

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES –Ley 446 de 1198- Artículo 87 –Definición

Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

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

Las normas procesales aplicables a la controversia son aquellas vigentes en la época de la presentación de la demanda,

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Nulidad absoluta – Nulidad de actos previos al contrato

“(…) Ante la celebración del contrato estatal, los actos previos de la administración se tornan en inseparables del negocio jurídico, lo cual significa que su control solamente puede incoarse mediante la acción de controversias contractuales, a través de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, fundamentada en la nulidad de los actos previos –entre ellos, el acto de adjudicación-.

Estas condiciones, impuestas para la impugnación judicial de los actos previos, han sido consideradas por la Corte Constitucional como requisitos congruentes y ajustados al ordenamiento jurídico, toda vez que proveen estabilidad al proceso de selección sin coartar las garantías de todos aquellos que se consideren perjudicados; a la vez que dotan de firmeza al contrato una vez este ha sido suscrito, al permitir que solo pueda ser discutido judicialmente por el Ministerio Público, las partes o un tercero que acredite un interés directo. Sobre el particular, el alto Tribunal Constitucional ha manifestado:

En este orden de ideas, se insiste que, el límite de la separabilidad de los actos previos se traza una vez se cumple el plazo de los 30 días ya referenciado o, cuando se suscribe el contrato, por cuanto desde ese momento tales actos se tornan en inseparables del mismo, lo que hace ineludible que su control judicial se ejerza mediante el ejercicio de la denominada acción de controversias contractuales, como mecanismo procedente para escrutar la presunción de legalidad de los aludidos actos previos.”

MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Informe de evaluación

La jurisprudencia de esta Corporación⁴ ha aceptado que la motivación del acto administrativo por medio del cual se adjudica un contrato estatal puede aparecer desarrollada no solamente en el texto del propio acto, sino que, también puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, tales como los informes de evaluación, cuando es inequívoca la voluntad de la administración de incorporarlos a la decisión.

“Ahora bien, debe recordarse que la Sala ha considerado que la motivación del acto de adjudicación no implica que en su texto deban encontrarse consignadas todas y cada una de las razones que determinaron su expedición, puesto que aunque la parte considerativa no sea muy explícita, hay que entender incorporadas a su motivación las razones analizadas en la evaluación de las ofertas o debatidas en la Audiencia Pública de Adjudicación”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 (69.127)
47001-23-31-000-1998-06426-00 (acumulado)
Actores: DISEÑO Y CONSTRUCCIONES CIVILES LTDA
(DIACONCI LTDA) Y OTROS
Demandados: DISTRITO DE SANTA MARTA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: PRETENSIÓN DE NULIDAD DE LA ADJUDICACIÓN
DE UN CONTRATO ESTATAL

Síntesis del caso: los oferentes vencidos controvierten, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en vigencia de la Ley 446 de 1998, la legalidad de la adjudicación de la licitación pública internacional número 01 de 1997 con la cual se seleccionó al concesionario para la construcción, operación y mantenimiento del acueducto del Río Guachaca y obras complementarias.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes demandantes de los procesos acumulados en contra la sentencia de 27 de abril de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró probada las objeciones por error grave de los dictámenes periciales practicados en el curso del proceso y denegó las pretensiones de las demandas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda (expediente 47001-23-31-000-1998-06404-01)

Mediante escrito presentado el 31 de agosto de 1998 (fl. 25 cdno. 2), las sociedades Electrohidráulica Ltda, Incoequipos SA, Arquitectos e Ingenieros Asociados SA, Estudios Técnicos SA, JHM Consultoría Ltda y Conhydra EPS, (integrantes que se denominaron grupo “Futura Asociación Concesionaria

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

Tayrona SA”¹, promovieron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta (Magdalena) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“1. Que se declaren nulas las Resoluciones No. 229 del 07 de julio de 1998, mediante la cual se ‘declaró aceptadas unas propuestas y se rechazó otras dentro de la licitación pública internacional No. 01 de 1997’ y la No. 259 del 27 de julio de 1998 por la cual ‘se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la resolución No. 229 de 1998’ por falta de motivación de hecho y de derecho.

2. Que se declare nula la Resolución No. 261 de julio 7 de 1998 expedida por el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, acto definitivo en virtud de la cual se adjudicó el contrato de concesión para la construcción, operación y mantenimiento del acueducto del Río Guachaca (...) al grupo de proponentes integrado por las firmas Cortipacífico SA, Conalvías SA, Constructora Global SA, Conciviles SA y Agremezclas SA, por falsa motivación de hecho y de derecho.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezca el derecho de las sociedades (demandantes) al haber presentado la única oferta que era calificable y, por consiguiente, más favorable para el Distrito (...) ordenando a los demandados en forma solidaria a pagar a los demandantes, la utilidad dejada de percibir por la inejecución del contrato, más el correspondiente reajuste al momento de ejecución del mismo.

4. Se condena (sic) al DISTRITO (...) al pago del lucro cesante dejado de percibir por los demandantes al no poder gozar de los valores a que tenían derecho, de conformidad con los intereses corrientes establecidos en la Ley 80 de 1993 y su decretos (sic) reglamentarios.

5. Se proceda en repetición en contra de los directos responsables de las irregularidades cometidas en este proceso de adjudicación, según se tuvo la oportunidad de manifestarse (sic) en los hechos de esta demanda en contra de la sociedad SELFINVER BANCA DE INVERSIÓN quien elaboró el informe del Comité Evaluador, así como del Alcalde del Distrito de Santa Marta, JAIME SOLANO JIMENO, o de las personas que sean llamadas en garantía para este efecto por parte de los demandados.

6. Que se actualicen los valores definidos por los conceptos anteriores, a la fecha correspondiente de pago, con base en los intereses corrientes establecidos en la Ley 80 de 1993 o los intereses reconocidos por el Consejo de Estado, de inferior categoría monetaria, en casos ordinarios de actualización de condenas.

7. Se de (sic) aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

¹ El pliego de condiciones permitía presentar propuestas “por dos o más personas”, además, con independencia de la figura asociativa utilizada por los proponentes pluripersonales, imponía “asumir expresamente el compromiso de constituir una sociedad anónima ESP, que tenga como objeto social exclusivo la prestación del servicio objeto de la concesión en caso de ser adjudicatario” (fl. 48 cdno. 10).

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

8. *Se condene en costas al DISTRITO (...).*" (fls. 7-9 cdno. 2 – mayúsculas fijas del origina).

1.1 Hechos

Como sustento fáctico de las pretensiones de la demanda se señaló, en síntesis, el siguiente:

1) El 19 de enero de 1998 el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta (Magdalena) abrió la licitación pública internacional número 01 de 1997 cuyo objeto fue la selección del concesionario para la construcción, operación y mantenimiento del acueducto del Río Guachaca, a la cual se presentaron los siguientes oferentes:

a) Sociedades Corfipacífico SA, Conalvías SA, Constructora Global SA, Conciviles SA y Agremezclas SA (adjudicatarios).

b) Unión Temporal ACNEDI integrado por las sociedades Grupo Acciona SA, Necso Entrecanales Cubiertas SA sucursal de Colombia, Construcciones Civiles Ltda – DICONCI Ltda, Óscar Sánchez Velásquez y Norberto Garcés Alarcón.

c) Sociedades Alfredo Muñoz y Cia Ltda y Obras Especiales Obresca CA.

d) Sociedades K&M Engenerring & Consulting Corporation y Morrison Knudsen International.

e) Integrantes de la "*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*", sociedades Electrohidráulica Ltda, Incoequipos SA, Arquitectos e Ingenieros Asociados SA, Estudios Técnicos SA, JHM Consultoría Ltda y Conhydra EPS.

2) Con el fin de calificar las propuestas el distrito demandado designó un comité evaluador conformado por tres funcionarios de la firma Selfinver Banca de Inversión, el cual recomendó descalificar la oferta de los demandantes por considerar que, en lo correspondiente a la capacidad jurídica (*i*) no se presentó el poder otorgado por el representante de la sociedad Arquitectos e Ingenieros

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

Asociados SA quien suscribe la propuesta, (ii) no se presentó el acta de junta de socios en la cual se autorizó al gerente de la sociedad JHM Consultoría Ltda para comprometer a la sociedad en la licitación, (iii) la póliza presentada no garantiza a las proponentes sino a la “*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*” y, (iv) el proponente exige mecanismos para restablecer el equilibrio contractual cuando existan cambios en la legislación tributaria nacional, lo cual contraría lo dispuesto en el numeral 1.4.18 del pliego de condiciones; de otro lado, se desconoció, indebidamente, la experiencia de algunas las sociedades oferentes sin tener en cuenta en forma estricta las previsiones del pliego de condiciones.

3) Con sustento en el informe de evaluación y previo traslado de las objeciones formuladas a este, el Distrito de Santa Marta expidió la Resolución número 259 de 7 de julio de 1998 por la cual rechazó el ofrecimiento de los demandantes.

4) Los demandantes presentaron recurso de reposición en contra de la Resolución número 229 de 1998 la cual fue confirmada a través de la Resolución número 259 de 27 de julio de 1998 y, en la misma fecha, se adjudicó el contrato mediante la Resolución número 261 de 1998.

1.2 Cargos

La demanda se sustentó en que la evaluación con sustento en la cual se realizó la adjudicación fue contraria a la ley, al pliego de condiciones y a la realidad de las propuestas presentadas, por lo siguiente:

1.2.1 Objeciones en relación con la evaluación de los demandantes

1) Las sociedades demandantes, para efectos de la presentación de la propuesta, se agruparon con el nombre de “*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*” con el fin de poder participar en la licitación; la póliza número G-U01.0786942 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza SA amparó al mencionado grupo de sociedades y sus integrantes fueron especificados en la nota número 2 de la póliza; además, en la promesa de contrato de constitución de la sociedad concesionaria consta, de manera específica e inequívoca, quiénes

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

son las sociedades oferentes, por lo cual la póliza sí cumplió con la finalidad de amparar la seriedad de la oferta.

2) La ausencia de requisitos subsanables no era razón suficiente para rechazar los ofrecimientos, por lo cual la administración debió permitir su subsanación y requerirlos al oferente, lo cual no hizo.

3) La “*sugerencia en materia de impuestos*” incluida en la propuesta no condicionó o limitó su alcance toda vez que nunca indicaron que no asumirían los impuestos, sino que, tan solo consideraron prudente precisar que, si el riesgo tributario era de cargo del contratista, así debió precisarse en el pliego de condiciones para efecto del cálculo de la tarifa a cobrar.

4) El pliego de condiciones no exigía “*experiencia específica*” en obras hidráulicas, sanitarias o similares sino, únicamente, acreditar haber ejecutado “*obras similares*”, razón por la cual fue ilegal desconocer la experiencia de algunos de los integrantes de la “*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*” en relación con los siguientes aspectos específicos de la oferta:

a) Obra de rehabilitación Puente Salgar (sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados SA):

La experiencia obtenida en este contrato consistió en el “*relleno de protección en las socavaciones del río para de esta manera lograr la recuperación ecológica y morfológica*” (fl. 16 cdno. 2), actividad que hacía parte de las obras sanitarias del contrato, trabajo *similar* al que habría que realizarse en el contrato para el cual se presentó la oferta.

b) Obra Cervecería Leona (sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados SA):

Consistió en la construcción de dos (2) plantas de tratamiento de aguas residuales, las cuales no fueron tenidas en cuenta porque no se acreditó el porcentaje de participación de la oferente, pese a que el pliego de condiciones no señaló que la experiencia sería divisible; además, para evaluar el porcentaje de participación respecto de otras experiencias (contrato ejecutado por

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

Electrohidráulica Ltda para la construcción de la estación de Bombeo 'Paso del Comercio') la entidad dividió aritméticamente entre el número de proponentes, sin embargo, en el caso de la Cervecería Leona aplicó un criterio distinto.

c) Empresa Industrial e Inversiones Samper (Incoequipos):

La sociedad oferente realizó obras de descapote, explotación y cargue de caliza y conformación de areniscas y lutitas en dos (2) misas de los municipios de Monquirá y La Calera, las cuales no fueron validadas porque no se realizó la explotación de un recurso natural, pese a que la caliza es uno de estos tal como lo prevé el artículo 1 de la Ley 141 de 1994 y está incluido en las obras del grupo 13 de la especialidad 02 del RUP.

d) Poblado Country (Arquitectos e Ingenieros Asociados SA):

Se desestimó esta experiencia porque no incluye obras de acueducto y alcantarillado, sin embargo, en el conjunto de trabajos realizados se encuentra la red de distribución de aguas negras y empradización que hacen parte de las obras sanitarias y ambientales del RUP y el club no podía construirse sin realizarlas.

1.2.2 Objeciones en relación con la evaluación del adjudicatario

1) El adjudicatario solo cotizó dos (2) bombas sumergibles para la captación del Río Guachaca pese a que en las adendas 4 y 7 quedó estipulado que se requerían tres (3) de estas.

2) El adjudicatario no adjuntó la *"propuesta de la fiduciaria y la carta de compromiso correspondiente"* exigidos en el pliego de condiciones como garantía en favor del concesionario de los dineros que el Distrito recaudaría para el pago del servicio; el ente territorial asumió dicha carga para suplir la falencia de la propuesta lo cual violó la igualdad entre los oferentes.

1.2.3 Objeciones en relación con la evaluación de otros oferentes

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

La Unión Temporal ACNEDI no aportó la promesa de futuro contrato de sociedad que habría de constituirse en caso de resultar adjudicataria.

2. La demanda acumulada (expediente 47001-23-31-000-1998-06426-00)

1) A petición de parte, mediante auto de 10 de agosto de 2004, el tribunal de primera instancia ordenó acumular el expediente número 47001-23-31-000-1998-06426-00 al presente trámite, el cual corresponde a la demanda promovida el 26 de agosto de 1998 (fl. 14 cdno. 1) por otro grupo de proponentes vencidos, constituido por las siguientes personas: Diseño y Construcciones Civiles Ltda, Diconci Ltda, Necso Entrecanales y Cubiertas SA, Grupo Acciona SA, Norberto Garcés Alarcón y Óscar Sánchez Velásquez, integrantes de la Unión Temporal ACNEDI, quienes también reclaman que se les privó injustamente de la adjudicación, por lo cual formularon las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare nula la Resolución 261 del 27 de julio de 1998, emanada del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, por medio de la cual se adjudicó el contrato de concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento del Río Guachaca (...).

2. Que son nulas además la Resolución 229 de julio 7 de 1998 y (...) 261 del 27 de julio de 1998 (...).

3. Que (...) la adjudicación del contrato le corresponde al grupo Unión Temporal ACNEDI, integrado por las sociedades Grupo Acciona S.A., Necso Entrecanales y Cubiertas S.A. – sucursal de Colombia, Diseño y Construcciones Civiles Ltda, Diconci Ltda y por Óscar Sánchez Velásquez y Norberto Garcés Alarcón.

4. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se restablece el derecho de las sociedades (demandantes) ordenando al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y a los demás demandados, paguen a los demandantes, la utilidad de construcción y la utilidad de la concesión dejadas de percibir por la inexecución del contrato, las cuales serán reajustadas con el IPC más 6 puntos desde abril de 1998 hasta la fecha del fallo.

5. Que se condena al DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA y a los demás demandados, al pago del lucro cesante dejado de percibir por los demandantes, por la pérdida del costo de la oportunidad, al no poder gozar de los valores a que tenían justo derecho y en relación con las tasas de interés corriente bancario de libre asignación o los que en su defecto consagra la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679, entre la fecha de suscripción del respectivo contrato y la del respectivo pago.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

6. *Que se condene en costas al Distrito (...) y a los demás demandados (...).*" (fls. 1-2 cdno. 1 – mayúsculas fijas originales).

2) Las referidas pretensiones se formularon en contra de la entidad territorial contratante y de los señores Agustín Calderón Serrada, Miguel Montes Swanson, Magdalena Barón de Martínez y Mario Estrada Salas (integrantes del comité que se encargó de evaluar las propuestas) y de la sociedad Selfinver Banca de Inversión (para la cual laboraban los referidos evaluadores).

3) Por su parte, en el auto admisorio de la demanda se ordenó vincular como litisconsortes de la parte pasiva a las sociedades adjudicatarias; Corfipacífico SA se opuso a las pretensiones (fls. 311 y ss cuaderno despacho comisorio) por considerar que cumplió los requisitos necesarios para ser contratista por lo cual fue beneficiada con la adjudicación, pero, la decisión sobre quién sería el contratista estuvo en cabeza de la entidad territorial quien es la eventual llamada a indemnizar los daños cuya reparación se pretende; ante la imposibilidad de notificarlas personalmente, las demás sociedades contratistas estuvieron representadas por curador *ad litem*, quien solicitó que se profiera sentencia con sustento en aquello que resulte demostrado en el proceso (fls. 148 – 152 cdno. despacho comisorio).

2.1 Cargos de la demanda acumulada

1) La adjudicataria no presentó el compromiso fiduciario ni indicó el nombre de la fiduciaria con la cual se suscribiría el correspondiente contrato para garantizar los derechos económicos del concesionario, pese a lo cual, en contravía de lo dispuesto en el pliego de condiciones y de la igualdad entre los oferentes, el Distrito *"anunció que presentaría el nombre de la fiduciaria, eximiendo de esta obligación a ese oferente específicamente"* (fl. 6 demanda).

2) El pliego de condiciones exigía incluir el costo de administración del fideicomiso en los costos indirectos de la propuesta lo cual no hizo el adjudicatario.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

- 3) El adjudicatario no presentó la garantía bancaria que asegurara el pago de aportes de capital porque esta fue expedida por uno de los integrantes del mismo grupo.
- 4) Conciviles SA no acreditó la autorización de la sociedad al gerente general para integrar el extremo contratante.
- 5) El adjudicatario no presentó la documentación técnica sobre las características de las bombas, motores, tubería, sistema de control de monitoreo y otros a utilizar en caso de adjudicación, lo cual conducía al rechazo de la prueba con sustento en numeral 6.5.2 del pliego de condiciones de la licitación.
- 6) El adjudicatario no ofertó el equipo exigido: solo cotizó dos (2) bombas sumergibles pese a que se exigían tres (3), ni los conjuntos bomba – motor para las estaciones de bombeo, ni el módulo adicional de 500 LPS para la planta de tratamiento, equipo esencial para la ejecución del contrato el cual tiene un costo directo de \$5.330.421.890 incluido el AUI y, por tanto, tuvo incidencia directa en el valor de la propuesta y en el menor costo propuesto por el adjudicatario.
- 7) La decisión sobre la adjudicación no fue motivada y hubo desviación de poder por favorecimiento indebido en favor del adjudicatario, por el hecho de exonerarlo de requisitos exigidos en igualdad de condiciones a todos los oferentes.

3. Contestaciones de las demandas

3.1 Distrito de Santa Marta

El ente territorial demandado se opuso a las pretensiones de ambas demandas (fls. 1 – 8 cdno. 3) por las razones que se sintetizan a continuación:

- 1) No existieron irregularidades en la adjudicación y esta se ciñó a las reglas establecidas en el pliego de condiciones.
- 2) La fiduciaria que garantizaría los derechos del distrito podía ser escogida por este lo cual no violó la igualdad entre los oferentes.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

- 3) El pliego de condiciones no prohibió que alguna de las sociedades oferentes otorgara la garantía bancaria exigida.
- 4) La contratista sí presentó el compromiso de constitución de sociedad futura.
- 5) En la adenda número 7 al pliego de condiciones no se especificó la cantidad de bombas exigidas por lo cual la propuesta de la adjudicataria era admisible.

3.2 Selfinver Banca de Inversión, Miguel Montes Swanson y Magdalena Barón de Martínez

Las referidas personas, demandadas en el expediente número 47001-23-31-000-1998-06426-00 por el hecho de haber participado en la evaluación de las ofertas, fueron notificados personalmente de la admisión de la demanda² y contestaron en los siguientes términos:

- 1) Aunque las demandas se presentaron dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto administrativo de adjudicación del contrato materia de la presente controversia, el auto admisorio de las demandas no fue notificado dentro de los 120 días siguientes, por lo cual el término de caducidad no se tiene por interrumpido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 del CPC.
- 2) El medio de control jurisdiccional ejercido es improcedente porque para el momento de la presentación de las demandas ya se había suscrito el contrato correspondiente y, en tal virtud, a partir de ese momento la nulidad de los actos previos solo podía invocarse como sustento de la nulidad del contrato, lo cual no hicieron los demandantes quienes se limitaron a proponer pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho.
- 3) El informe de evaluación no constituye decisión sobre la adjudicación y contiene una recomendación que puede ser acogida o rechazada por la entidad contratante.

² Los demás fueron emplazados por la imposibilidad de notificarlos, se les designó curador *ad litem* y este guardó silencio.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI* y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

4) El informe rendido por los demandantes se fundamentó en el contenido de las ofertas presentadas y en el pliego de condiciones.

3.3 Adjudicatarios

1) Las sociedades adjudicatarias fueron vinculadas en calidad de litisconsortes de la parte pasiva; Corfipacífico SA fue notificado personalmente y se opuso a las pretensiones con la excepción de *inexistencia del demandado* por encontrarse en liquidación; adicionalmente alegó que cumplió con todos los requisitos exigidos en la licitación pública en la cual el grupo del cual hizo parte resultó adjudicatario y que no tuvo vínculo contractual con los demandantes en virtud del cual pueda ser llamada a responder frente a estos.

2) Conalvías SA, Conciviles SA y Agremezclas SA no comparecieron a notificarse personalmente de la admisión de las demandas por lo cual estuvieron representadas por curador *ad litem* quien solicitó al tribunal resolver las pretensiones con sustento en lo que resulte probado en el proceso (fls. 148 – 152 cdno. 1).

4. La sentencia apelada

El 27 de abril de 2022, el Tribunal Administrativo del Magdalena denegó las súplicas de las demandas (archivo sentencia índice 2 SAMAI) con sustento en las razones que a continuación se resumen:

1) La acción ejercida por las demandantes es procedente porque con ella se controvierte la legalidad de la adjudicación y del contrato; además, fue interpuesta dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto administrativo por medio del cual se seleccionó al contratista, al tiempo que el artículo 90 del CPC no es aplicable en materia de caducidad a los casos de conocimiento de esta jurisdicción porque dicha figura está regulada integralmente en el CCA.

2) El dictamen pericial practicado en el curso de proceso (decretado en el curso del expediente número 47001-23-31-000-1998-06404-01) con el fin de establecer

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la adjudicación y la utilidad esperada del contrato incurrieron en error grave porque el primer perito designado presentó un dictamen y se negó a rendir la adición ordenada a petición de parte, razón por la cual se designó a un segundo experto quien, en forma indebida, fundó sus conclusiones en la primera experticia.

3) El segundo dictamen pericial decretado a instancia de los demandantes en el proceso 47001-23-31-000-1998-06426-00 con el propósito de analizar las ofertas de todos los proponentes y cuantificar la utilidad esperada por estos con la ejecución del contrato también incurrió en error porque los expertos (i) analizaron el asunto como si se tratara de un contrato de obra y no de concesión y no estuvieron acompañados de los modelos económicos de las propuestas que permitan determinar las incidencias económicas específicas del contrato, (ii) ni se sustentaron en una determinación seria y atendible de la tasa interna de retorno que tendría el concesionario.

4) Aunque en la Resolución número 229 de 7 de julio de 1998 no se plasmaron las razones por las cuales unos oferentes fueron descalificados, limitándose la entidad a citar el informe de evaluación, ello sí se hizo cuando se decidió el recurso de reposición interpuesto por los demandantes, en el cual se expuso la razón por la cual la entidad acogió el informe de evaluación frente a cada punto materia de debate.

5) No había lugar al rechazo de la propuesta de los adjudicatarios, por lo siguiente:

a) La carta de compromiso y el nombre de la fiduciaria no constituían un elemento esencial de la oferta y no estaban descritos en el capítulo IV ni en el numeral 6.2 del pliego de condiciones; aunque en la adenda número 7 se dispuso que el proponente debía presentar esta información, tal requisito era “*insustancial*” porque no era necesario para la comparación de las propuestas.

b) La construcción del acueducto concesionado se realizaría en tres (3) etapas y los formatos que hacían parte integral del pliego señalaban los items y cantidades de obra a ejecutar, por lo cual no era necesario ni se les exigió a los oferentes individualizar los equipos ofertados, por ende, no era causal de rechazo; la

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

obligación de acompañar la justificación técnica de los equipos solo era exigible cuando se ofertara una alternativa a la exigida por la entidad, lo cual no ocurrió.

c) En los planos entregados por la entidad territorial se detalló el número de bombas sumergibles requeridas y el número de bombas no era un criterio para la calificación o descalificación de las propuestas y no incidían en las ofertas, debido a que el pliego de condiciones no exigía presentar análisis detallado de precios unitarios.

6) Por su parte, la oferta presentada por los integrantes de la *“Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA”* fue bien rechazada por lo siguiente:

a) La garantía de seriedad de la oferta no amparó a las personas jurídicas oferentes sino a una inexistente para el momento de la presentación de la oferta y la adjudicación, por lo cual estuvo bien rechazado el ofrecimiento, máxime porque ese requisito sustancial no podía ser subsanado porque implicaba mejorar el ofrecimiento, lo cual está prohibido en garantía de la igualdad entre los proponentes.

b) La *“sugerencia”* en materia de impuestos contenida en la oferta de la *“Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA”*, según la cual su oferta se calculó con las tasas impositivas vigentes y que debían preverse los mecanismos para equilibrar el contrato en caso de cambios en la legislación colombiana, fue en realidad un condicionamiento contrario a las estipulaciones del pliego de condiciones según el cual el riesgo tributario lo asumía el concesionario, por lo cual, el rechazo de la oferta estuvo justificado.

c) El pliego de condiciones previó de manera expresa que las *“obras similares”* para efectos del cálculo de la experiencia exigida a los contratistas serían las relacionadas con las siguientes especialidades del RUP: constructor, obras civiles hidráulicas, obras sanitarias o ambientales, adicionales, líneas de conducción, gasoductos y oleoductos, montajes relacionados con tuberías y equipos de bombeo; sin embargo, la experiencia en la construcción de la obra denominada *“Puente Salgar”* consistió en el relleno de socavaciones en el lecho del río y la correspondiente a *“Empresa Industria e Inversiones Samper”* tenía que ver

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

únicamente con el cargue y descargue de materiales en la mina “*La Esperanza*”, ambas labores ajenas a las especialidades exigidas según están descritas en el Decreto 92 de 1998.

d) De otro lado, las certificaciones aportadas para acreditar la experiencia en las obras “*Cervecería Leona*” y “*Poblado Country*” no permiten evidencia el porcentaje de participación de las sociedades oferentes, por lo cual estuvieron fueron bien desestimadas por la entidad territorial demandada.

8) El informe de evaluación de las ofertas era solamente un criterio orientador para la entidad, no está probado que la finalidad de la adjudicación hubiera sido contraria a los fines del buen servicio y el contrato fue adjudicado a la propuesta que ofreció el mejor precio, tal como se había previsto en el pliego de condiciones, por lo cual no se desvirtuó la legalidad de los actos administrativos demandados.

5. Los recursos de apelación

Los demandantes de uno y otro procesos apelaron la sentencia de primera instancia, con el fin de que sea revocada y, en su lugar, que se concedan sus respectivas pretensiones, por las razones que se resumen a continuación:

5.1 Integrantes del grupo “*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*” (exp. 47001-23-31-000-1998-06404-01)

La inconformidad de las sociedades Electrohidráulica Ltda, Incoequipos SA, Arquitectos e Ingenieros Asociados SA, Estudios Técnicos SA, JHM Consultoría Ltda y Conhydra EPS, integrantes de la denominada “*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*” (fls. 52 – 68 cdno. ppal.) con la sentencia de primera instancia tiene que ver con los siguientes aspectos:

1) El tribunal erró por declarar probada la objeción por error grave del dictamen pericial practicado a instancia de ese extremo procesal, pues, la sola circunstancia de que el segundo perito designado se hubiera referido al trabajo del primero no permite juzgar como erradas sus conclusiones; en la sentencia no se sustentó si

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

el trabajo pericial incurrió en una inadecuada interpretación del objeto de la prueba, único escenario en el cual podía declarar próspera la objeción.

2) La oferta de Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA fue indebidamente rechazada porque se aportó correctamente la garantía de seriedad de la propuesta y en el texto de la póliza se hizo mención a cada una de las personas oferentes y no solo a la futura sociedad y, en todo caso, dicha póliza era subsanable porque no otorgaba puntaje; además, insistió en que su propuesta económica no incluyó un condicionamiento en materia de estabilidad tributaria sino, únicamente, una recomendación y todos los integrantes acreditaron en debida forma la experiencia exigida, toda vez que estuvieron relacionadas con la explotación de recursos naturales y el pliego de condiciones no exigía acreditar los porcentajes de participación de cada oferente para validarla.

3) La propuesta de la Unión Temporal ACNEDI debió descalificarse porque no se acompañó la promesa de futura sociedad como lo exigía el pliego de condiciones.

4) La oferta de los adjudicatarios debió ser rechazada debido a que no ofertaron el equipo mínimo exigido ni cotizaron elementos esenciales para la concesión, lo cual condujo que su oferta económica estuviera mal estimada.

5.2 Integrantes de la Unión Temporal ACNEDI (expediente 47001-23-31-000-1998-06426-00)

Por su parte, las sociedades Grupo Acciona SA, Necso Entrecanales Cubiertas SA sucursal de Colombia, Diseño y Construcciones Civiles Ltda – DICONCI Ltda y los señores Óscar Sánchez Velásquez y Norberto Garcés Alarcón, integrantes de la Unión Temporal ACNEDI cuestionaron la sentencia de primera instancia (fls. 43 – 50 cdno. ppal.) en los siguientes términos:

1) El tribunal erró en declarar probada la objeción por error grave de los dictámenes periciales, porque lo hizo con sustento en su apreciación de los juicios e inferencias de los peritos y no por la existencia de un verdadero yerro respecto del objeto examinado. La circunstancia de haber citado el primer dictamen rendido por el perito a la postre relevado no tiene, por sí misma, la virtualidad de minar el valor probatorio de la experticia.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

2) Los peritos no confundieron el objeto del dictamen; para analizar la utilidad dejada de percibir era necesario que se tuviera en cuenta que el contrato tenía una fase de construcción y otra de operación; la primera de estas tenía un AUI porque podía conocerse el valor de la inversión a realizar y el precio se pagaría al terminar la construcción; por su parte, otras serían las utilidades de la fase de operación, las cuales también deben indemnizarse.

3) El tribunal reconoció que el acto de adjudicación no estuvo debidamente motivado y se limitó a aceptar las conclusiones del comité evaluador, lo cual conduce, necesariamente, a decretar su nulidad.

4) El grupo adjudicatario no cumplió los requisitos del pliego de condiciones porque no informó el nombre de la fiduciaria ni aportó la carta de compromiso de constituir la con el fin de garantizar los recursos recaudados por el distrito en favor del concesionario, lo cual se exigió expresamente en el pliego de condiciones; la administración lo benefició indebidamente por el hecho de exonerarlo de ese requisito, en contravía de la igualdad entre los proponentes, cuestión que el tribunal omitió resolver.

5) La adjudicataria cotizó equipo menor al exigido, no aportó las especificaciones técnicas, la garantía bancaria fue expedida por uno de sus integrantes y el representante de uno de ellos no estaba autorizado para presentar la oferta, lo cual conducía al rechazo de la propuesta; los equipos que dejaron de cotizarse por el adjudicatario tenían un significativo valor, superior a cinco mil millones de pesos, lo cual permitió una menor tarifa y determinó la adjudicación en su favor.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) pretensiones de nulidad de los actos administrativos precontractuales en vigencia del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, (iii) motivación del acto de adjudicación, (iv) el adjudicatario fue

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

debidamente habilitado por la entidad contratante en el curso de la licitación pública internacional número 001 de 1997 del Distrito de Santa Marta, (v) las objeciones por error grave en contra de los dictámenes periciales y, (vi) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Las demandas, promovidas por dos distintos oferentes vencidos, se dirigen a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se adjudicó una licitación pública y la reparación de perjuicios por la utilidad que cada uno esperaba obtener, por considerar, cada uno de ellos, que su oferta era la mejor y, por ende, que debió ser favorecida con la adjudicación; el contrato está regido por la Ley 80 de 1993 en los precisos términos del artículo 2 de dicho ordenamiento porque los suscribe una entidad territorial en calidad de contratante.

El tribunal de primera instancia denegó las súplicas de ambas demandas por estimar que el contrato fue adjudicado en legal forma, en aplicación de las reglas del pliego de condiciones, decisión que los apelantes no comparten.

La Sala modificará la decisión de primera instancia y se inhibirá de emitir decisión de fondo en relación con las pretensiones del expediente 47001-23-31-000-1998-06404-01, toda vez que la demanda fue presentada con posterioridad a la suscripción del contrato estatal de concesión número 001 de 26 de agosto de 1998, por lo cual la nulidad de los actos previos solo podía reclamarse como fundamento de la nulidad del contrato, lo cual no hicieron los demandantes en dicho proceso, quienes no cuestionaron la legalidad del negocio jurídico.

De otro lado, se confirmará lo decidido por el tribunal de primera instancia en tanto denegó las súplicas de la demanda promovida en el proceso identificado con el número de radicación 47001-23-31-000-1998-06426-00, toda vez que no se demostró que la propuesta del adjudicatario del contrato hubiera sido habilitada en contravía de las reglas que rigieron el procedimiento de selección del contratista.

Finalmente, se mantendrá la sentencia apelada en relación con la decisión de declarar prósperas las objeciones por error grave en contra de los dictámenes

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
 Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

periciales toda vez que los peritos confundieron el objeto y tipología del contrato lo cual condujo a que las conclusiones entregadas no correspondan con la realidad de la licitación pública ni del contrato producto de esta.

2. Pretensiones de nulidad de los actos administrativos precontractuales en vigencia del artículo 32 de la Ley 446 de 1998

1) El artículo 32 de la Ley 446 de 7 de julio de 1998 reformó el artículo 87 del Decreto-ley 01 de 1984³ y dispuso que la vía procesal adecuada para pretender la nulidad de los actos precontractuales era la de nulidad y restablecimiento dentro de los treinta días siguientes a su notificación; sin embargo, también previó que una vez suscrito el contrato la ilegalidad de los actos previos solo podía reclamarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato:

“ARTÍCULO 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. **Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.**

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

2) En esas condiciones, la separabilidad de los actos precontractuales para efectos de su control judicial quedó restringida a que la demanda se promueva antes de la celebración del contrato; luego de ello, por disposición legal, solo podía invocarse la invalidez de la adjudicación como fundamento de la nulidad del contrato.

3) La disposición en cita fue demandada mediante la acción de inconstitucionalidad con el argumento de que esa restricción procesal impedía a los ciudadanos acceder a la administración de justicia y violaba el debido proceso

³ Las normas procesales aplicables a la controversia son aquellas vigentes en la época de la presentación de la demanda, razón por la cual la Sala se abstiene de analizar el asunto a la luz de las normas del CPACA que regulan de forma distinta el asunto.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

por el hecho de imponer demandar el contrato cuando ello puede no ser la intención del afectado, al tiempo que dejaba la definición de la acción en manos de quien tiene a su cargo la suscripción del contrato. En sentencia C-1048 de 2001 la Corte Constitucional la declaró exequible por considerar que no desprotege los intereses de los terceros afectados y deja abierta la posibilidad de cuestionar los actos precontractuales con base en las reglas definidas por el legislador. Así lo resolvió:

“La expresión, ‘(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato’, a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

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

(...).

*De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que **una vez** expirado este término o **suscrito el contrato**, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, **los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta**, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.” (se resalta).*

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
 Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

4) En relación con la posibilidad de acudir al estrado judicial para discutir la legalidad de los actos previos al contrato esta Corporación ha señalado precisamente lo siguiente:

“(…) Ante la celebración del contrato estatal, los actos previos de la administración se tornan en inseparables del negocio jurídico, lo cual significa que su control solamente puede incoarse mediante la acción de controversias contractuales, a través de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, fundamentada en la nulidad de los actos previos –entre ellos, el acto de adjudicación–.

Estas condiciones, impuestas para la impugnación judicial de los actos previos, han sido consideradas por la Corte Constitucional como requisitos congruentes y ajustados al ordenamiento jurídico, toda vez que proveen estabilidad al proceso de selección sin coartar las garantías de todos aquellos que se consideren perjudicados; a la vez que dotan de firmeza al contrato una vez este ha sido suscrito, al permitir que solo pueda ser discutido judicialmente por el Ministerio Público, las partes o un tercero que acredite un interés directo. Sobre el particular, el alto Tribunal Constitucional ha manifestado:

“(…) Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio” (se subraya).

En este orden de ideas, se insiste que, el límite de la separabilidad de los actos previos se traza una vez se cumple el plazo de los 30 días ya referenciado o, cuando se suscribe el contrato, por cuanto desde ese momento tales actos se tornan en inseparables del mismo, lo que hace ineludible que su control judicial se ejerza mediante el ejercicio de la denominada acción de controversias contractuales, como mecanismo procedente para escrutar la presunción de legalidad de los aludidos actos previos.” (negritas adicionales).

5) Debido al interés que les asistía a los oferentes vencidos para demandar, tenían la carga de informarse sobre los pormenores relativos a la firma del contrato, documento que era de libre acceso al público; en sentencia C-712 de 2005 la

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
 Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

Corte Constitucional examinó nuevamente la constitucionalidad del artículo 87 del CCA y precisó lo siguiente respecto del conocimiento de la suscripción del contrato por parte del oferente vencido:

“[C]onsidera la Corte que la disposición en comento impone una carga procesal mínima a los interesados en ejercer la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales, a saber, la de estar debida y oportunamente informados, por medio de los canales públicos establecidos en la ley, sobre la fecha en que según los pliegos de condiciones, términos de referencia o actos administrativos pertinentes habrá de suscribirse el contrato administrativo correspondiente. Se trata de una carga que no resulta manifiestamente desproporcionada ni irrazonable, y que -se reitera- es de fácil cumplimiento, por la naturaleza pública tanto de los pliegos de condiciones y términos de referencia como de los actos administrativos mediante los cuales se introduzcan modificaciones a la fecha de celebración del contrato inicialmente prevista (art. 24, Ley 80 de 1993)”. (resalta la Sala).

6) En este caso particular el pliego de condiciones previó, de manera inequívoca que *“una vez efectuada la adjudicación, se procederá con la firma del contrato de concesión dentro de los VEINTE (20) días hábiles siguientes a la fecha de adjudicación, con la sociedad que el adjudicatario deberá constituir para tal efecto”* (fl. 57 cdno. 10), estipulación que se reiteró en el artículo tercero del acto de adjudicación en cual se indicó lo siguiente:

“ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de esta adjudicación, el grupo proponente deberá constituir la Sociedad Concesionaria S.A. E.S.P de conformidad con el ítem 4.4. del pliego de condiciones dentro de la licitación No. 01 de 1997 y su propia propuesta, dentro del término que permita el cumplimiento del plazo de veinte (20) días hábiles indicado en el ítem 7.2 y 7.3 para la suscripción del contrato de concesión”.

7) Así las cosas, los demandantes debían informarse acerca del estado de dicha actuación con el fin de acatar las normas procesales vigentes que regulaban la forma de atacar la validez de los actos precontractuales; no obstante, en contravía de lo dispuesto en las normas procesales aplicables, en este caso concreto, los demandantes pretenden cuestionar, separadamente, la legalidad de los actos precontractuales sin cuestionar la validez del negocio jurídico, lo cual no era posible con sustento en el régimen legal aplicable para la época.

8) Está probado en este asunto que las demandas se presentaron en las siguientes fechas:

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

a) Expediente 47001-23-31-000-1998-06404-01, demandantes integrantes del grupo “Futura Asociación Tayrona SA” el 31 de agosto de 1998 (fl. 25 cdno. 2).

b) Expediente 47001-23-31-000-1998-06426-00, demandantes integrantes de la Unión Temporal ACNEDI, el 26 de agosto de 1998 (fl. 14 cdno. 1).

9) En los referidos términos, la demanda de los integrantes del grupo “*Futura Asociación Concesionaria Tayrona SA*” con la cual se dio inicio al proceso que se tramitó con el número 47001-23-31-000-1998-06404-01 fue promovida en forma posterior a la suscripción del contrato, el cual se firmó el 26 de agosto de 2008 (fl. 750 cdno. 4), por lo cual, en ese momento, la validez de los actos previos solo podía reclamarse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato, por consiguiente, como así no lo hicieron los demandantes, la demanda es inepta, lo cual impone modificar el fallo apelado para declarar probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

10) No ocurre lo mismo en relación con las pretensiones de la Unión Temporal ACNEDI, las cuales se tramitaron con el número de radicación 47001-23-31-000-1998-06426-00, pues, la demanda fue presentada el mismo día de la firma del contrato y no es posible establecer probatoriamente si lo fue antes o después de la firma del contrato, porque el sello de radicación de la demanda se estampó en forma manual y no consta la hora exacta de presentación, así como tampoco es posible establecer la hora de la suscripción del contrato; en esas condiciones, se impone garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y resolver de fondo, únicamente, respecto de las pretensiones del referido expediente, en el entendido de que antes de la suscripción del contrato sí era posible demandar separadamente el acto de adjudicación y no se probó que la demanda sea posterior a la firma del contrato.

3. Motivación del acto de adjudicación

1) La parte apelante insiste en que el acto de adjudicación demandado no fue motivado y que la motivación presentada por la entidad territorial al momento de

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

resolver el recurso de reposición interpuesto por los afectados no subsana dicha transgresión del debido proceso.

2) Contrario a ese entendimiento se verifica que la Resolución de adjudicación número 261 de 27 de julio de 1998 tuvo como antecedente la Resolución 229 del día 7 anterior, en la cual se rechazaron las ofertas formuladas por las siguientes personas:

-Futura Asociación Tayrona, integrada por las Sociedades Electrohidráulica Ltda, Incoequipos SA, Arquitectos e Ingenieros Asociados SA, Estudios Técnicos SA, JHM Consultoría Ltda, Conhidra ESP.

-Alfredo Muñoz y Cia Ltda y Obras Especiales Obresca SA.

-K&M Engeneering and Consulting Corporation, Morrison Knudsen Internacional INC e Ingesam Ltda.

Por su parte, se declararon elegibles las siguientes ofertas:

-Corfipacífico SA, Conalvías SA, Constructora Global SA, Conciviles SA y, Agremezclas SA.

-Unión Temporal ACNEDI integrada por Grupo Acciona SA, Necso Entrecanales Cubiertas SA Sucursal Colombia, Diseño y Construcciones Civiles Ltda, Diseño y Construcciones Civiles LTDA DICONCI LTDA.

3) Para efecto de resolver cuáles eran las propuestas admisibles, el Distrito de Santa Marta indicó que *“estudiado el informe evaluativo el Alcalde Mayor acogió las recomendaciones efectuadas por el Comité”* (fl. 44 cdno. 2) y así lo plasmó en el acápite resolutivo de la Resolución número 229.

4) Ciertamente, fue aportada como prueba en el presente proceso la evaluación jurídica y técnica de las ofertas contenida en el acta de 6 de julio 1998 en la cual se resolvieron todas las observaciones de los proponentes respecto de la evaluación preliminar de 19 de junio de 1998, con el fin de determinar cuáles de

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
 Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

estos quedaron habilitados (fl. 518 cdno. 3); en el cuaderno número 6 del expediente (fls. 1 – 38) se encuentra el documento en el cual los evaluadores se refirieron en forma pormenorizada a todas y cada una de las observaciones de los proponentes en relación con la evaluación de las ofertas, documento en el que constan los motivos que llevaron a considerar a la administración que solo dos de estas quedaron habilitadas, cuyo contenido fue expresamente acogido por el ordenador del gasto.

5) La jurisprudencia de esta Corporación⁴ ha aceptado que la motivación del acto administrativo por medio del cual se adjudica un contrato estatal puede aparecer desarrollada no solamente en el texto del propio acto, sino que, también puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, tales como los informes de evaluación, cuando es inequívoca la voluntad de la administración de incorporarlos a la decisión, en los siguientes términos:

“El acto de adjudicación se entiende bien motivado, como lo exige la ley en estos eventos, pese a que su considerando no sea muy explícito porque hay que entender incorporada a su motivación las razones analizadas en la reunión de la Junta de Licitaciones del día 5 de septiembre de 1989 (ver acta # 05).

(...).

Aunque si bien es cierto la doctrina ha dicho que cuando el acto debe ser motivado (y el de adjudicación no es la excepción) los motivos se deben expresar en el cuerpo del mismo, no es menos cierto que esa misma doctrina acepta que esa motivación puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, sin que sea menester repetir sus textos.”.

6) En forma más reciente esta Sección⁵ precisó que las razones contenidas en los informes de evaluación se han de entender incorporadas al acto de adjudicación:

“Ahora bien, debe recordarse que la Sala ha considerado que la motivación del acto de adjudicación no implica que en su texto deban encontrarse consignadas todas y cada una de las razones que determinaron su expedición, puesto que aunque la parte considerativa no sea muy explícita, hay que entender incorporadas a su motivación

⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 1992, exp. 6.920, MP Carlos Betancour Jaramillo.

⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 12 de septiembre de 2012, exp. 24.938, MP Mauricio Fajardo Gómez.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

las razones analizadas en la evaluación de las ofertas o debatidas en la Audiencia Pública de Adjudicación”.

7) Adicionalmente, en este caso la Resolución número 229 fue recurrida en reposición por algunos la Unión Temporal ACNEDI y por los integrantes de la Futura Asociación Tayrona con sustento en los argumentos que luego plantearon en las demandas con las cuales promovieron el presente proceso; los referidos recursos fueron decididos mediante la Resolución número 259 de 27 de julio de 1998, en la cual se consignaron en forma expresa e inequívoca las razones para mantener lo decidido respecto de las propuestas habilitadas (fls. 49 – 64 cdno. 2). Nótese que este trámite se surtió en forma previa a la adjudicación, con lo cual se evidencia que los interesados conocieron las razones de la administración para determinar las ofertas habilitadas.

8) De otro lado, durante la audiencia de adjudicación los proponentes insistieron en sus observaciones, ante lo cual el Distrito de Santa Marta indicó que esta fueron materia de decisión expresa durante la etapa de observaciones al informe de evaluación (fl. 354 cdno. 3) y en los actos administrativos antes mencionados, por lo cual procedió a adjudicar al oferente con la tarifa más baja, según lo reglado en el pliego de condiciones.

9) En ese contexto, es evidente que la decisión sobre los oferentes habilitados y la selección de la mejor propuesta sí fue motivada en forma expresa, concreta e inequívoca, los oferentes conocieron las razones de la administración para rechazar unas ofertas, aceptar otras y escoger al ganador, argumentos que pudieron controvertir ampliamente en el presente proceso judicial, razón por la cual el cargo de ausencia de motivación no podía prosperar tal como lo declaró el tribunal de primera instancia.

4. El adjudicatario fue debidamente habilitado por la entidad contratante en el curso de la licitación pública internacional número 001 de 1997 del Distrito de Santa Marta

De otra parte, la Unión Temporal ACNEDI sustentó la demanda en supuestas falencias de la oferta del adjudicatario del contrato número 001 de 1998, el cual, a su juicio, no fue debidamente habilitado porque (i) no presentó el compromiso fiduciario ni el nombre de la fiduciaria que garantizaría el pago de los derechos

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

económicos en favor de la entidad concedente, (ii) no incluyó el costo de la administración del referido fideicomiso en el valor de la propuesta, (iii) presentó en forma indebida la garantía bancaria de los aportes de capital de sus integrantes, (iv) uno de sus miembros no acreditó haber autorizado al gerente general para integrar el extremo contratante, (v) no presentó las características técnicas de los equipos ofertados y, (vi) cotizó menos equipo del mínimo exigido lo cual determinó que su ofrecimiento fuera inferior en precio, aspectos que la Sala analizará a continuación para determinar si impedían o no la adjudicación del contrato en su favor.

4.1 Compromiso fiduciario y costo de la administración del fideicomiso

1) En el pliego de condiciones se determinó que el concesionario tendría derecho al pago de una tarifa por la prestación del servicio de acueducto, obligación en su favor que sería garantizada, en los términos del numeral 1.11 del pliego, por el Distrito de Santa Marta y/o Metroagua SA ESP, quienes quedarían obligados a suscribir el contrato correspondiente con el fin de transferir para su administración los recursos que por la prestación del servicio recauden en favor del contratista, en los siguientes términos:

“La fiducia se constituirá de acuerdo con los siguientes procedimientos:

1. EL DISTRITO DE SANTA MARTA y/o METROPLUS SA ESP o quien haga sus veces, cederá en favor de la Fiduciaria, en su calidad de administradora fiduciaria, la propiedad de los flujos correspondientes a los servicios de acueducto y alcantarillado de la zona del Rodadero, Rodadero Sur y Gaira, recaudados a través de los bancos y corporaciones de ahorro y vivienda (...) para estos efectos EL DISTRITO DE SANTA MARTA se obliga a recibir en cuentas separadas los recursos provenientes del recaudo de la venta de servicios de acueducto y alcantarillado provenientes de la facturación comprometida, de los demás conceptos de los cuales pueda ser titular EL DISTRITO DE SANTA MARTA (...).

2. La transferencia del flujo a que se refiere el numeral anterior se hará por el período de operación, esto es, los dieciocho años y seis meses de explotación de la concesión.

3. EL DISTRITO DE SANTA MARTA suscribirá la fiducia en garantía, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual el CONCESIONARIO presente para la firma el contrato de fiducia, en los términos de la minuta que se anexa a estos pliegos.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
 Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

(...).

La fiduciaria y el contrato de fiducia deberán ser parte de la propuesta del PROPONENTE. El contrato de fiducia se ceñirá en todo a una minuta incluida como anexo de estos pliegos, y no estará sujeto a negociación alguna. El costo de la garantía será a cargo del CONCESIONARIO. (fl. 265 cdno. 2 – se resalta).

2) En la adenda número 7 del pliego de condiciones se modificó el numeral 1.11 del pliego y se incluyó la siguiente estipulación en relación con la referida garantía fiduciaria: *“El proponente presentará el nombre de la Fiduciaria y la carta en la cual esta se compromete a firmar el contrato fiduciario de acuerdo con la minuta que se anexa a los pliegos”* (fl. 327 cdno. 3).

3) No es un hecho discutido en el proceso que el adjudicatario no presentó la información de la fiduciaria ni la carta de compromiso para la suscripción del contrato de fiducia y así se verifica luego de revisar el contenido de la propuesta; sin embargo, la ausencia de la información sobre la fiduciaria y de la carta de compromiso no fue establecida en el pliego de condiciones como causal de rechazo de las propuestas, aspecto sobre el cual dispuso:

“Con posterioridad al cierre de la licitación, el DISTRITO DE SANTA MARTA en primer lugar verificará que la propuesta contenga toda la información requerida en el capítulo 4 de presente pliego.

La omisión de cualquiera de los documentos descritos en el capítulo 4 y en los ordinales 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13 y 14 del numeral 5.5⁶ del presente pliego, que se refiere al contenido del sobre uno (1), será causal de rechazo de la propuesta.

El DISTRITO DE SANTA MARTA se reserva el derecho de requerir aclaraciones e información complementaria. El proponente tendrá un plazo de CINCO (5) DÍAS calendario para responder el requerimiento.

En esta etapa los oferentes no podrán entregar documentos e información extemporánea que busque mejorar, completar o modificar la propuesta.” (fl. 117 cdno. 2 - mayúsculas fijas del original).

La exigencia consistente en indicar el nombre de la fiduciaria y la carta de compromiso correspondiente no quedó contenida en el numeral 4 ni en el 5.5 del pliego de condiciones, sino, únicamente, en el numeral 1.11 de este.

⁶ Inicialmente el pliego se refirió al numeral cero (0) yerro que fue corregido mediante adenda número 1 (fl. 241 cdno. 2).

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

4) En los términos del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de la licitación, *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*, por lo cual, por tratarse de una información no necesaria para la comparación de las propuestas podía ser subsanada. En efecto, de conformidad con el numeral 6.4 del pliego de condiciones *“de entre todas las propuestas, aquella de menor tarifa en pesos por m³ será considerada ganadora de la licitación”* (fl. 55 cdno. 1), siendo el precio el único factor de ponderación establecido.

5) La entidad contratante decidió no requerir al contratista para la presentación de la información, sino que, asumió directamente la escogencia de la fiduciaria con la siguiente argumentación contenida en la Resolución número 259 de 27 de julio de 1998 demandada en el presente proceso:

“(…) dicha información, de conformidad con los pliegos de condiciones, no constituye ni podía constituir elemento sustancial de la oferta y, por ende, constituirse su omisión en motivo de rechazo de propuesta, toda vez que se trata de establecer una fiducia como garantía para el concesionario y, por consiguiente, podrá seleccionarse la fiduciaria por el Distrito (con el lleno de las formalidades de ley) sin que con ello se esté favoreciendo a ninguno de los proponentes.

Adicionalmente, debe decirse que el costo de dicho servicio fiduciario, definido por el pliego a cargo del concesionario, se entiende, de todas maneras, asumido por el proponente respectivo, definido en su propuesta con cargo al rubro de indirectos globalmente considerados (...) por lo demás, es claro que, de conformidad con el pliego, el adjudicatario de la licitación se hará cargo de la ejecución del proyecto, en las condiciones exigidas en el mismo, y que como remuneración tendrá la tarifa definida junto con los aportes del Distrito preestablecidos, sin que el olvido u omisión de presupuestar en su propuesta algún ítem o costo necesario pueda constituirse en causa o fuente de reclamo alguno.

Finalmente, debe aclararse que ni en los pliegos ni en los adendos se previó que la falta de información a que nos referimos, constituyera causal o motivo de rechazo de propuesta ni la documentación respectiva está señalada como uno de los documentos que debía estar contenido en el sobre número 1”. (fl. 57 cdno. 2).

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

6) En efecto, el formato - modelo de contrato de fiducia hacía parte integral del pliego de condiciones por lo cual fue aceptado por todos los proponentes y en este se precisó en forma expresa que la remuneración de la fiduciaria sería de cargo del concesionario (fl. 136 cdno. 2); por su parte, la remuneración del concesionario consistía en el pago de una tarifa mensual *“equivalente al valor agregado correspondiente a cada m3 de agua, por su captación, transporte, potabilización y puesta a disposición del DISTRITO DE SANTA MARTA y/o quien haga sus veces en su punto de entrega a la salida de la planta (...) ofrecida por el concesionario en su propuesta”* (fl. 164 cdno. 2 – mayúsculas fijas originales), la cual incluía todos los costos directos e indirectos asumidos por el concesionario, por lo cual el hecho de incluir o no el valor de la fiducia no tenía la virtualidad de afectar el precio del contrato; según el pliego de condiciones:

“5.6 (...) la tarifa ofrecida cubrirá todos los costos fijos y variables de la concesión e incluirá todos los costos directos e indirectos, generales, financieros, beneficios, impuestos y de cualquier otro tipo en que incurra el CONCESIONARIO para el correcto cumplimiento del objeto de la concesión y la ejecución de las obras que se requieren en este pliego y la operación del sistema, no habiendo ningún otro tipo de compensación por parte de EL DISTRITO DE SANTA MARTA, excepto la señalada en el numeral 1.4.25 del presente pliego.

La tarifa ofrecida no podrá ser mayor de cuatrocientos noventa y cuatro pesos de 1997 por m3 (\$494/m3). Las propuestas que no cumplan esta condición serán inmediatamente rechazadas” (fl. 116 cdno. 2 – negrillas de la Sala, mayúsculas fijas originales).

7) Tampoco es de recibo el argumento que el hecho de no presupuestar dicho costo incidió en la posibilidad de ofrecer una tarifa inferior, pues, no hay evidencia de los componentes que se tuvieron en cuenta para calcular la tarifa ofrecida y, se insiste, esta debía incluir la remuneración de todos los costos y gastos a cargo del concesionario.

8) En ese contexto probatorio, la omisión de aportar el nombre de la fiduciaria y la carta de compromiso correspondiente no tenía la virtualidad de descalificar a la propuesta adjudicataria y, por ende, haber permitido la participación del oferente pese a dicha falencia formal no vició el acto de adjudicación, por lo cual se confirma en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

4.2. La garantía bancaria de los aportes de capital de los integrantes del grupo adjudicatario

1) En el numeral 5.5 del pliego de condiciones se exigió que los oferentes deberían presentar “9. *Garantía bancaria que asegure el pago de los aportes de capital por parte de los socios de la sociedad concesionaria, según lo establecido en este pliego*” (fl. 115 cdno. 2); como el pliego de condiciones no explicitó las características de dicha garantía ni prohibió que esta fuera otorgada por algún oferente, no podía válidamente la entidad contratante rechazar un ofrecimiento con sustento en condiciones que no fueron explicitadas durante la licitación, así las cosas, lo probado en el proceso es que Corfipacífico SA es una entidad financiera, que, en todo caso, no garantizó sus propias obligaciones sino las de otros integrantes de su grupo oferente; las suyas propias fueron avaladas por Pacífico CFC (fl. 7 de la propuesta).

2) En cualquier caso, la garantía otorgada por todos los oferentes, incluida la Unión Temporal ACNEDI, consistió, precisamente, en comunicaciones emanadas de entidades financieras en las cuales “*se comprometen a expedir una garantía bancaria (...) de la integración del capital social*” (fl. 1 propuesta ACNEDI) y todas fueron aceptadas en esos términos por la entidad contratante.

4.3 Autorización del representante legal de Conciviles SA para participar en la licitación pública internacional 001 de 1997 del Distrito de Santa Marta

1) En el recurso que se resuelve se insistió en que el representante legal de Conciviles SA carecía de autorización para suscribir la promesa de futuro contrato de sociedad.

2) Contrario a ello, en el acta número 241 en la cual consta la autorización emitida por la junta directiva de Conciviles para comprometerse a constituir una sociedad futura quedó redactada en los siguientes términos:

“El gerente solicita autorización de la JUNTA DIRECTIVA para comprometerse a ingresar en una sociedad futura EPS (sic) conformada por las compañías Conalvías SA, Constructora Global SA, Corfipacífico y Agromezclas SA, ante el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA, para presentarse en la licitación pública internacional No. 01/97, (...) Escuchado lo

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

anterior, la junta, con el voto unánime de todos los miembros presentes, en uso de las atribuciones legales y estatutarias

RESUELVE

Autorizar al representante legal, o a quien haga sus veces, para comprometerse a ingresar en una sociedad futura EPS (sic) conformada por las compañías Conalvías SA, Constructora Global SA, Corfipacífico y Agremezclas SA ante el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA, para presentarse en la licitación pública internacional No. 01/97 (...) en caso de salir favorecidos para conformar la sociedad y que esta firme el contrato (...) el representante legal queda facultado para firmar los documentos públicos o privados que se requieran para tal fin” (acta 241 propuesta – mayúsculas fijas del original).

3) La copia del acta presentada está autorizada por la secretaria de la sociedad con las anotaciones de ser “*fiel copia del original*” y “*firmado*” por parte del presidente y de la secretaria, documento que no fue tachado de falso durante el proceso.

4) Por su parte, la promesa de constitución de la futura sociedad anónima fue suscrita por parte de Conciviles SA, por el señor Alberto José Otoya Villegas (promesa de constitución – oferta adjudicataria), quien era el gerente de Conciviles SA según consta en el certificado de existencia y representación legal aportado con la propuesta (fl. 4342214 volumen 4 de la propuesta).

5) De conformidad con lo expuesto, no se encuentra acreditada la asuencia de autorización alegada en la demanda y, por ende, el cargo no prospera.

4.4 Características técnicas de los equipos ofertados y cantidades cotizadas

1) En este punto, el recurso de apelación se centra en que el adjudicatario no presentó la documentación completa de los equipos ofertados y no ofreció las cantidades exigidas, lo cual le permitió ofertar una tarifa más baja, circunstancia que incidió en la adjudicación por ser la menor tarifa el parámetro único establecido para adjudicar.

2) Al respecto, debe repararse en el hecho de que en el pliego de condiciones se determinó que el objeto del contrato incluía la construcción del acueducto y obras

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

complementarias con las especificaciones entregadas por la entidad territorial, en los siguientes términos:

“Se propone entregar en concesión la construcción, mantenimiento y operación del acueducto del Río Guachaca y sus obras complementarias en el tramo del Río Piedras a Santa Marta, para ser construido y explotado por cuenta y riesgo de un CONCESIONARIO, el cual asumirá la responsabilidad de efectuar todas las actividades necesarias para la construcción de las obras y para el adecuado funcionamiento de las mismas, bajo la vigilancia de el DISTRITO DE SANTA MARTA y de las autoridades competentes, en los términos y condiciones previstos en el pliego y en la ley.

La construcción se realizará en tres etapas así:

PRIMERA. Capacidad de 500 litros por segundo. Deberá entrar en operación en 1999.

SEGUNDA. Ampliación a capacidad a 1000 litros por segundo. Deberá entrar en operación antes del año 2003.

TERCERA. Ampliación de la capacidad a 1500 litros por segundo. Deberá entrar en operación antes del año 2008.

(...).

El valor fiscal de contrato, para los efectos pertinentes se considera indeterminado.

(...).

Descripción del objeto de la concesión

El objeto de la concesión es la construcción, mantenimiento y operación del acueducto del Río Guachaca y sus obras complementarias en el tramo del Río Piedras a Santa Marta, cuyas principales obras son: bocatoma sobre el río Piedras incluidos sus desarenadores, tubería de conducción del agua entre la toma y la planta de tratamiento, la planta de tratamiento y dos estaciones de bombeo. También es objeto de la concesión la construcción de las líneas de conducción del agua tratada a Gaira y el tanque de las Tres Cruces, las cuales una vez construidas, serán entregadas al DISTRITO DE SANTA MARTA, o a quien haga sus veces, para su operación y mantenimiento. Las obras y equipos que deben ser construidas o suministradas por el concesionario se encuentran descritos en los volúmenes 4 y 5.

El proponente podrá presentar alternativas en cuanto al tipo de tubería, accesorios y equipos, sin embargo, deberá cumplir estrictamente con los diámetros internos de la tubería y las presiones de trabajo, así como las especificaciones de los equipos de bombeo. No se aceptarán materiales reconocidos como nocivos para la salud, en especial materiales cancerígenos.

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
 Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

En caso de que la propuesta considere materiales y equipos diferentes a los establecidos en el formato 12, se deberá acondicionar este formato a los materiales propuestos y acompañar la información técnica que justifica su oferta.” (fls. 20 – 21 cdno. 10 – mayúsculas fijas del original – negrillas de la Sala).

3) En los referidos términos, las especificaciones y cantidades de obra quedaron debidamente establecidas en los volúmenes 4 y 5 del pliego de condiciones y, por ende, todos los oferentes quedaron obligados en los términos allí establecidos; dichos volúmenes no fueron aportados como prueba en el expediente para efectos de determinar las exigencias específicas de equipo y verificar si la adjudicataria las incumplió.

4) Por su parte, en las reglas de la licitación no se exigió presentar la documentación técnica de las bombas, motores y sistemas a utilizar durante la construcción, por lo cual no podía descalificarse un ofrecimiento por la ausencia de documentos que no fueron exigidos.

5) La causal de rechazo que, a juicio de la parte demandante debió aplicarse, es la contenida en el numeral 6.5.2 del pliego de condiciones según la cual *“no se considerarán admisibles las propuestas en las que (...) no se incluya la información establecida en el numeral 6.2 del presente capítulo”*⁷, el cual hace referencia a los documentos exigidos en el capítulo 4⁸ y en el numeral 5.5⁹ del

⁷ El pliego inicialmente se refería al numeral cero (0), sin embargo, el yerro fue corregido mediante el adendo número 2 (fl. 241 cdno. 2).

⁸ En el cual se exigió la prueba de la existencia y representación legal de los oferentes, el compromiso de constitución de futura sociedad, la determinación de los porcentajes de participación de cada proponente, la participación de un constructor y el compromiso de futura integración del capital social.

⁹ El numeral 5.5. del pliego de condiciones hace referencia al contenido del sobre número uno (1) en los siguientes términos:

“1. Carta de presentación (...), 2. Garantía de seriedad de la propuesta, con su respectivo recibo de pago de la póliza, 3. Copia del recibo de pago de los pliegos, 4. Índice detallado de la propuesta, 5. Resumen ejecutivo de la propuesta (...), 6. Promesa de contrato de constitución de sociedad (...), 7. Información sobre la empresa constructora (...), 8. Documentos que acrediten la representación legal del proponentes, (...), 9. Garantía bancaria que asegure el pago de los aportes de capital de los socios (...), 10. Información sobre cada uno de los integrantes del grupo proponente (...), 11. Carta de compromiso anticorrupción (...). 12. Análisis de precios unitarios de cada uno de los ítems del formato 12. 13. Certificado de visita de obra. 14. Presupuesto detallado de la obra. En caso de diferencia entre los precios unitarios establecidos en el análisis de precios unitarios y los precios unitarios incluidos en el formato 12, se tomará en cuenta el precio unitario establecido en el análisis de precios unitarios y se corregirá automáticamente la propuesta” (fl. 116 cdno. 2).

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

pliego de condiciones, en ninguno de los cuales se exigió un análisis detallado de las especificaciones técnicas a emplear en la construcción porque estas fueron entregadas por la entidad territorial y no estaban sujetas a negociación, lo único que se exigió a los oferentes fue una relación de los precios unitarios para determinar que los costos estuvieran dentro de la media de lo ofertado.

6) En el numeral 1.4.4 del pliego de condiciones se exigió acompañar la información técnica que justifique la oferta únicamente en el caso de que se ofrecieran materiales y equipos distintos los requeridos, en los siguientes términos:

“En caso de que la propuesta considere materiales y equipos diferentes a los establecidos en el formato No. 12 deberá acondicionar este formato a los materiales propuestos y acompañar la información técnica que justifique su oferta” (fl. 258 cdno. 2).

Sin embargo, no se acreditó que la oferta de la adjudicataria hubiera variado lo exigido por la entidad porque no se aportaron los volúmenes 4 y 5 del pliego de condiciones que establecían las características técnicas exigidas.

7) En las referidas condiciones, el cargo de nulidad fundamentado en la ausencia de documentación técnica de los equipos y supuestas falencias en las cantidades de obra al momento de realizar el análisis de precios unitarios no prospera.

5. Las objeciones por error grave en contra de los dictámenes periciales

1) La decisión del tribunal de primera instancia por la cual se declaró probada la objeción fue objeto de apelación, razón por la cual corresponde pronunciarse sobre ese aspecto, en atención a los efectos que el artículo 239 del CPC aplicable a este caso asigna a la prosperidad de la objeción, por lo cual el punto debe ser materia de decisión expresa, a lo cual se procede.

2) El primer dictamen estuvo a cargo de los peritos evaluadores Álvaro Capella Espinoza y Edgardo Galofre Sánchez (fls. 529 – 546 cdno. 3) quienes conceptuaron sobre dos aspectos (i) el contenido de las ofertas para efecto de

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

determinar cuáles eran admisibles y (ii) la utilidad esperada por el contratista. En cuanto al primer aspecto, determinó que únicamente eran admisibles en los términos del pliego de condiciones las ofertas presentadas por la Unión Temporal Acnedi y por el grupo conformado por Electrohidráulica Ltda, Incoequipos SA, Arquitectos e Ingenieros Asociados SA, Estudios Técnicos SA, JHM Consultores Ltda y Conhidra ESP. En cuanto a lo segundo, determinó que el valor total de la construcción de las obras del acueducto era de \$30.560.706.248 el cual incluía el AUI del contratista y que la utilidad podía determinarse de la siguiente manera:

“si bien es cierto que el valor del AUI, no está determinado en el precio del contrato en virtud de que el actor solo se limitó a indicar que el valor de las ganancias o la utilidad la estima en un valor del diez por ciento (10%), lo que indica que el ítem correspondiente a los gastos de administración, imprevistos y utilidades (AUI), era del treinta por ciento (30%) del valor de la propuesta comercial, esto es, la suma de \$7.640.176.562 de tal surte que este valor se divide en 3 a efecto de establecer el quantum que le correspondería a cada rubro, que lo viene a ser la suma de \$2.546.725.520 que sería la utilidad probable a percibir por parte del futuro contratista, debiendo reconocerse la misma cantidad debidamente indexada (...).

LUCRO CESANTE (...) causado al futuro contratista el perjuicio de no poder lucrarse con las ganancias que dicho dinero le hubiera podido reportar si le hubiere percibido oportunamente (por lo cual calculó intereses legales sobre las sumas antes indicadas, por el tiempo transcurrido entre la adjudicación y el dictamen)” (fl. 544 cdno. 3).

3) La demandante unión temporal ACNEDI objetó por error grave el dictamen con sustento en que, (i) en el análisis de precios unitarios de la propuesta se determinó que la utilidad sería del 8%, contrario a lo indicado en el dictamen, (ii) los peritos analizaron la utilidad esperada como si el contrato fuese de obra e ignoraron que el objeto del contrato era una concesión, lo cual los llevó a dejar de lado el retorno que obtendría el concesionario a través de las tarifas ofrecidas y, (iii) debieron determinar el valor de los insumos que el adjudicatario dejó de cotizar con el fin de determinar el valor de estos en relación con el costo total del proyecto (fls. 564 – 566 cdno. 3)

4) Como prueba de la objeción se decretó un nuevo dictamen a cargo del ingeniero civil Raúl Bayter Jelkh quien presentó un documento en el cual sintetizó las evaluaciones de las ofertas realizadas en el curso de la licitación y las observaciones de los oferentes, sin embargo, indicó que la ausencia de un

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

experto en contratación estatal quien nunca tomó posesión del cargo le impidió dar respuesta al cuestionario planteado (cuaderno dictamen pericial fls. 1 y ss).

5) El tribunal de primera instancia decretó un nuevo dictamen, el cual estuvo a cargo del contador público Crispín Rincones Pitre (fls. 957 – 978 cdno. 4). El perito se pronunció en los siguientes términos:

a) En primer lugar, analizó las ofertas y las observaciones presentadas por los proponentes, luego de lo cual concluyó que la presentada por los adjudicatarios no cumplía con el pliego de condiciones por lo siguiente:

“En relación con la no presentación de la documentación precisa y completa de las características de las bombas, motores, tuberías, sistemas de control y monitoreo, el Distrito desconocía los detalles mínimos para la evaluación de los aspectos técnicos de ahí que se hubiera pasado por alto el principio que fundamenta y orienta las licitaciones en Colombia, cual es, la selección objetiva; pues es visto cómo la administración elige fundamentando su criterio de selección en suposiciones o conjeturas y desconociendo la variabilidad de precios respecto a las marcas por seleccionar, las cuales, que no aparecen en la propuesta.

Pese a que, en diferentes oportunidades procesales, se haya señalado que la información precisa y detallada no constituye elemento esencial para la selección, corresponde señalar que SÍ LO ES, pues no puede exigirse de unos proponentes propuestas generales y abstractas y objetar aquellas que no cumple con lineamientos específicos.

En consideración a ello, no opera el principio de la prevalencia del derecho sustancial en este caso, toda vez que no es suficiente con que se están prefiriendo las formas en cuanto al procedimiento, sino que se necesita, además, el lleno de otros requisitos para cumplir cabalmente con una selección que satisfaga a cabalidad y estrictamente el pliego de condiciones (...) de ahí que no estamos de acuerdo con el análisis del Comité Evaluador ni con la adjudicación por parte del Distrito, toda vez que no es cierto que cumplan con los requisitos jurídicos y financieros, como en efecto, sí lo cumple otra propuesta declarada aceptada.” (fls. 970 – 971 cdno. 10 – mayúsculas fijas originales).

b) En segundo término, calculó el valor de la utilidad esperada por la futura asociación Tayrona por las obras civiles por construir, teniendo en cuenta que el costo corregido de la oferta fue de \$35.574.514.248 y la utilidad prevista era del 8%, por lo cual concluyó que esta equivale a \$2.845.961.139, valor histórico que actualizó a la fecha del dictamen. Adicionalmente, consideró que el lucro cesante

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

por la privación de la concesión sería de \$139.299,59 millones de pesos actualizados a 2019, conclusión que afirmó estuvo apoyada en el concepto del economista Jaime Herrán Mesa, esto es, con la información que le entregó el referido oferente, pero, no detalló la metodología utilizada para obtener dicho valor ni analizó dichos datos los cuales se limitó a reproducir y están contenidos en una tabla que señala, sin explicación alguna, unos valores año a año. En cuanto a la propuesta de la Unión Temporal ACNEDI, calculó la utilidad esperada en el 8% del valor de las obras ofrecidas e indicó que este no le entregó información sobre la estructuración de la tarifa, por lo cual no pudo calcular la utilidad esperada durante la ejecución de la concesión.

6) Este dictamen fue objetado por Selfinver Banca de Inversión Ltda, Magdalena Barón Ferreira y Miguel Montes Swanson (fls. 995 – 998 cdno. 4) por considerar que ninguno de los expertos que concurrieron durante el proceso tenía las calidades y conocimientos necesarios para dictaminar sobre los puntos puestos a su consideración, se sustentó parcialmente en las conclusiones del dictamen inicial, las respuestas no estuvieron precedidas de análisis sobre las cosas o elementos ni de investigaciones que sustenten sus dichos, se refieren a puntos de derecho frente a lo cual se encuentra una evidente falta de rigor técnico y las conclusiones financieras carecen de soporte.

7) La Sala confirmará la decisión de primera instancia en tanto declaró probadas las objeciones por error grave de ambos dictámenes periciales, toda vez que, más allá de contener consideraciones jurídicas inadmisibles en los términos del artículo 236 del CPC, todas las conclusiones parten de una interpretación del pliego de condiciones alegada de la realidad, con clara confusión sobre el alcance del objeto del contrato y la forma de remuneración pactada, lo cual incidió en el resultado de las experticias, al tiempo que carecen de cualquier análisis metodológico que permita asignar algún mérito demostrativo.

8) Nótese que en ambos dictámenes se confunde el objeto de la concesión por considerar que el contratista obtendría una utilidad por la simple ejecución material de los trabajos, sin advertir que la construcción de la infraestructura, según se estructuró el contrato, hacía parte de las obligaciones del contratista que también sería remunerada vía tarifa del servicio y no por el pago de lo construido, en efecto,

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros
Nulidad y restablecimiento del derecho

se analizó el punto por los expertos como si se tratara de un contrato de obra, lo cual generó que las conclusiones sean erradas y contrarias a la realidad de las particularidades del contrato; además, ninguna de las demás conclusiones está soportada en metodología alguna que permita analizarlas, por lo cual se confirma la decisión de declarar probadas las objeciones por error grave.

6. Costas

No hay lugar a condena en costas de esta instancia toda vez que no se advierte conducta temeraria o de mala fe de las partes que justifique imponerla; lo anterior en los términos del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 aplicable al presente proceso; por la misma razón se confirmará la sentencia apelada en tanto no las impuso.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1°) Modifícase la sentencia de 27 de abril de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena la cual queda así:

PRIMERO. Declárase probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en relación con las pretensiones del expediente 47001-23-31-000-1998-06404-01 y, en consecuencia, inhíbese de resolverlas de fondo.

SEGUNDO. Decláranse fundadas las objeciones por error grave formuladas en contra los dictámenes periciales rendidos en el curso del presente proceso.

TERCERO. Niéganse las pretensiones de la demanda promovidas en el expediente 47001-23-31-000-1998-06426-00

Expedientes: 47001-23-31-000-1998-06404-01 - 47001-23-31-000-1998-06426-00 (69.127)
Demandantes: *Diseño y Construcciones Civiles Ltda - DIACONCI y otros*
Nulidad y restablecimiento del derecho

CUARTO. Abstiénese de imponer condena en costas de la primera instancia.

2º) Abstiénese de imponer costas de segunda instancia.

3º) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(aclara voto)

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

(firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(aclara y salva voto parcial)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Sección Tercera – Subsección del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.