconocérsele valor a la prueba documental que ha obrado en el proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por la entidad demandada. En particular, la sentencia puntualizó:

“Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.

(…)

“Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

“Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivas de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado contra…”

De esta manera, la Sección Tercera unificó el criterio sobre el valor probatorio de las copias simples, y por tratarse de una sentencia de esta naturaleza su vinculación es forzosa.

2.2. De acuerdo con el exiguo material probatorio que se logró recaudar en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

a) Mediante aviso del 22 de julio de 1999, el INVIAS convocó a presentar ofertas a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en participar en el proceso de contratación directa para la “consultoría para el estudio de auscultación de las zona ‘C’, para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR y estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del Instituto Nacional de Vías” (folio 354 cuaderno de pruebas).

b) En los términos de referencia se incluyó la cláusula de garantía de seriedad de la oferta en los siguientes términos:

“Con el fin de asegurar la firma y perfeccionamiento del contrato por parte del proponente favorecido **con la adjudicación,** la propuesta técnica deberá acompañarse de una garantía bancaria o una póliza otorgada por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, a favor del Instituto Nacional de Vías, por un valor equivalente al DIEZ (10%) DE LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL, y por un término de ciento veinte (120) días calendario, contados a partir de la fecha límite de entrega de las propuestas, de conformidad con lo establecido en la resolución No. 007001 del 18 de noviembre de 1997, emanada de la Dirección General del INV. En caso de prórroga de la fecha de cierre, esta garantía podrá constituirse a partir de esa nueva fecha.

“El INV hará efectiva la totalidad de la garantía, a título de indemnización de perjuicios, en los siguientes casos:

“-Cuando un proponente solicitare el retiro de su oferta después de la fecha límite de entrega de las propuestas, salvo en los casos de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente.

“-Cuando el proponente **favorecido con la adjudicación** no procediere a cumplir con los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

“La garantía de seriedad de las ofertas no aceptadas será devuelta, una vez haya sido perfeccionado el contrato respectivo” (folio 360 cuaderno de pruebas). – Negrillas de la Sala-

c) En cuanto a la evaluación de las propuestas y adjudicación del contrato, en los términos de referencia se establecieron diferentes cláusulas relacionas con la forma de evaluar y elegir las propuestas; que resultan de gran importancia para la decisión de este proceso, toda vez que los argumentos esgrimidos por el impugnante cuestionan la interpretación realizada a las mismas por la entidad. En efecto, en cuanto a los criterios de evaluación y adjudicación, los términos señalaron:

“3.1. Criterios de evaluación y clasificación

“Una vez recibidas las propuestas técnicas, se procederá a efectuar el análisis jurídico y técnico de las mismas, con el fin de definir cuales se encuentran ajustadas a la ley a a (sic) las exigencias de estos Términos de Referencia.

“3.1.1.Calificación

“La calificación de las propuestas tendrá un puntaje máximo total de mil (1000) puntos. Este puntaje se distribuirá entre los siguientes aspectos: (…)

“3.3. Orden de elegibilidad de las propuestas técnicas y apertura de la propuesta económica

“Una vez establecido el orden de elegibilidad, el INV efectuará la apertura de la propuesta económica del proponente ubicado en el primer lugar. El sobre que contiene la oferta económica presentada por dicho proponente será abierto en presencia de uno o más de sus representantes. La propuesta económica será tenida en cuenta para la adjudicación si cumple los siguientes requisitos:

“-Su valor total ofrecido no excede el de la disponibilidad presupuestal.

-Considera en su propuesta económica todos los costos establecidos en los términos de referencia y ofrecidos en su propuesta técnica.

-Su valor total ofrecido, no es inferior al ochenta y cinco por ciento (85 %) ni superior al ciento por ciento (100 %) del valor de la disponibilidad presupuestal.

“En caso contrario, se rechaza la propuesta económica, y se llamará al proponente que le siga en el orden de elegibilidad, y así sucesivamente, hasta lograr la adjudicación del contrato.

“En el evento de presentarse un empate en el primer lugar entre dos o más propuestas técnicas, es decir, cuando su puntaje total sea igual, el INV abrirá el sobre con las propuestas económicas correspondientes, en presencia de los representantes de cada uno de los proponentes, y una vez cumplido en cada una de las propuestas económicas los requisitos anteriores, se seguirá el siguiente procedimiento:

“a) Se calculará la Media Geométrica (g) de los valores corregidos, incluido el IVA.

“b) Se asignarán cien (100) puntos los cuales serás distribuidos de la siguiente manera: (…)

“c) **Se adjudicará el contrato a quien obtenga el máximo puntaje.** (Resalta la Sala)

“d) En caso de presentarse empate se seleccionará el proponente que haya ofrecido el menor valor total corregido.

“Los sobres que contienen la oferta económica presentada por los demás proponentes, permanecerán sellados, y una vez adjudicado el contrato, les serán devueltos sin abrir.

“3.4. Acreditación de la disponibilidad del equipo

“Una vez efectuada la evaluación de las propuestas técnica y económica, se establecerá un orden de elegibilidad de las mismas para la adjudicación del contrato. El representante legal o apoderado del proponente calificado en el primer lugar del orden de elegibilidad deberá presentar previo a la suscripción del contrato respectivo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud que para tal efecto haga el INV, en relación con disponibilidad de cada uno de los equipos necesarios para ejecutar los trabajos, según lo establecido en el Numeral 1.10 de los Términos de Referencia, cualquiera de los siguientes documentos:

“-Acreditación de la propiedad del equipo.

-Intención de alquiler del propietario del equipo.

-Copia del contrato de Leasing.

“Asimismo deberá presentarse las especificaciones y catálogos de cada uno de los equipos a utilizar.

“**En caso de que el proponente ubicado en el primer lugar del orden de elegibilidad no allegue la anterior documentación, se llamará al proponente que le siga en dicho orden, y así sucesivamente, hasta lograr la adjudicación del contrato. -**Resalta la Sala-

d) El 6 de agosto de 1999, el Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda[[4]](#footnote-4)., y Carlos Hernández Barragán, formuló propuesta técnica para realizar el “estudio de auscultación de las zona ‘A’, para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR y estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del Instituto Nacional de Vías” (folio 98 y siguientes del cuaderno de pruebas).

Con la presentación de la oferta se aportó la garantía de seriedad de la oferta, No. 9709170, expedida por Seguros del Estado S.A., constituida por el proponente y a favor del INVIAS, por un valor de $ 18’100.000, y una vigencia del 6 de agosto de 1999 al 15 de diciembre de la misma anualidad (folio 119 cuaderno de pruebas).

e) El Secretario General Técnico del INVIAS, mediante oficio No. 021174 del 15 de septiembre de 1999, informó al consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda., y Carlos Hernández Barragán, que se llevaría a cabo la apertura del sobre de la propuesta económica (folio 122 cuaderno de pruebas). Posteriormente, a través del oficio 022075, del 23 de septiembre siguiente, la Subdirectora de Conservación informó al Consorcio:

*“… Me permito comunicarles, que de acuerdo al Orden de Elegibilidad establecido por la Secretaría General Técnica del Instituto Nacional de Vías, Uds (sic) han sido escogidos para realizar el estudio para la Auscultación de la referencia en las zonas A y C.*

*“Se envía esta comunicación cumpliendo lo relacionado en el numeral 3.4 de los Pliegos de Condiciones, por lo que en el término de tres días deberá presentar las constancias pertinentes a la disponibilidad del equipo solicitado”.* –Folio 123 cuaderno de pruebas-

f) Oficio No. 023047 del 1 de octubre de 1999, suscrito por la Subdirección de Conservación del INVIAS en el que se le informó al Consorcio que al no haber acreditado la disponibilidad del equipo en el plazo concedido para el efecto, se procedería a revocar la adjudicación. En efecto, en la comunicación se manifestó:

“Mediante oficio SCV 022075 del 23 de septiembre de 1999, esta Subdirección, en cumplimiento del numeral 3.4 de los Términos de Referencia de los procesos para la contratación de la referencia, solicitó la acreditación de disponibilidad de equipo, sin que hasta la fecha el CONSORCIO INGENIERÍA Y GEOTECNIA LTDA., CARLOS HERNÁNDEZ BARRAGÁN haya remitido los documentos exigidos en el mencionado numeral.

“Por tanto, me permito informarles que, en cumplimiento de los Términos de referencia, el Instituto Nacional de Vías **se ve obligado a revocar la adjudicación realizada**”. –Folio 124 cuaderno de pruebas- -Destaca la Sala-

g) Recibida la anterior comunicación, el Consorcio interpuso derecho de petición ante el Director General del INVIAS, en el que expuso de manera detallada las actuaciones que fueron adelantadas para la consecución de los equipos necesarios para la ejecución de los trabajos, solicitando a la entidad que se continuara con el proceso de selección del contratista, pues esa era la real consecuencia que se había establecido en los términos de referencia, en caso de que no se acreditara la disponibilidad del equipo, contrario a lo afirmado en el oficio del 1º de octubre, mediante el cual se le comunicó la decisión de revocar la adjudicación. Añadió que no resultaba correcta la posición de la entidad al señalar que el Consorcio era el adjudicatario del contrato, puesto que durante el proceso de selección no se conoció o se realizó ese acto.

El INVIAS, mediante oficio No. 026416 del 26 de octubre de 1999, respondió las peticiones del Consorcio, así:

“… La Subdirección de Conservación, de acuerdo al informe de evaluación de las propuestas técnicas realizado por el Grupo Evaluador de la Secretaría General Técnica y de conformidad a lo establecido en los términos de referencia, mediante oficio SCV022075 de septiembre 23 informó al Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda-ING. Carlos Hernández Barragán que habían sido favorecidos con la adjudicación de las zonas A y C, por que debían dar cumplimiento a lo establecido en los términos de referencia en el numeral 3.4. Transcurrido el plazo para acreditar la disponibilidad de equipo, el consorcio no presentó ningún documento de los que contemplan los términos de referencia, ya que se limitó a remitir vía fax, un documento en idioma extranjero en el que se establecían las condiciones para una posible contratación para la adquisición de un equipo y no se trataba de un contrato proforma, como se manifiesta en el escrito que nos ocupa.

“En consecuencia, no es posible atender favorablemente su solicitud, en el sentido de dar aplicación al artículo 1602 del C.C. que establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, ya que nos encontramos en la etapa precontractual; por lo tanto, el Instituto Nacional de Vías, procederá a hacer efectivas las pólizas que garantizan la seriedad de las propuestas técnicas presentadas en los procesos de contratación directa, para el estudio de auscultación de la Zona A y de la Zona C, para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, cbr y estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del Instituto Nacional de Vías, para dar cumplimiento a lo estipulado en el numeral 1.9 de los términos de referencia”. –Folios 125 y 126 cuaderno de pruebas-

h) Mediante Resolución 004590, del 27 de octubre de 1999, el Director General del INVIAS declaró la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza No. 9709170, expedida por seguros del Estado S.A., que garantizaba la seriedad de la propuesta técnica presentada por el Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda. – Carlos Hernández Barragán, en la contratación directa para el estudio de auscultación de la zona A. Como fundamento de la decisión, se expuso:

“…Que el proponente favorecido con la adjudicación no procedió a cumplir los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato por lo que se hace necesario hacer efectiva la póliza que garantiza la seriedad de la propuesta técnica presentada por el Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda- Carlos Hernández Barragán en el proceso de contratación directa para el estudio de auscultación de la Zona A que comprende las regionales: Caquetá, Cauca, Chocó, Huila, Nariño, Putumayo, Quindío, Risaralda y Valle, para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR y estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del Instituto Nacional de Vías…”. –Folio 4 cuaderno de pruebas-

Asimismo, se impuso a los miembros que integraban el Consorcio una inhabilidad de 5 años para contratar con el Estado.

i) Inconformes con la decisión, el Consorcio y la aseguradora Seguros del Estado S.A., interpusieron recurso de reposición (los escritos que lo contienen no obran en este proceso), fueron resueltos en la Resolución No. 005525, del 16 de diciembre de 1999, y que confirmó el acto recurrido. En efecto, la entidad resolvió:

“… Confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución Número 004590 del 27 de octubre de 1999 por la cual se declara ocurrido el siniestro, y se ordena hacer efectiva la póliza de seriedad de la propuesta técnica presentada por el CONSORCIO INGENIERÍA Y GEOTECNIA LTDA., CARLOS AURELIO HERNÁNDEZ BARRAGÁN…”.-Folio 13 cuaderno de pruebas-

**3.** Conforme a los medios probatorios relacionados, la Sala resolverá el problema jurídico planteado en la demanda relacionado con la legalidad del acto que declaró el siniestro e hizo efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta, y para ello se estudiará la naturaleza de la garantía de la seriedad de la oferta y del acto de adjudicación.

**3.1.** **Garantía de seriedad de la oferta**

3.1.1. La garantía de seriedad de la oferta corresponde a la figura de un seguro de cumplimiento, donde el asegurador responde por los perjuicios patrimoniales que le causen al asegurado o beneficiario (Administración) como consecuencia de la inejecución de la obligación afianzada[[5]](#footnote-5). El tomador (proponente) de la garantía de seriedad de la oferta le garantiza a la entidad estatal, persona asegurada, entre otras cosas, la celebración del contrato en el evento de resultar adjudicatario. En ese sentido el proponente le garantiza a la entidad contratante el cumplimiento de su oferta.

3.1.2. En el ordenamiento jurídico, los diferentes Estatutos Contractuales han incluido la garantía de seriedad de la oferta como figura fundamental para otorgar credibilidad y seriedad a los procesos de selección. En efecto, a partir del Decreto – Ley 150 de 1976 se estableció que en los procesos de licitación pública se aplicarían “*sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma”*; de carácter pecuniario, **al adjudicatario** que no suscribiera el contrato, lo que generaría la pérdida del valor del depósito o garantía de seriedad a favor de la entidad contratante o por el contrario, se devolvería, de una parte, al adjudicatario cuando estuviere perfeccionado el contrato y, de otra, a los proponentes no favorecidos, dentro de los 5 días siguientes a la adjudicación[[6]](#footnote-6).

Posteriormente, el Decreto 222 de 1983, reguló esta figura de forma similar al Decreto – Ley 150 de 1976, pues consagró la misma sanción por incumplimiento del **oferente adjudicatario** en la licitación pública, salvo fuerza mayor o caso fortuito*[[7]](#footnote-7).* Por su parte, la Ley 80 de 1993, dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 25. (…) 19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. IGUALMENTE, los proponentes prestarán GARANTÍA DE SERIEDAD DE LOS OFRECIMIENTOS HECHOS.*

*“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.*

*“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocación unilateral.*

*“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros”.*

En el mismo sentido, el Estatuto Contractual de 1993 estableció, en términos similares a los previstos en el Decreto – Ley 222 de 1983, lo relacionado con los efectos de la ocurrencia del riesgo asegurado:

*“ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: ( )*

*“12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía ( )”.*

Por medio del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, se reglamentó la Ley 80 de 1993 en lo relacionado con la garantía única de cumplimiento, los riesgos asegurados y las reglas para evaluarlas, al establecer:

**“Artículo****16**°.- [Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389#29)*. Del objeto de la garantía única*. La garantía única a que se refiere el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía.

“Sin perjuicio del coaseguro en el caso de las entidades aseguradoras, la garantía podrá ser expedida por una o más entidades legalmente facultadas para hacerlo.

**“Parágrafo.-** **La garantía de seriedad de la propuesta no podrá ser inferior al diez por ciento del valor de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según lo determinen los pliegos de condiciones o términos de referencia. En los casos de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, la garantía mínima ascenderá al 1.5% del valor total del espacio licitado. –** Resalta la Sala-

**“Artículo****17**°.- [Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389#29).  *De los riesgos que debe cobijar la garantía única*. La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.

“Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.

“La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

“Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas:

1. El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo;
2. El valor del amparo de cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato;
3. El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el término de vigencia del contrato y tres años más;
4. El valor de los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras, buen servicio contratado u objeto del contrato.

“La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios.

“El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco años.

“La garantía de cumplimiento garantizará también el cumplimiento de las obligaciones de transferencia de conocimientos y de tecnología, cuando en el contrato se hayan previsto tales obligaciones.

“El Contratista deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros.

“De igual manera en cualquier evento en que se aumente el valor del contrato o se prorrogue su vigencia deberá ampliarse o prorrogarse la correspondiente garantía.

**“Parágrafo.-** No obstante lo dispuesto en este artículo, el Gobierno podrá autorizar en casos excepcionales que la garantía única tenga una cobertura inferior a los mínimos previstos en este artículo.

**“Artículo****18**°.- [Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389#29). *De la aprobación de la garantía única*. La entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente Decreto.

“La entidad estatal contratante al aprobar la garantía deberá abstenerse, en todo caso de emplear prácticas discriminatorias.

**“Parágrafo**.- Cuando de acuerdo con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, con base en la información que dicha entidad posea, en el mercado no se ofrezcan garantías que cubran la totalidad de la vigencia de un contrato de concesión, la entidad contratante podrá aprobar una garantía por un término inferior, siempre y cuando el contratista se obligue a obtener la prórroga de la misma con la anticipación al vencimiento que la entidad contratante estime conveniente.

Si el Contratista no prorroga la garantía se aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar y se hará efectivo el amparo de cumplimiento por el monto fijado en los pliegos de condiciones. A falta de determinación en los mismos, el amparo se hará efectivo por un valor equivalente a la cuantía de la garantía de seriedad de la propuesta, previa disminución proporcional al tiempo transcurrido de la concesión. En todo caso el valor del amparo no podrá ser inferior al cincuenta por ciento del valor de la garantía de seriedad”.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario no modificaron, en esencia, lo atinente a la garantía de seriedad de la oferta, pues mantuvo lo que ya señalaba la Ley 80 de 1993 y su reglamento, no obstante que el artículo 32 de la Ley 1150 derogó expresamente el numeral 19 arriba trascrito, en el artículo 7º de la misma ley, que dispuso:

“*ARTICULO 7o. DE LAS GARANTIAS EN LA CONTRATACION. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*

*Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.*

*El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.*

*El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.*

*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.*

*PARAGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.”*

Como se observa, el nuevo Estatuto Contractual no introdujo modificaciones sustanciales respecto de la anterior legislación, y mantuvo la regla de que toda oferta que se presente a la Administración para celebrar un contrato con ella debe estar acompañada, necesariamente, de una póliza o garantía que responda por la seriedad de los ofrecimientos hechos por el adjudicatario.

De acuerdo a lo anterior, a partir de la Ley 80 de 1993 y su reglamento se desarrollaron de forma más clara y completa los puntos referentes al concepto de garantía de seriedad de la oferta, forma de constituirla, objeto, vigencia y sus efectos, pues recuérdese que en un principio se concibió la figura dentro del contrato de seguro de cumplimiento, relacionado con la ejecución de las obligaciones contractuales.

3.1.3. En lo que refiere al desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional, en sentencia del 10 de junio de 1999*[[8]](#footnote-8)*, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, declaró la exequibilidad del inciso primero al igual que el numeral 19 del artículo 25 ibídem, en la parte ateniente a la frase: *“igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos”*. Como fundamentos para declarar la exequibilidad de la norma, se tuvieron en cuenta los siguientes:

“Esos dos artículos conforman una proposición inescindible respecto a la garantía de seriedad de la oferta;

“En general las garantías, contractuales o judiciales, constituyen limitaciones a la participación en la gestión administrativa y al acceso a la administración de justicia y por lo tanto el legislador podrá permitir las contractuales cuando “persigan una finalidad legítima, sean útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas respecto de tal finalidad”; y

“La garantía de seriedad de la oferta sí responde al criterio de proporcionalidad debido al doble efecto: de una parte, el preventivo al disminuir la probabilidad de que el adjudicatario no suscriba el contrato y la presentación de ofertas carentes de seriedad y de otra, el resarcitorio en cuanto permite reparar “así sea en forma parcial los daños que el incumplimiento del contratista cause a la entidad pública”.

Y sobre la finalidad de esta figura, dispuso:

“… La finalidad de las normas demandadas consiste en asegurar la suscripción del contrato estatal de que se trate luego de que la entidad contratante ha adelantado un proceso de selección dispendioso y oneroso, así como la reparación de los daños que cause el adjudicatario que se sustraiga a la obligación de suscribir el contrato. Desde esta perspectiva, puede asegurarse que, de manera general, y como lo ha manifestado la Corte en anterior oportunidad, las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, se fundan en "el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público".[[9]](#footnote-9) Así establecida la finalidad perseguida por las disposiciones acusadas, es evidente que la misma no sólo es legítima sino que encuentra claro asidero constitucional en aquellas normas de la Carta Política que imponen a las autoridades públicas la defensa del interés general, la sujeción al principio de legalidad y la actuación conforme a los principios de eficacia, moralidad, transparencia y economía (C.P., artículos 1°, 2°, 4°, 6° y 209).

(…)

“Un simple razonamiento práctico permite establecer que la garantía contractual establecida en los apartes acusados de los artículos 25-19 y 30-12 de la Ley 80 de 1993 disminuye las probabilidades de que los adjudicatarios de contratos estatales se sustraigan de la obligación de suscribirlos. Sin embargo, en caso de que ésto ocurra, la mencionada garantía permite reparar - así sea en forma parcial - los daños que el incumplimiento del contratista cause a la entidad pública contratante. Ciertamente, en la medida en que las garantías contractuales consisten en pólizas de seguros o en garantías bancarias, expedidas ambas por entidades sometidas a la inspección y vigilancia del Estado (Ley 80 de 1993, artículo 25-19, inciso 2°), el pago de los anotados perjuicios resulta asegurado.

(…)

“Frente a lo anterior, la garantía contractual, en tanto es otorgada por bancos o compañías de seguros sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, aparece como un mecanismo serio y eficaz, que se hace efectivo en un tiempo relativo corto, sin necesidad de acudir a procedimientos o instancias posteriores. Adicionalmente, los tipos de garantías que se exigen en los procesos contractuales han sido específicamente diseñados por las entidades que las otorgan para cubrir el tipo de riesgos que buscan asegurar, motivo por el cual es poco usual que, en caso de hacerse efectivas, no cubran un monto considerable de los perjuicios”.

El Consejo de Estado por su parte, desarrolló el tema en la sentencia del 10 de julio de 2003, con Ponencia de la Dra. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13.684, de la que es importante destacar:

“CONCEPTO: La garantía de seriedad de la oferta está concebida como uno de los casos típicos de seguro de cumplimiento en el cual el asegurador responde de los perjuicios patrimoniales causados al asegurado como consecuencia de la inejecución de la obligación afianzada[[10]](#footnote-10). El tomador de la garantía de seriedad de la oferta le garantiza a la entidad estatal, persona asegurada, la celebración del contrato en el evento de resultar beneficiario de la adjudicación; avala entonces al tomador de la obligación a cumplir y por lo tanto tal garantía es **pre - contractual** por oposición a las garantías **contractuales o definitivas** que se derivan del contrato en sus etapas de cumplimiento, desarrollo y ejecución.

(…)

“Esa redacción permite anotar, a título conclusivo, en lo que concierne con la garantía de seriedad de la oferta:

. Que avala el cumplimiento de las obligaciones del proponente surgidas con la presentación de la oferta;

. Que se mantendrá vigente durante la vida de la oferta (por regla general 3 meses siguientes a la presentación de la oferta) pero se entenderá vigente “hasta” la celebración del contrato ofertado y la prolongación de los efectos de aquella;

. Que se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado: la no suscripción del contrato;

. Que debe constituirse mediante póliza de compañía de seguros autorizada o garantía bancaria;

. Que tratándose de pólizas no expirará por falta de pago de la prima o por revocación unilateral.

. Que no será obligatoria en los contratos de empréstito, interadministrativos y los de seguros; y

. Que si el adjudicatario no suscribe el contrato dentro del término señalado al afecto, la garantía quedará a favor de la entidad ofertante en calidad de sanción “sin menoscabo de las acciones tendientes al reconocimiento de perjuicios que no cubra el valor de la garantía”.

Y en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, se expuso:

“El licitador debe garantizar la seriedad de los ofrecimientos hechos, en los términos legales antes transcritos, locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público?

“Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 trascrito antes, el cual dispone que si el adjudicatario no suscribe el contrato, (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituidos para garantizar la seriedad de la oferta, dando a entender, que la única situación en la que el ente licitante se queda con la garantía es la no suscripción del contrato. De esta norma se desprende que el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del código de comercio, puesto que en éste estatuto, el retracto conlleva la indemnización de perjuicios. En la ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.

(…)

“Ahora bien, es claro que el hecho de participar en una licitación o en general en un proceso de selección, genera para el licitador otras obligaciones distintas de la de suscribir y legalizar el contrato, que consisten en realizar todas las actividades que se desprenden de la participación en el proceso y que son consecuencia del principio de la buena fe, en las que se encuentra la de dar oportuna respuesta a las “aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” que le sean pedidas por la entidad licitante, con miras a efectuar una adjudicación objetiva.

“La solicitud de consulta requiere que se aclare si el oferente tiene o no la libertad de contestar a la solicitud que le haga la entidad; si en caso de silencio puede cobrar el valor de la garantía de seriedad de la oferta, y si en el evento en que las respuestas o aclaraciones que entregue no coinciden con la oferta presentada, se le puede aplicar esta misma sanción.

“En relación con la primera parte de la inquietud presentada, es claro que dado que se trata de una oferta de contrato comunicada libremente por el oferente, está obligado a suministrar toda la información necesaria para que el ente licitante efectúe la comparación con las demás propuestas a efectos de realizar una adjudicación objetiva. El silencio del licitador tiene como efecto, generalmente aceptado, el rechazo de su oferta, pues si las aclaraciones pedidas son indispensables para la evaluación, su ausencia conlleva a la imposibilidad de realizarla.

“El rechazo de la oferta, incluyendo el caso de falta de respuesta a los requerimientos efectuados por la administración, por si mismo no da lugar a que la administración se quede con el depósito o la garantía de seriedad, pues no hay norma que lo autorice. Sin embargo, si se desprende que puede haber culpa o mala fe, podrá la entidad pública, como se explica más adelante, demandar para solicitar las correspondientes sanciones derivadas de la actuación del licitador, y los perjuicios causados.

(…)

“En los párrafos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citadas en el primer acápite de este concepto, era claro que del hecho ilícito del incumplimiento se desprendía la necesidad de reparar los perjuicios que con éste se causaran, los que debían ser probados. Enseguida advirtió la Sala que el derecho público le introdujo algunos cambios a la institución del seguro de cumplimiento para adoptarlo a las garantías estatales, una de las cuales es la contenida en el numeral 12 del artículo 30 que también se transcribió, el cual se ha venido comentando en lo que hace referencia con lo consultado.

“La norma en cita menciona que el oferente debe constituir un depósito o garantía en respaldo de su ofrecimiento, indicando que se trata de una suma determinada, cuyo valor está señalada en el pliego de condiciones, de acuerdo con los montos establecidos en los reglamentos[[11]](#footnote-11). La norma ordena que el valor de esta garantía quede en favor de la entidad licitante, a manera de sanción por el incumplimiento, que como se dijo consiste en la no suscripción y legalización del contrato, significando que el legislador, en vez de exigir la prueba de los perjuicios causados a la entidad pública, estableció un valor único a manera de sanción, de suerte que el licitador no pudiere entrar a discutir el monto de los perjuicios, pues la administración se queda con la garantía por el simple hecho del incumplimiento. Agrega la norma, que la administración puede, ella sí, reclamarle al particular los perjuicios que le causó su incumplimiento cuando fueren superiores al valor de la garantía con la que, lícitamente se quedó.

“La función de la compañía de seguros, en este caso es la de pagar el valor asegurado que debe coincidir con el valor de la garantía o depósito, de manera que basta con el simple incumplimiento del oferente para que esté obligada al pago del seguro. Se hace notar que en este caso, por expreso mandato legal y para el derecho público, se cambia la regla de la demostración del perjuicio por la del pago automático de una sanción, cuyo valor ha sido preestablecido en los pliegos de condiciones, y que la aseguradora ha aceptado libremente al suscribir su contrato de seguro”[[12]](#footnote-12).

De lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta la literalidad de los artículos de la Ley 80 y el Decreto reglamentario, pueden enumerarse como características de este seguro de cumplimiento, las siguientes:

1. Es una garantía que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas con la presentación de la oferta.
2. Deben estar aprobadas por parte de la entidad estatal, generalmente mediante acto administrativo.
3. Usualmente la vigencia de la garantía será durante la vida de la oferta.
4. Debe ajustarse a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado, es decir, como la no suscripción del contrato, entre otras conductas que pueden ser afianzadas[[13]](#footnote-13).
5. Está constituida por una póliza expedida por una compañía de seguros autorizada, una garantía bancaria o mediante la figura del patrimonio autónomo[[14]](#footnote-14);

En el proceso de selección que ahora esta Sala tiene la oportunidad de estudiar, se estipuló como requisito para la presentación y estudio de la oferta la constitución de una póliza de garantía de seriedad de la oferta que garantizara el cumplimiento de los ofrecimientos realizados. Adicional a ello, la garantía podría hacerse efectiva por la totalidad de la misma cuando: i) el proponente solicite el retiro de la oferta después de la fecha límite de entrega de las propuestas y ii) cuando el proponente favorecido con la adjudicación no procediere a cumplir con los requisitos para el perfeccionamiento del contrato y ejecución del mismo.

Con fundamento en el segundo evento, el INVIAS declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía constituida en su favor, pues en su criterio el Consorcio demandante no cumplió los requisitos exigidos para el perfeccionamiento (acreditación de la disponibilidad del equipo), luego de que se le había adjudicado el contrato.

Alrededor de este punto giran los argumentos presentados por el impugnante cuando señala que el Consorcio no conoció el supuesto acto de adjudicación, pues el acto que según la entidad lo contenía no contaba con la virtualidad suficiente para producir los efectos de una adjudicación, motivo por el que la Administración no podía hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, comoquiera que esa decisión sólo procedía cuando el adjudicatario incumpliera los requisitos para el perfeccionamiento o ejecución del contrato. En ese sentido, considera el impugnante que los actos cuestionados resultan abiertamente ilegales, si se tienen en cuenta que se infringieron las normas en que se fundamenta.

De igual forma, consideró el recurrente que los actos eran ilegales por falsa motivación, por la errónea interpretación que la entidad le otorgó a los términos de referencia, pues las causas que se tuvieren en cuenta para hacer efectiva la garantía no tenían como consecuencia la sanción que se impuso al Consorcio, toda vez que la falta de acreditación de la disponibilidad del equipo generaba el rechazo de la oferta y no la declaratoria del siniestro.

**4.** El *a-quo* encontró ajustado a derecho el acto administrativo acusado, comoquiera que en los términos de referencia se había estipulado la facultad de declarar el siniestro en caso de que el proponente adjudicatario no acreditara la disponibilidad del equipo necesario para la ejecución del contrato.

En efecto, en el proceso se encuentra acreditado que dicha cláusula fue incluida en los términos de referencia elaborados para del proceso de “contratación directa” del que hizo parte el ahora consorcio demandante, no obstante, conforme a lo expuesto sobre la garantía de la seriedad de la oferta, ésta podía hacerse efectiva, entre otros eventos: i) cuando el oferente retirara la oferta después de ser estudiada o ii) cuando el proponente adjudicatario no se presentara o no cumpliera con los requisitos necesarios para el perfeccionamiento del contrato. Así las cosas, será necesario desentrañar si en el proceso de selección estudiado se produjo el acto administrativo de adjudicación, pues precisamente es a partir de este momento que la Administración podía exigir a su adjudicatario el perfeccionamiento del contrato y por ende, hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

**4.1. Acto de adjudicación**

Es un acto administrativo por medio del cual se produce la escogencia del futuro contratista y que justifica todo el proceso de selección que inició con el acto de apertura del proceso de selección. Esta manifestación de voluntad debe materializarse a través de un acto motivado, en el que quedarán plasmados todos los razonamientos (de hecho y de derecho) que conllevaron a la Administración a tomar la decisión de seleccionar a determinado oferente para la ejecución del contrato ofrecido, en contra de las demás ofertas presentadas. A partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación, nacen obligaciones y derechos correlativos entre la Administración y el futuro contratista. Así lo ha reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación:

*“…Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”*[[15]](#footnote-15).

Véase como el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento de selección: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario -irrevocabilidad de la oferta; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones o términos de referencia, entre otros, directamente relacionados con la celebración misma del negocio jurídico[[16]](#footnote-16).

Discute el apelante que el oficio mediante el cual se le comunicó que ocupaba el primer turno de elegibilidad no podía considerarse como la resolución de adjudicación, pues, contrario a lo afirmado por la entidad, sólo constituía la comunicación de que la propuesta había ocupado el primer puesto por mayor puntaje.

La Sala comparte el razonamiento del impugnante, porque el oficio No. 022075, del 23 de septiembre de 1999, en donde la Subdirectora de Conservación informó al Consorcio que: “*… han sido escogidos para realizar el estudio para la Auscultación de la referencia en las zonas A y C”;* no contiene una decisión definitiva. En efecto, esa comunicación no puede dársele la clasificación de acto administrativo, pues para que sea tal, debe cumplir unas condiciones mínimas, entre las cuales se encuentra el hecho de que se trate de una declaración de voluntad, de carácter unilateral, producida en ejercicio de la función administrativa, y que produzca efectos jurídicos.

La omisión de alguno de estos elementos desnaturaliza la calidad de acto administrativo, y por eso es necesario revisar que se cumplan todos, en cada acto que se repute como administrativo. En el caso concreto, si bien el oficio es prueba de que el INVIAS declaró que el Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda., y Carlos Aurelio Hernández Barragán, había sido escogido para la ejecución del contrato, y que esa declaración es unilateral, y que se produjo en ejercicio de la función administrativa, también es cierto que no se trata de una decisión definitiva, pues el oficio sólo informa que la propuesta del consorcio había ocupado el primer orden de elegibilidad y que debía acreditar la disponibilidad del equipo.

En esta línea de pensamiento, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de noviembre de 1999, exp. 5.735- expresó al estudiar una demanda contra un oficio que tenía por objeto hacer cumplir una decisión antes adoptada por la administración, que: “… Así las cosas, es evidente que la demanda es sustancialmente inepta por estar dirigida contra un oficio que no tiene la entidad de acto administrativo, puesto que el oficio materia de la misma, el número 280 de 27 de marzo, no contiene decisión que cree, modifique o extinga situación jurídica alguna, y menos la que el actor le atribuye. Como lo expresó la Sala en reciente fallo, ‘*Siendo así, la demanda deviene en inepta, en razón de que lo que en ella se pide anular, en el presente caso, no es pasible en sí mismo de control jurisdiccional…’.”*

Sumado a ello, cabe resaltar que quien firma el oficio (Subdirector de Conservación) es un funcionario diferente al Representante Legal del INVIAS, persona que en los términos de la Ley es la competente para producir ese tipo de decisiones (literal c, numeral 3, artículo 11 Ley 80 de 1993), por lo que válidamente podría concluirse que esa comunicación hace parte de la etapa de evaluación de las ofertas y no era la adjudicación, pues cualquier funcionario del nivel asesor o técnico puede realizar este tipo de comunicaciones durante la etapa de evaluación, más no la de realizar la adjudicación, salvo acto previo de delegación.

Adicionalmente, un hecho que también permite arribar a la anterior conclusión es que posterior a la comunicación del 23 de septiembre de 1999, la Subdirectora de Conservación del INVIAS envió una comunicación informando al Consorcio que la entidad *“se ve obligado a revocar la adjudicación realizada”,* al considerar que no había acreditado en tiempo y en la forma establecida en los términos de referencia la disponibilidad del equipo.

Al respecto, debemos remitirnos a lo afirmado en líneas anteriores cuando la Sala manifestó que una vez se ha proferido el acto o resolución de adjudicación, surge el deber correlativo entre la Administración y el adjudicatario de celebrar y perfeccionar el contrato, por lo que dicha manifestación de voluntad no puede ser revocada de forma unilateral por la Administración. En efecto, el acto de adjudicación, en los términos del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-17), es irrevocable, evidenciándose, entonces, una ilegalidad dentro de la actuación, pues la Administración no podía revocar de forma unilateral un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin el consentimiento del beneficiario[[18]](#footnote-18).

Ahora bien, en caso de que esa hubiese sido la decisión (revocatoria de la adjudicación), valdría la pena resolver esta cuestión con un rigor extremo, no obstante, para el caso concreto deviene en inútil esta circunstancia, pues, como se ha dicho, la Sala encuentra acreditado que en el proceso de selección del que hizo parte el ahora Consorcio demandante no se profirió el acto de adjudicación, y el que sirvió de fundamento para hacer efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta no tenía la virtualidad para producir esos efectos, al no contar con los elementos necesarios para que se considerara como un acto administrativo, más concretamente, el de adjudicación.

Así las cosas, resulta procedente la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 04590, del 27 de octubre de 1999 y de la No. 05525, del 16 de diciembre de la misma anualidad, mediante las cuales el INVIAS declaró el siniestro e hizo efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta presentada por el Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda. y otro, al encontrase demostrado que los actos acusados infringieron las normas en que debía fundamentarse, puesto que la declaratoria del siniestro en el asunto bajo estudio sólo era procedente si: i) se retiraba la oferta y ii) existir la resolución de adjudicación, momento a partir del cual nace la obligación del proponente seleccionado de cumplir con todos los requisitos necesarios para el perfeccionamiento del contrato.

Finalmente, considera la Sala necesario indicar que lo sucedido en el proceso de selección que ahora se tiene la oportunidad de analizar, surge a partir de la errónea interpretación de la entidad de su propio reglamento y que se generó a partir de la estructuración que se le dio al proceso de selección, pues si bien se trataba de una contratación directa, la entidad lo encaminó bajó un procedimiento típico de un proceso de licitación pública o concurso de méritos, lo que pudo haber ocasionado ciertas ambigüedades por lo atípico de la figura, originando ciertas confusiones en la aplicación e interpretación de sus cláusulas.

Para la Sala no existe la menor duda de que el INVIAS podía aplicarle el procedimiento de una licitación o concurso de méritos a un proceso de contratación directa, toda vez que se acogió un proceso con más garantías que el de contratación directa, acomodándose perfectamente a los principios de transparencia, selección objetiva y moralidad[[19]](#footnote-19). No obstante, lo que ocurrió en el caso bajo estudio es que la entidad abandonó un procedimiento simple y sencillo, e ingresó voluntariamente a uno complejo, para el que no existe procedimiento preciso y detallado, de allí que por razones obvias surgen problemas adicionales relacionados con la forma de presentar la oferta, recibirlas, evaluarlas y de adjudicar el contrato.

Y es que si bien se denota un intención real de la Administración de garantizar la selección objetiva del contratista y demás principios que rigen la contratación estatal, no se comprende la interpretación que le dio a las cláusulas contenidas en los pliegos, pues contrario a lo que se afirmó en los actos demandados, la cláusula que le sirvió de fundamento para declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta, producía unos efectos diametralmente opuestos a los conocidos en los actos demandados. En efecto, la cláusula 3.4 del pliego, se estableció:

“3.4. Acreditación de la disponibilidad del equipo

“Una vez efectuada la evaluación de las propuestas técnica y económica, se establecerá un orden de elegibilidad de las mismas para la adjudicación del contrato. El representante legal o apoderado del proponente calificado en el primer lugar del orden de elegibilidad deberá presentar previo a la suscripción del contrato respectivo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud que para tal efecto haga el INV, en relación con disponibilidad de cada uno de los equipos necesarios para ejecutar los trabajos, según lo establecido en el Numeral 1.10 de los Términos de Referencia, cualquiera de los siguientes documentos:

“-Acreditación de la propiedad del equipo.

-Intención de alquiler del propietario del equipo.

-Copia del contrato de Leasing.

“Asimismo deberá presentarse las especificaciones y catálogos de cada uno de los equipos a utilizar.

“En caso de que el proponente ubicado en el primer lugar del orden de elegibilidad no allegue la anterior documentación, se llamará al proponente que le siga en dicho orden, y así sucesivamente, hasta lograr la adjudicación del contrato”.

La literalidad de la estipulación, permite concluir que una vez realizada la evaluación de las propuestas técnica y económica se establecía un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato, la cual se realizaría una vez se acreditara la disponibilidad del equipo. Ese efecto también lo contiene el último inciso de la cláusula, en el que se indica que si el proponente no allegaba la documentación necesaria para acreditar la disponibilidad del equipo, se procedería a llamar al siguiente en turno de elegibilidad, *“hasta lograr la adjudicación del contrato”.*

De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, no comprende la Sala el sentido y la interpretación que la Administración le otorgó a su propio clausulado, pues como se acaba de ver, la garantía sólo podría hacerse efectiva una vez el adjudicatario incumpliera con su obligación de firmar y perfeccionar el contrato o cuando el oferente retirara la propuesta después de haberse estudiado, sin embargo, se itera, ninguna de estas dos circunstancias se presentó en el asunto bajo estudio, siendo la decisión procedente rechazar la oferta con la mayor puntuación y adjudicar al proponente que continuaba en turno si su propuesta era válida.

En ese estado de cosas, la conducta irregular del INVIAS, descrita y analizada en líneas anteriores, constituye la causa jurídica a favor del Consorcio oferente, hoy demandante, para enervar la presunción que ampara al acto administrativo que hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta. La conducta irregular del INVIAS quebranta varias normas jurídicas y asimismo su acto administrativo, por medio del cual ordenó hacer efectiva la garantía por el incumplimiento del contratista y ordenó proceder al cobro respectivo.

El 29 superior constitucional por violación al debido proceso, pues INVIAS no aplicó las normas preexistentes al acto que se imputó al demandante. El artículo 13 de la ley 80 de 1993 al aplicar indebidamente el Estatuto Contractual y el artículo 25 numeral 12 ibídem, en lo relacionado con la garantía de seriedad de la oferta; este artículo dispone que *“Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta”.*

Además, aún más grave, INVIAS ignoró su propia condición indicada en los términos que decía: *“En caso de que el proponente ubicado en el primer lugar del orden de elegibilidad no allegue la anterior documentación, se llamará al proponente que le siga en dicho orden, y así sucesivamente, hasta lograr la adjudicación del contrato”.*

Así las cosas, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se declarará la nulidad de las Resoluciones No. 04590 y 05525, del 27 de octubre y 16 de diciembre de 1999, respectivamente, en las que se hizo efectiva la póliza de garantía de seriedad expedida por la Compañía de Seguros del Estado dentro del proceso de selección adelantado por el INVIAS para la contratación de un estudio de auscultación de las zonas ‘A’, y ‘C’ para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR, estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo de esa entidad.

**5. El restablecimiento del derecho solicitado por el Consorcio demandante**

Solicita la sociedad demandante que a manera de restablecimiento del derecho y de reparación del daño, se condene a la entidad demandada a resarcir los perjuicios causados con la declaratoria del siniestro y la inhabilidad de 5 años impuesta a los miembros que conformaban el Consorcio. Estima los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de dieciocho millones cien mil pesos ($ 18’100.000), que corresponden al monto de la garantía de la seriedad de la oferta. Por concepto de lucro cesante solicita el pago de cinco mil trescientos cuarenta y ocho millones novecientos veintidós mil ciento dos pesos ($ 5.348’922.102.), correspondientes a la utilidad esperada durante los cinco años de inhabilidad impuesta a los miembros del Consorcio. Reclama, además, la suma de dos mil (2.000) gramos de oro puro “por concepto de perjuicio "morales" de la persona jurídica, o afectación de su good will y buen nombre”.

**5.1.** En torno a los perjuicios morales, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que es procedente indemnizar los perjuicios morales que se prueben en el proceso, siempre que el demandante acredite la existencia de los mismos[[20]](#footnote-20): en efecto, así lo ha señalado esta esta Sección, en los siguientes términos:

*“En un principio esta Corporación negó la procedencia de la indemnización de perjuicios morales reclamados con fundamento en la actividad contractual de la Administración.*

*“La denegatoria se fundamentó en que los daños morales sólo se configuran cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto; situación que no se daba en las relaciones contractuales, porque, afirmó en esa época la Sala, los daños morales en sentido jurídico técnico no son todas las sensaciones dolorosas ajenas al sacrificio de cualquier interés jurídico protegido, sino que, daños morales son sólo los dolorosos, padecimientos, etc., que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio([[21]](#footnote-21)).*

*“Sin embargo en importantes providencias posteriores rectificó tal posición y dispuso la condena al pago de perjuicios morales, causados con ocasión de la celebración o ejecución de contratos celebrados con la Administración. (…) Resulta ilustrativo referir a las consideraciones que adoptó la Sala de entonces en sentencia proferida el día 24 de septiembre de 1987, para modificar su posición. (…) en la actualidad la tesis jurisprudencial de aceptación de la procedencia de indemnización de perjuicios morales con fundamento en la actividad contractual tiene su raíz jurídica en que el legislador garantiza la indemnidad de todo perjuicio sin diferenciar sus clases, con las características anotadas, y siempre y cuando se demuestren los hechos en que se sustenta…”[[22]](#footnote-22)*

En esos términos, en el *sub lite* se echan de menos las pruebas encaminadas a establecer el padecimiento alegado, hasta el punto que en la demanda no se solicitaron testimonios u otras pruebas en tal sentido, motivo por el que se impone negar su reconocimiento, toda vez que en materia de indemnización de perjuicios inmateriales de personas jurídicas, es carga irrefutable del demandante acreditar con cualquier medio probatorio el acaecimiento de dicho perjuicio.

Sobre el particular, debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, de manera que, en este caso, y con el fin de demostrar la existencia de los perjuicios morales sufridos, la parte demandante debía aportar los elementos probatorios conducentes para acreditar esta clase perjuicios, no obstante, la precariedad probatoria es mayúscula, y en términos de la carga de la prueba, era deber o norma de conducta de la parte acreditar los hechos aducidos, así como es regla para el juez fallar contra la parte que debía probar y no lo hizo.

**5.2.** En cuanto al daño emergente, se tiene que la pretensión está encaminada al pago del monto de la garantía de la seriedad de la oferta, no obstante, esta súplica procesal está condicionada, por su contenido, a que INVIAS le hubiese cobrado al demandante el valor estipulado en los términos de referencia y amparado en la garantía de seriedad de la oferta, y que además aquél lo hubiese cancelado, motivo por el que se accederá al restablecimiento de este derecho, en el sentido de que se reconocerá el valor cancelado como garantía de seriedad actualizado a la fecha del pago efectivo, siempre y cuando se demuestre por parte del demandante que canceló ese valor.

5.3. La parte actora solicita se reconozcan los perjuicios patrimoniales derivados de la inhabilidad prevista en el artículo 8 literal c) de la Ley 80 de 1993, que le impidió contratar con la administración pública.

Al respecto, se advierte que se dará aplicación al criterio fijado en sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, a partir de la cual se estableció, que ante una caducidad ilegalmente declarada[[23]](#footnote-23), que supone la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años, se concreta una pérdida de la oportunidad que configura un daño indemnizable y, ante la falta de certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio, en aplicación del principio de equidad se deberá tomar el contrato que se estaba ofertando como demostración de que el mismo monto sería acordado en los cinco años siguientes:

“Con referencia a los efectos que la declaratoria de caducidad generó sobre el contratista, la Sala concluye que está debidamente acreditado que hubo un perjuicio, puesto que estuvo inhabilitado para contratar con el Estado por espacio de cinco años (…) A pesar de lo anterior, no hay certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio ocasionado al actor por la inhabilidad para contratar, en tanto que el dictamen pericial, al indicar que la sociedad demandante podría montar diez unidades de puentes en un año si contaba con una línea de producción y que el número se limitaría a cinco si estuviera a la espera de pedidos para la fabricación, está refiriéndose a la oferta pero no a la demanda de construcción de los puentes.

(…)

“De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, la Sala debe tener en cuenta que en casos como el presente, en los cuales hay certeza sobre el perjuicio, pero no acerca de la cuantía, sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor del actor. La equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad que sufrió el actor de participar de procesos de contratación por espacio de cinco años y, en consecuencia, para condenar en concreto, debe contar con elementos objetivos que la sustenten, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos recaen en la certeza que tiene la Sala acerca de que el demandante se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y a que contrataba con el Estado para la construcción de obras públicas (…) que da lugar al presente proceso. Así, equitativamente, la Sala considera que el número de contratos respecto de los cuales el demandante estuvo inhabilitado para celebrar, fue de cinco, uno en razón de cada año que duró la inhabilidad”.[[24]](#footnote-24)

En relación con el valor que el demandante habría percibido por concepto de utilidad, se sigue también el criterio de la Sala con arreglo al cual esta se estima en un 10% del valor total de la oferta[[25]](#footnote-25). Y en cuanto al período indemnizable, teniendo en cuenta que la inhabilidad produjo efectos a partir del 14 de enero de 2000, día siguiente a la fecha en la cual se desfijó el edicto que notificaba la Resolución No.005525, por medio de la cual la entidad demandada declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta en el proceso de contratación directa de una consultoría para el estudio de auscultación de las zonas ‘A’, ‘B’, y ‘C’ para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR, estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del INVIAS, se hará la suma correspondiente a los años 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, tomando para tal efecto como mes de referencia enero de cada año, asumiendo que en esa fecha se habría pagado la utilidad respectiva.

En esos términos, se encuentra probado que la oferta para la contratación directa de del estudio de auscultación de las zonas ‘A’, ‘B’, y ‘C’ para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR, estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del INVIAS, presentada por el Consorcio demandante ascendía a $ 171’756.931,20 (folio 117 cuaderno de pruebas).

Ahora, está acreditado que el Consorcio demandante estaba integrado por la sociedad Ingeniería y Geotecnia Ltda., sociedad organizada conforme a las normas del derecho común, con ánimo de lucro, cuyo objeto social es “la explotación comercial de la ingeniería de consulta, en todos los campos de la ingeniería civil y en especial el de la geotecnia, en los aspectos relacionados con estudios, cálculos, diseño, asesorías, interventorías, exploración del subsuelo, exploración de laboratorio de materiales, ensayo de campo e instrumentación…” (original del Certificado de Existencia y Representación Legal 01f04022106698PM70113 de la Cámara de Comercio de Bogotá folio 7 cuaderno No. 1), la cual se dedicaba efectivamente al desarrollo de tal actividad, como lo demuestra la propuesta presentada ante el INVIAS para la adjudicación del contrato para el estudio de auscultación de las zonas ‘A’, ‘B’, y ‘C’ para la medición de la rugosidad, deflexión, granulometría, elasticidad, CBR, estructura de la red vial pavimentada y no pavimentada a cargo del INVIAS. Po su parte, el ingeniero Carlos Aurelio Hernández Barragán, quien se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y contrataba con el Estado la construcción de obras públicas.

Así las cosas, con apoyo en el criterio jurisprudencial adoptado por el Pleno de la Sección y los antecedentes recientes de esta Subsección[[26]](#footnote-26), se tiene que se privó a los integrantes del Consorcio demandante de suscribir otros contratos como el que se ofertaba en el *sub lite*, durante el período en que se prolongó la inhabilidad.

Para su cálculo se tendrá en cuenta el valor histórico del 10 % de la oferta presentada por el Consorcio, vale decir, $ 17’175.693, multiplicado por los 5 años de inhabilidad.

En tal virtud, la actualización del capital es la siguiente:

5.3.1. i) El valor histórico asciende a la suma de $ 85’878.465. *ii)* IPC final (marzo 2015): 120,98; *(iii)* IPC inicial (enero de 2000): 57, 73.

En consecuencia, el valor que correspondería a la actualización del capital asciende a $ **179’968.417.**

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

**FALLA:**

**REVÓCASE** la sentencia del 28 de julio de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones No. 004590 del 27 de octubre de 1999 y la No.005525 del 16 de diciembre de 1999.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** al Instituto Nacional de Vías -INVIAS a pagar a favor del Consorcio demandante, Ingeniería y Geotecnia Ltda., y Carlos Aurelio Hernández Barragán, a título de lucro cesante, la suma de ciento setenta y nueve millones novecientos sesenta y ocho mil cuatrocientos diecisiete pesos ($ 179’968.417),por concepto de lucro cesante, de acuerdo con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: CONDÉNASE** al Instituto Nacional de Vías -INVIAS a pagar a favor del Consorcio demandante, Ingeniería y Geotecnia Ltda., y Carlos Aurelio Hernández Barragán, en caso de que se hubiere cancelado, las sumas correspondientes al valor de la garantía de la seriedad de la oferta, actualizada a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

**CUARTO:** La totalidad de las sumas condenatorias **devengarán** intereses 30 días después de la fecha de presentación de esta sentencia para su cobro, de acuerdo con lo dispuesto por el quinto inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, tal como quedó redactado luego de su declaratoria de exequibilidad parcial hecha mediante sentencia expedida por la Corte Constitucional C-188 de 1999.

**QUINTO: DÉSE** aplicación a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

**SEXTO: EXPIDÁNSE**por Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado judicial.

**SÉPTIMO:** En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Presidenta de la Sala

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

1. “Art. 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (…).” [↑](#footnote-ref-1)
2. “Art. 13. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (…)

“Sección tercera (…)

“1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros.

“2-. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre las materias enunciadas en el numeral primero [↑](#footnote-ref-2)
3. La demanda fue presentada el 22 de febrero de 2000 y la notificación del acto administrativo demandado se realizó el 13 de enero de 2000, sin que se observe que hubiera operado el fenómeno de caducidad de la acción del inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. [↑](#footnote-ref-3)
4. A folio 100 obra el documento mediante el cual se constituyó el Consorcio Ingeniería y Geotecnia Ltda., y Carlos Aurelio Hernández Barragán, en el que se indicó el porcentaje de participación de cada uno de sus miembros (50 %) y, como representante legal se designó a Julio Eduardo Moya Barrios. [↑](#footnote-ref-4)
5. En relación con el concepto de la garantía de seriedad de la oferta, los autores, MENDOZA VARGAS, Janne Karime y GARCÍA ECHEVEERI, Claudia, en su libro El seguro de cumplimiento y la Contratación Pública, dicen: “Con antelación a todo proceso de selección, las entidades estatales deben realizar estudios de factibilidad jurídicos, técnicos y financieros mediante los cuales pretenden establecer las verdaderas necesidades de dicha contratación; ello le genera costos, por lo tanto una vez decidida a invitar a contratar o declarar la apertura de la licitación debe exigir la existencia de la garantía de seriedad que le servirá de respaldo y le garantiza al asegurado que el proponente suscriba el contrato, una vez le sea adjudicada la licitación o resulto escogido en el concurso”. Pág. 132. Ed. Leyer. [↑](#footnote-ref-5)
6. Literal F del artículo 22 y artículos 28 y 29 del Decreto-Ley 150 de 1976. [↑](#footnote-ref-6)
7. Literal F del artículo 130 ya artículos 36 y 37 del Decreto 222 de 1983. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 1999. Expediente D-2276. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cita del texto: Sentencia C-154/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell). [↑](#footnote-ref-9)
10. Cita del texto: *Ossa Efrén. Teoría General del Seguro - La institución. Ed. Temis. Bogotá. 1988. Pág. 329.* [↑](#footnote-ref-10)
11. “Ver Decreto Reglamentario 679 de 1994, artículo 16 en su parágrafo”. Cita del texto original. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1723 del 30 de marzo de 2006. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-12)
13. Decreto 1510 de 2013. “**Artículo 115. *Garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta.***La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la Adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 1510 de 2013. “**Artículo 11.** ***Clases de garantías.***Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:

1. Contrato de seguro contenido en una póliza.

2. Patrimonio autónomo.

3. Garantía Bancaria”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19.936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-16)
17. “12. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. “El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Al respecto PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, en su libro La Contratación de las Entidades Estatales, enseña: “La irrevocabilidad de la adjudicación hace que ni aun en los casos de una adjudicación contraria a la ley, pueda la Administración unilateralmente dejar sin efectos su acto, lo cual excepciona la facultad que concede el artículo 73 del decreto 01 de 1984 para hacerlo en dichos eventos”. Sexta Edición. 2010. Ed. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Pág. 307. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de julio de 2011, exp. 17.661. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cita del texto citado: “Así lo precisó la Sala en Sentencia proferida dentro de expediente 2963, el día 25 de julio de 1985.” [↑](#footnote-ref-21)
22. Cita del texto citado: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de febrero de 2001, Exp. 12.848. [↑](#footnote-ref-22)
23. En el asunto sub examine si bien no se trató de la declaratoria de la caducidad, la sanción impuesta fue la misma, razón por la que resulta aplicable lo allí resuelto. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, Exp. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. 17.935, C.P. Mauricio Fajardo Gómez (E). [↑](#footnote-ref-25)
26. “En conclusión, cuando se declara indebidamente la caducidad de un contrato estatal, lo que genera la inhabilidad para contratar con entidades públicas por el término de 5 años, para que proceda la indemnización de perjuicios, por concepto de lucro cesante, es necesario que se pruebe o acredite un daño futuro y cierto, ya que solo si existe certeza procede la condena; sin embargo, para fijar el monto es posible superar dificultades probatorias acudiendo al principio de equidad, salvo que la parte despliegue una actividad probatoria mayor, que señale elementos a partir de los cuales tasar el *quantum*, por ejemplo, en la sentencia del 20 de noviembre de 2008 se fijó la condena con base en la utilidad esperada de todos los contratos celebrados por la contratista con entidades públicas durante el año en que se declaró la caducidad, cuyo valor se proyectó en los 5 años siguientes, equivalentes a la duración de la inhabilidad, lo que hizo en vista de que el peritaje aportado al proceso “adolecía de base sólida y objetiva” (…) La Sala accederá a esta pretensión, porque no le queda la menor duda que toda declaratoria de caducidad, por generar una inhabilidad para contratar –durante 5 años- necesariamente produce un daño, porque la imposibilidad de hacer negocios con el Estado lo es en sí mismo, porque le impide contratar a quien injustamente se priva de esa libertad. Negar que la sanción más grave de todas las que se imponen al interior de la contratación no causa daños desconoce irracionalmente los efectos económicos obvios, naturales, evidentes que produce la privación de la capacidad para contratar. La sola limitación de la oportunidad para conseguir un nuevo contrato, en este caso para desempeñar la profesión de instrumentadora quirúrgica, es un daño indemnizable. (…)Por esta razón, se apelará a la equidad para condenar a la entidad, y la suma mensual que en justicia se considera adecuada –durante 4 años y medio más (54 meses), porque los primeros 6 meses de la inhabilidad ya se reconoció- es la mitad de la que venía devengando la instrumentadora -$300.000-, suma que indemniza la pérdida de oportunidad muy disminuida que tuvo –pero no absoluta- en obtener un empleo u otros contratos en el sector privado durante ese tiempo, precisamente por tratarse de una condena en equidad”. Sentencia de 28 de enero de 2015, Exp. 28.624. Subsección C. M.P. Dra. Olga Mélida Valle de De la Hoz (E). [↑](#footnote-ref-26)