



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 25 DE 2017

Tunja, veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acción: CONTRACTUAL
Radicación No.: 150013331012-2011-00049-00
Demandante: CONSORCIO VIAS DE BOYACÁ
Demandado: INVIAS Y OTROS

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de Controversias Contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo interpuesta por el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ contra el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y el CONSORCIO INGENIERÍA VIAL 2008, integrado por los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, los señores ELKIN DAVID RAMOS MOSQUERA Y WILLIAM FONSECA RUIZ, este último como representante legal de CONIMET INGENIERIA LTDA, quienes actúan como integrantes del CONSORCIO VIAS DE BOYACÁ, solicitan a través de demanda presentada el 16 de marzo de 2011 (fl. 26) adicionada y corregida a través de escrito del 26 de mayo de 2011 que se acceda a las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Se declare la nulidad absoluta del contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOYACÁ**, representado legalmente por el Dr. GUSTAVO GAMALIEL FERNANDEZ NIÑO, en su condición de Director Territorial Boyacá y el consorcio **INGENIERÍA VIAL 2008**, integrado por LUIS MARIO OCHOA MARTÍNEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.768.173, AQUILEO ESQUIVEL BORDA cédula No. 6.768.043 y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, identificado con cédula No. 7.164.697, lo anterior como consecuencia de la ilegalidad de los actos que le antecedieron o que son previos, esto es los actos administrativos contenidos en el acta del 18 de Diciembre de 2008, resolución No. 824 del 23 de Diciembre de 2008, todos ellos correspondientes al trámite del concurso de méritos No. CM-DT-BOY001-2008 Modulo 3 convocado por el Instituto Nacional de Vías Dirección Territorial Boyacá.

SEGUNDA: Que se condene al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOYACÁ**, representado legalmente por el Dr. GUSTAVO GAMALIEL FERNÁNDEZ NIÑO, en su condición de Director Territorial Boyacá y/o quien haga sus veces al pago de la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000,00) a favor de ELKIN DAVID RAMOS MOSQUERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.692.245 de Neiva y CONIMET INGENIERIA LTDA, identificada con Nit. 900118556-6, esta última representada legalmente por WILLIAM FONSECA RUIZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.161.660 de Tunja, los dos como integrantes del consorcio "VÍAS DE BOYACA" representado legalmente por el primero de los nombrados, por ende a favor del consorcio del consorcio "VIAS DE BOYACA". Por concepto de los perjuicios causados a estos y que resultan ser las utilidades dejadas de percibir por la no adjudicación del contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008, por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOYACÁ y a favor del consorcio VIAS DE BOYACA.

TERCERA: Se condene al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOYACÁ** a la indexación y/o actualización de las sumas causadas como perjuicios, desde el 31 de julio de 2010, momento en que se tenía prevista la finalización del contrato hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de dichos perjuicios.

CUARTA: Condenar en costas a los demandados en caso de oposición a las pretensiones de la demanda.

QUINTA: Reconocerme personería para actuar dentro del proceso." (fls.86).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Relató que el 6 de octubre de 2008, el Instituto Nacional de Vías, publicó un documento mediante el cual dio inicio al proceso precontractual de concurso de méritos número CM-DT-BOY-001-2008, el que tenía por objeto contratar administradores viales, la discriminación de los objetos y localización en la territorial Boyacá por módulo (Longitudes entre 126 y 190 Km).

Afirmó que la cronología para la presentación de los documentos soporte de la integración de la solicitud de la lista corta fue la siguiente (fl. 88):

ACTIVIDAD	FECHA	LUGAR
Aviso de convocatoria pública que incluye el DOCUMENTO DE CONVOCATORIA PARA PRESENTACION DE MANIFESTACIONES DE INTERES.	6 de Octubre de 2008	SECOP a través del Portal Único de Contratación (PUC)
Proyecto de pliego de condiciones (mínimo 10 días hábiles de publicación), requerimientos técnicos documentos y estudios previos, (incluido distribución de riesgos a cargo del oferente y la entidad).	Desde el 7 de octubre y hasta el 12 de noviembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá. Portal de SECOP a través del Portal Único de Contratación (PUC)
Recepción de observaciones al proyecto de pliego de condiciones.	Desde el 7 de octubre y hasta el 11 de noviembre de 2008	
Expresión de interés en participar. Los interesados deberán expresar su interés de participación mediante su registro a través de la pagina web del INVIA, dentro del término de ocho (08) días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de la convocatoria pública. La inscripción no genera la obligación de participación, no obstante cuando se opte por participar en el proceso, es requisito habilitante para la presentación de la oferta, encontrarse inscrito en el link de la pagina web establecido para tal efecto.	Desde 8 de octubre hasta el 20 de octubre de 2008	
Recepción de documentos soportes del ofrecimiento. El día hábil siguiente a la terminación del plazo para la manifestación de interés, el interesado debe anexar junto con sus documentos, la constancia de registro de la pagina web.	El día 21 de octubre de 2008 a las 10:00 a.m.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia.
Evaluación de documentos habilitantes mediante la valoración de criterios para la conformación de la lista corta.	Desde el 22 de octubre al 28 de octubre de 2008.	Dirección Territorial Boyacá.
Publicación del documento de evaluación de requisitos habilitantes.	29 al 30 de octubre de 2008	Portal de SECOP o quien haga sus veces
Observaciones por parte de los interesados al documento de evaluación de requisitos habilitantes	Del 31 de octubre al 4 de noviembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá.
Estudio de las observaciones al documento de evaluación	Desde el 5 de noviembre hasta el 6 de noviembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá. Portal de SECOP a través del Portal Único de Contratación (pug)
Respuesta a las observaciones de los interesados sobre el documento de evaluación de requisitos habilitantes y publicación de la misma.	Del 7 al 10 de noviembre de 2008.	Dirección Territorial Boyacá. y Portal de SECOP o quien haga sus veces.
Audiencia Pública de sorteo, para elegir seis (06) posibles precalificados.	11 de noviembre de 2008 Hora: 10:00 a.m.	Dirección Territorial Boyacá.
PUBLICACION DE LA LISTA CORTA DE PRECALIFICADOS	11 de noviembre de 2008	Portal de SECOP o quien haga sus veces

Adujo que dentro del término establecido en la convocatoria, esto es desde el 8 al 20 de octubre de 2008, los accionantes manifestaron que a través del Consorcio que previamente integraron (Consortio Vías de Boyacá) tenían interés en participar en la convocatoria para el módulo 3.

Señaló que acorde con lo anterior, los demandantes el 21 de octubre (sic fl. 89) presentaron ante la Dirección Territorial Boyacá, Calle 23 No. 15-33 de Tunja, los documentos soporte de su ofrecimiento.

Afirmó que el Consorcio que constituyeron o conformaron los demandantes cumplió con los requisitos habilitantes, razón por la que participó en el sorteo y conformación de la lista corta; agregó que con lo anterior y según acta del Instituto de Vías Territorial Boyacá, fechada el 13 de noviembre de 2008, la lista corta definitiva para el módulo 3, quedó integrada de la siguiente forma:

"CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008
CONSORCIO ADMINISTRADORES VIALES
CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ
CONSORCIO SP
ALBERTO RINCON GUZMAN
CONSORCIO ARV." (fl. 89)

Aseguró que el 14 de noviembre de 2008, el Instituto Nacional de Vías procedió a la publicación de los pliegos definitivos de la convocatoria, estableciéndose la siguiente programación (fl. 90):

ACTIVIDAD	FECHA	LUGAR
- Acto administrativo de apertura del concurso de méritos. - Acta de respuestas a las observaciones al proyecto de pliegos. - Pliego definitivo. Iniciación del plazo del concurso de méritos.	14 de noviembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia, portal de SECOP a través del Portal Único de Contratación (PUC)
Invitación a presentar propuesta técnica (05 días hábiles para la preparación de la propuesta a los que conforman la lista corta por módulo(s), a partir del día siguiente hábil a la invitación)	18 de noviembre de 2008. Preparación de la propuesta desde el 19 de noviembre hasta el 25 de noviembre de 2008.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia, portal de SECOP a través del Portal Único de Contratación (PUC)
Visita al sector por el proponente o sus delegados	21 de noviembre de 2008, según programación de la Dirección Territorial.	Dirección Territorial Boyacá y sector respectivo
Entrega de propuestas y Cierre del plazo del concurso de méritos. Apertura de la propuesta técnica detallada Sobre No. 1	El 26 de noviembre de 2008 a las 10:00 a.m.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia.
Evaluación de la propuesta técnica detallada (1)	Del 27 de noviembre al 2 de diciembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia.
Publicación y traslado del informe de evaluación de la propuesta técnica detallada(2)	Del 3 al 4 de diciembre de 2008. Dentro de este plazo se podrán presentar las observaciones al mencionado informe.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia y en "CONTRATACIÓN" del Portal de Internet: SECOP
Estudio de las observaciones presentadas al informe de evaluación.	Del 5 al 9 de diciembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia.
Publicación del documento "Respuesta a las observaciones formuladas al informe de evaluación de la propuesta técnica detallada"(2).	Del 10 al 11 de diciembre de 2008	En "CONTRATACIÓN" del Portal de Internet: SECOP

Audiencia Pública en la cual se dará a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica (Sobre No. 2), acta de acuerdos alcanzados y adjudicación.	El 12 de diciembre de 2008 a las 10:00 a.m.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15 - 33 Tunja, Colombia.
--	---	---

Manifestó que en cumplimiento de la programación mencionada, los accionantes el 26 de noviembre de 2008 (cierre de la convocatoria) presentaron la propuesta técnica para el módulo 3.

Relató que realizada la evaluación de las propuestas, habiendo publicado dichos resultados y dando respuesta a las observaciones radicadas por los proponentes, en la fecha del 4 de diciembre se indica la siguiente calificación para el módulo 3 (fl. 91):

No	PROPONENTE	EXPERIENCIA	PERSONAL		PROPUESTA METODOLOGICA	PLAN CON CARGAS DE TRABAJO	APOYO INDUSTRIA NACIONAL	TOTAL PROPUESTA	SUPERA PUNTAJE MINIMO	PUESTO OCUPADO
			FORMACIÓN ACADEMICA	EXPERIENCIA						
1	CONSORCIO ADMINISTRADORES VIALES	190	290	300	50	50	100	980	980	3
2	CONSORCIO VIAS DE BOYACA	190	290	300	50	60	100	990	990	1
3	CONSORCIO SP ALBERTO RINCON GUZMAN	0	0	0				0		
4	RINCON GUZMAN	190	150	160	60	60	100	720		
5	CONSORCIO ARV	190	290	160	50	60	100	850	850	4
6	CONSORCIO INGENIERIA VIAL	190	290	300	50	60	100	990	990	1

Refirió que de acuerdo a la tabla precedente en el primer lugar se presentó un empate entre el Consorcio Vías de Boyacá y el Consorcio Ingeniería Vial.

Sostuvo que la audiencia pública que estaba dispuesta para el 12 de diciembre de 2008 a las 10:00 de la mañana en la Dirección Territorial de Boyacá, y en la cual se daría a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, se haría la apertura de la propuesta económica (Sobre No. 2) y si era del caso, se levantaría el acta de acuerdos alcanzados y adjudicación, fue suspendida y su reanudación se llevó a cabo el 18 de diciembre de 2008 a las 8:00 de la mañana.

Añadió que en dicha audiencia inicialmente, mediante sorteo, se resolvió el empate que se presentaba con los proponentes del módulo tres, quedando favorecido el Consorcio Ingeniería Vial, acto seguido se procedió a la apertura del sobre No. 2 propuesta económica presentada por dicho consorcio.

Indicó que dicha propuesta debía estar diligenciada en los formularios que el Instituto había dispuesto para tal caso (pliegos definitivos pág. 6 ítem correspondiente a formularios) "Formulario No. 1- PROPUESTA ECONOMICA, año 2009 (o 12 meses iniciales) y año 2010 (ó 7 meses finales) (anexo Excel)"

Señaló que a la vista del público allí presente en la audiencia se observó que el proponente Consorcio Ingeniería Vial, no cumplió con los requerimientos establecidos en dicho formulario, específicamente en lo que tiene que ver con la aplicación de las formulas allí establecidas, pues en la columna derecha cuyo título es "**VALOR PARCIAL (\$) (7)*(8)=(9)**" indica que el valor correspondiente a esta casilla, se halla multiplicando el valor contenido en las casillas 7 y 8, al hacer las operaciones pertinentes el resultado no corresponde, por lo que al realizar nuevamente los cálculos sobre las fórmulas aplicadas en debida forma, se observa que el valor total de la propuesta no corresponde al consignado por el proponente, en efecto el valor total real de la propuesta era \$454.489.537 y no \$522.664.012, como lo consignó el proponente, es decir la propuesta contenía un mayor valor equivalente a \$68.174.475.

Afirmó que el ingeniero William Fonseca Ruiz, integrante del Consorcio Vías de Boyacá, durante la audiencia del sorteo y aritmético, realizó públicamente la observación, ante lo cual el Ingeniero Jairo Rodríguez, integrante del Comité Asesor o evaluador procedió a plantear una nueva fórmula, según la cual el valor de la columna nueve (9) se debería obtener de multiplicar el valor de la columna siete (7) por el valor de la columna ocho (8) y luego multiplicar dicho valor por el valor de la columna izquierda señalada como "CANT", para que los valores pudieran corresponder a los consignados por el proponente.

Resaltó que ante lo acontecido ni el proponente Consorcio Ingeniería Vial, ni ninguno de sus consorciados realizó intervención alguna, frente a lo sucedido, es decir no existió discusión alguna para establecer la aparente corrección aritmética, o para dar claridad a la propuesta frente al yerro cometido en la aplicación de la fórmula; agregó que de lo sucedido no se hizo consignación alguna en el acta de la audiencia ni en la resolución de adjudicación.

Manifestó que a pesar de lo sucedido y ante las inquietudes que les surgieron a los demandantes, en la misma fecha, siendo las 2:00 pm, el ingeniero William Fonseca Ruiz, quiso dejar constancia escrita de lo sucedido, por lo que procedió a radicar un oficio en la que explicaba el error.

Adujo que el 23 de diciembre de 2008, el INVIAS a través de su Director procedió a proferir la Resolución No. 824 de dicha fecha por medio de la cual adjudica al Consorcio Ingeniería Vial el contrato del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008, módulo 3 por la suma de \$522.664.012 y que el 24 de diciembre siguiente, se suscribió el contrato 3452 entre el INVIAS y el Consorcio Ingeniería Vial 2008.

Refirió que el citado contrato es nulo de forma absoluta por la ilegalidad de los actos que le antecedieron o que son previos, esto es los actos administrativos contenidos en el acta del 18 de diciembre de 2008, resolución No. 824 del 23 de diciembre de 2008, todos ellos correspondientes al trámite del concurso de méritos CM-DT-BOY-001-2008, módulo 3 convocado por el INVIAS.

Finalmente, sostuvo que de acuerdo a lo expuesto el contrato 3452 del 24 de diciembre de 2008 ha debido ser adjudicado al Consorcio Vías de Boyacá, toda vez que dicho consorcio sí cumplía con los requisitos en su propuesta económica y estaba habilitado para ser beneficiario de dicha adjudicación.

2. Fundamentos de derecho.

Como normas violadas indicó las siguientes:

- Artículo 123 inciso 2 de la Constitución Política.
- Artículos 26, 27, 28, 29, 44 de la Ley 80 de 1993.
- Artículos 5 y 9 de la Ley 1150 de 2007.
- Artículos 7, 70 y 71 del Decreto 2474 de 2008.
- Pliegos de condiciones definitivos del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 MODULO 3.

Precisó que en el caso objeto de estudio se debe resolver si el Instituto Nacional de Vías Dirección Territorial de Boyacá, podía modificar los pliegos de condiciones definitivos de un concurso de méritos al momento de la audiencia de adjudicación, más exactamente la fórmula matemática contenida en el formulario de la propuesta económica que previamente se dispuso para dicha propuesta.

Señaló que de acuerdo con el numeral 7 del Decreto 2474 de 2008 las modificaciones al pliego de condiciones se hacen mediante adendas y se pueden hacer solamente hasta el día anterior al cierre del término para presentar propuestas, de acuerdo a lo reglamentado por la misma entidad en el ítem 2.3. Página 20 de la convocatoria, por lo tanto solo hasta el 25 de noviembre de 2008, la entidad pudo haber realizado modificaciones a los pliegos de condiciones.

Explicó que en primer lugar se debe determinar si cambiar una de las fórmulas que permitía realizar cálculos aritméticos en la propuesta económica se puede considerar una modificación, para lo que indicó que el valor económico de la propuesta dentro del concurso de méritos no es objeto de evaluación, pero su presentación debe cumplir unos parámetros mínimos, razón por la cual el INVIAS, dentro de los pliegos adjuntó un formato denominado formulario No. 1 el cual debía ser diligenciado para consignar allí la propuesta económica, el que no puede ser modificado al arbitrio del proponente, so pena de ser rechazada la propuesta.

Resaltó que las fórmulas consignadas en dicho formulario son parte integral de este y no puede un funcionario del Instituto al momento de la audiencia de adjudicación y apertura del sobre contentivo de la propuesta económica modificar las fórmulas.

Manifestó que en pro de la economía y eficiencia administrativa, la oferta económica no es objeto de evaluación, pero se le otorgan ciertas facultades a los entes contratantes para que adecue o corrija yerros dentro de la propuesta económica, situaciones que son consideradas como modificaciones a los pliegos de condiciones de acuerdo con el artículo 71 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que los numerales 4, 5 y 6 de dicha norma, señala la posibilidad de hacer ajustes y clarificaciones siempre y cuando no se modifiquen los requerimientos técnicos mínimos y dejando un acta en donde se constaten los acuerdos realizados con el proponente, disposiciones éstas que fueron reproducidas en el pliego de condiciones en el Ítem 3.8.2. Sobre No. 2 Propuesta económica por módulos.

Agregó que en el ítem 3.8.2.1 aspectos a considerar en el valor de la propuesta económica por módulo, se estableció que *"El costo total de la propuesta económica, debe ser igual al costo total obtenido al realizar la revisión aritmética si diera lugar a esta"* (fl. 105); de acuerdo con lo anterior, el valor de la revisión aritmética que incluye aplicar las fórmulas que contiene el formulario se obtiene el valor señalado en el hecho número 14 literal c), esto es \$454.489.537 y no \$522.664.012, como lo consignó el proponente, es decir la propuesta contiene un mayor valor equivalente a \$68.174.475.

Afirmó que no obstante lo anterior, el proponente puede hacer los ajustes necesarios, cosa que no sucedió, ya que si se observa el acta del 18 de diciembre de 2008, correspondiente a la reanudación de la audiencia no hay constancia de ajuste alguno, lo que se presentó fue una modificación ilegal en el formulario en cuanto a las formulas se refiere.

Indicó que el porcentaje del menor valor de la propuesta es del 13% sobre el valor total del contrato, esto es los \$68.174.475 sobre la suma de la propuesta, situación que implica un grave riesgo para la ejecución del contrato, de otra parte, el Instituto no puede contratar por el valor de \$522.664.012, puesto que tiene que corregir el error aritmético, aplicando correctamente las formulas, razón por la cual, el contrato solo puede suscribirse por la suma de \$454.489.537.

Afirmó que lo expuesto en el párrafo anterior, afecta sustancialmente la propuesta técnica, ya que el Instituto requirió de dos vehículos y el contratista solo podía aportar uno, en razón al valor propuesto.

Adujo que por lo expuesto, la propuesta ha debido ser rechazada y proceder a adjudicar al Consorcio Vías de Boyacá el contrato correspondiente al concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 MODULO E, según lo establecen los pliegos de condiciones en el numeral 4.4.2.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

➤ INSTITUTO NACIONAL DE VIAS "INVIAS":

Mediante apoderado judicial el Instituto Nacional de Vías "INVIAS", dio contestación a la demanda (fls. 234 a 243), oponiéndose a todas las pretensiones.

Señaló que el concurso de méritos al que hace referencia la parte demandante tenía como criterios de calificación a evaluar la experiencia y formación académica tanto del

ingeniero residente como la del ingeniero auxiliar y el plan de cargas de trabajo y no la propuesta económica, como parece entenderlo la parte accionante.

Señaló que el Consorcio Ingeniería Vial presentó la propuesta económica en los formularios señalados por el INVIAS, en las cantidades indicadas en el pliego de condiciones y no superó el presupuesto oficial.

Aseguró que no es cierto que el Consorcio Ingeniería Vial no haya cumplido con los requerimientos señalados en el pliego, ya que presentó los ítems y cantidades que señalaban los mismos y que según lo contemplado en los pliegos de condiciones en el numeral 4, subnumeral 4.4.2. era procedente realizar la corrección aritmética y dándole traslado al proponente favorecido, que aún encontrándose en el recinto, no se pronunció, ni se opuso, ni planteó ningún tipo de consideración diferente, por lo que se procedió a la adjudicación correspondiente.

Adujo que no es cierto que se haya planteado nueva fórmula, lo que se hizo fue la corrección matemática, ya que se ofrecieron las cantidades exigidas y requeridas en el pliego de condiciones y no superaba el presupuesto oficial.

Manifestó que el valor total de la propuesta ofrecido era de \$320.652.768 y el presupuesto oficial establecido en los pliegos era el mismo, luego no era causal de rechazo; agregó que el proponente adjuntó con la propuesta económica el análisis del factor multiplicador debidamente firmado por el representante legal.

Afirmó que el pliego de condiciones permitía efectuar la corrección aritmética y la propuesta presentaba los ítems y cantidades señaladas; añadió que como lo acepta la parte demandante, la situación presentada no fue objetada por el Consorcio Ingeniería Vial, es decir que presentaba su aceptación a la misma.

Sostuvo que de acuerdo al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en ningún caso se puede incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Refirió que de conformidad con el numeral 4.4.2., varios proponentes calificados con puntaje igual o superior al mínimo requerido, se procedió a la apertura del sobre No.2 del proponente ubicado en el primer lugar Consorcio Ingeniería Vial 2008, previo desempate, por lo que una vez adelantada la revisión a la propuesta económica se pudo establecer lo siguiente:

- El formulario de la propuesta económica utilizado y diligenciado por el proponente corresponde al suministrado por la entidad en el pliego de condiciones.
- EL proponente incluye los ítems y cantidades requeridas por la entidad en el pliego de condiciones.
- La propuesta económica se ajusta al presupuesto oficial en cuanto a las cantidades, ítems y valor total, siendo consistente con su propuesta técnica detallada.
- Se verificó que la propuesta no excedía el presupuesto oficial.
- El proponente adjuntó con la propuesta económica el Análisis del Factor Multiplicador debidamente firmado por el representante legal.
- La propuesta se encuentra debidamente firmada por el representante legal del consorcio.

Sostuvo que la situación que rodeó el contrato aquí estudiado, no se enmarca en ninguna de las causales de rechazo contenidas en el numeral 4.6. de los pliegos de condiciones, por lo que no existe nulidad alguna, ni de los actos previos, ni del contrato 3452 de 2008, como lo pretende hacer ver el demandante, por lo que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Manifestó que confrontada los requisitos técnicos mínimos con los presupuestos expuesto por el Consorcio Ingeniería Vial, corresponden a los mismos que requiere el Instituto sin modificar ni cantidades, ni dedicación hombre-mes, ni tiempo de utilización, con lo cual la propuesta económica es consistente con el detalle de las actividades de la propuesta técnica detallada presentada por el oferente y acordes con los requerimientos de la entidad.

Como excepciones propuso las siguientes:

1. **Legalidad de los actos administrativos demandados:** Sustentada en que revisadas las normas legales que rigen la contratación administrativa, la Entidad demandada Instituto Nacional de Vías INVIAS, hizo uso de las facultades que le otorgan los pliegos de condiciones y la Ley 1150 de 2007 para la evaluación y adjudicación de los contratos de consultoría. Agregó que el proponente ganador cumplió con lo consagrado en los pliegos de condiciones y las pretensiones de los demandantes quedan desvirtuadas pues sus argumentos en cuanto al formulario de la propuesta económica utilizado y las cantidades ofrecidas se ajustan con lo requerido por la entidad.
 2. **Caducidad de la acción:** Sustentada en que quién está demandando en el presente proceso en uno de los participantes del concurso, el término de caducidad de la acción es de 30 días para demandar los actos previos a la contratación, entre ellos la Resolución de adjudicación, y teniendo en cuenta que el contrato, entre ellos se celebró el día 24 de diciembre de 2008, la caducidad de la acción en cabeza de los demandante se producía el 24 de enero de 2009, siendo la demanda interpuesta mucho tiempo después, más exactamente para el año 2011, es decir dos años después, lo que a todas luces originaria la caducidad de la acción contractual invocada.
- **LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008:**

A través de apoderado judicial los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008 contestaron la demanda de la referencia oponiéndose a la totalidad de pretensiones contenidas en el introductorio por cuanto en el proceso no aparece demostrada ninguna de las causales de nulidad de los contratos señaladas taxativamente por la Ley 80 de 1993, "*ni tampoco se está cumpliendo con el numeral 4 del artículo 137 del CCA, dando lugar dicha omisión a la imposibilidad del Despacho de resolver sobre cuestiones no planteadas en el libelo ni estudiar la violación de posibles disposiciones*" (sic fl. 267), pues si bien, se citaron como vulneradas algunas normas, dentro del libelo no se precisaron los fundamentos legales, la norma o la causal específica de nulidad que el demandante invoca conforme a la cual debería declararse la nulidad absoluta del contrato.

Adujo que no puede declararse la nulidad del contrato de acuerdo con el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, "*cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten*", toda vez que la Resolución No. 824 del 24 de diciembre de 2008 expedida por el Instituto Nacional de Vías Territorial Boyacá, por medio de la cual el Director del Instituto, adjudicó al Consorcio Ingeniería Vial 2008 el contrato de concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 MODULO 3, por la suma de \$522.664.012, fue expedido por la autoridad competente y está amparado con la presunción de legalidad y mientras ello no se desvirtúe judicialmente se consideran ajustados a derecho.

Destacó que el acto previo o precontractual de adjudicación del contrato no fue demandado judicialmente y que en la presente acción tampoco se persigue como pretensión la declaratoria de nulidad sobre el acto de adjudicación, para que pueda argumentarse o le sirva de fundamento a la nulidad del contrato.

Explicó que para la prosperidad de pretensiones indemnizatorias por la no adjudicación de un contrato estatal, dada su naturaleza y condiciones no basta reclamar a partir del ataque infundado en contra de las otras propuestas, sino que es menester acreditar que su propuesta era la mejor por cumplir con la totalidad de las exigencias del pliego y que aun así la entidad prefirió una oferta diferente.

Opina que en el caso de marras era necesario demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho los actos previos a la celebración del contrato, acción que a la fecha de presentación de la contestación se encuentra caducada.

Refirió que las pretensiones de declarar la nulidad absoluta del contrato y el consecuente restablecimiento económico supondría una acumulación de pretensiones, como quiera que la primera es natural de la acción contractual, mientras que la segunda es de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; agregó que en casos como el de la referencia, el demandante al ejercer la acción contractual debe solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal, así como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le serviría de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podría pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le hubiera infligido, por lo que era necesario que la demanda hubiese sido presentada dentro del término de treinta días.

Resaltó que lo pretendido por los demandantes en el presente proceso, es obtener la declaratoria de nulidad del contrato fundado en la ilegalidad del acto previo-acto de adjudicación que consideran ilegal, pero no con la finalidad de defender el ordenamiento jurídico objetivamente considerado frente a la presencia de una decisión ilegal, sino como medio para obtener la indemnización de los perjuicios que consideran haber sufrido con ocasión de la expedición del acto de adjudicación en cabeza del Consorcio Ingeniería Vial 2008, por lo tanto la reclamación ha debido ser presentada en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 37 del Decreto 446 de 1998 y dentro del término legal y perentorio allí previsto, es decir dentro de los 30 días siguientes a la notificación o publicación del acto, toda vez que lo que se pretende es no solo la nulidad absoluta del contrato, sino adicionalmente el reconocimiento de la indemnización de perjuicios, caso en el que la Ley impone una acumulación de pretensiones, esto es, las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que al ejercer la acción contractual la parte demandante debe solicitar tanto la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya causado.

Aclaró que si bien es cierto en principio el ordenamiento jurídico parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual, la que supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado, sólo podrá accionarse como causal de nulidad absoluta del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o a partir de la nulidad del acto precontractual que también deberá pretenderse, lo cierto es que en el caso de autos ya no puede elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda, en consecuencia solo habría lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado a la luz de la legalidad del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante.

Para sustentar sus manifestaciones transcribió apartes de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2010, dentro del proceso con radicación No. 250002326000199409827-01 (16540) Magistrado Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez del Consejo de Estado.

Señaló que las actuaciones adelantadas por el Instituto Nacional de Vías Territorial Boyacá dentro del proceso contractual concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 módulo 3, fueron respetuosas y obedientes de los postulados y principios que enmarcan la función pública y el estatuto contractual, por lo que la decisión de adjudicación se encuentra revestida de legalidad y transparencia que demanda el ejercicio de la actividad contractual arrojando como resultado la adjudicación al proponente Consorcio Ingeniería Vial 2008, por haberse demostrado que su ofrecimiento fue el más favorable para la entidad, toda vez que la oferta demostró haber cumplido con las condiciones de índole legal, financiero y técnico fijadas en los pliegos de condiciones, ocupando un primer orden de elegibilidad en la propuesta técnica con una calificación de 990 puntos y por cuanto se hizo acreedor a participar dentro de la etapa de apertura del sobre No. 2 o de oferta económica, por haber ocupado el primer lugar, demostró consistencia de la oferta económica con la oferta técnica detallada presentada.

Aclaró que de la propuesta económica únicamente se da apertura al del proponente que ocupó el primer lugar luego de establecer el orden de elegibilidad y no es objeto de

calificación, sino de revisión para determinar su consistencia frente a la propuesta técnica detallada presentada por el proponente.

Adujo que la "consistencia" es el equilibrio que existe entre el ofrecimiento técnico efectuado por el proponente y el valor económico asignado a cada uno de los factores técnicos que fueron objeto de evaluación.

Sostuvo que la parte accionante efectuó una errónea interpretación en el concepto de apertura y verificación de la consistencia de la oferta económica presentada dentro del concurso de méritos, toda vez que se limitó a hacer énfasis en las denominaciones de la columna final de la derecha cuyo título es "Valor Parcial (\$) $(7) \times (8) = (9)$ " o fórmula contenida en la última casilla de los formularios, y a aplicarlas matemáticamente sin tener en cuenta que en los concursos de méritos, la oferta no es calificable, sino que es objeto de revisión, es decir, en estos casos las actividades y productos requeridos por la entidad y detallados de manera cuantitativa y cualitativa como "costos directos de personal" y "otros costos directos", se encuentran identificados conceptualmente y plenamente determinados no solo por unidades de medida, costo y tiempo de utilización, sino en un ítem de "cantidades requeridas", en consecuencia la consistencia de la oferta económica, frente a los requerimientos técnicos mínimos de la oferta técnica demandaba que en los valores parciales arrojados para cada ítem "producto o actividad" debía verse reflejado en la operación aritmética no solo su costo mes por el tiempo o número de meses requerido, como de manera exegética lo aplica el accionante sino que debía reflejar la consistencia valga decir, debía atender la "cantidad requerida" para la actividad o producto de las "cantidades ofrecidas" en la propuesta técnica presentada.

Indicó que en la columna derecha del formulario cuyo título es "Valor Parcial (\$) $(7) \times (8) = (9)$ " indica que el valor correspondiente a esta casilla se halla multiplicando el valor contenido en las casillas 7 y 8, ahora bien, dichas multiplicaciones o valores arrojados, no pueden estar aisladas, pues para que exista una verdadera consistencia de la propuesta económica en los concursos de méritos, estas deben necesariamente atender los requerimientos técnicos, es decir, en cuanto a las actividades, productos y cantidades requeridas, en consecuencia el proponente debía involucrar todos estos conceptos en el formulario, es decir, si los requerimientos técnicos de algunos ítems cuya cantidad es superior a la Unidad, necesariamente los proponentes debían atender la cantidad exigida al aplicar la fórmula, pues en caso contrario la propuesta económica no sería consistente con la técnica, que es lo que se verifica.

Reseñó los ítems del formulario que contienen "Cantidades" y afirmó que no es cierto que exista un sobrecosto en la propuesta, como pretende hacerlo ver el accionante, porque la propuesta económica guardó plena y total equivalencia y coherencia con la propuesta técnica detallada presentada por el Consorcio Ingeniería Vial 2008, de allí que se haya declarado su consistencia, conforme a las normas y previsiones que regulan el concurso de méritos y de los propios pliegos de condiciones.

Señaló que no es cierto que los pliegos de condiciones hayan sido modificados, que se haya vulnerado el proceso o que exista un mayor valor o sobrecosto, que la propuesta económica haya tenido discrepancias o errores, que se haya realizado corrección aritmética, que se hayan variado las condiciones técnicas mínimas exigidas en el pliego de condiciones o que el proponente no las haya cumplido pues el contrato se ejecutó plenamente y a cabalidad.

Insistió en que la propuesta económica suscrita por el Consorcio Ingeniería Vial 2008 fue debidamente diligenciada por módulo, a los que presenta propuesta técnica detallada, de conformidad con los requisitos técnicos mínimos exigidos en el formulario No. 1, los precios fueron desglosados para todas y cada una de las actividades y productos descritos en el formulario, y no tuvo ninguna inconsistencia ni discrepancia respecto a las actividades y productos requeridos por la entidad y descritos en el Formulario 1 y la propuesta económica presentada por el proponente, por lo que no fue objeto de ninguna clarificación o ajuste durante la audiencia de adjudicación.

Resaltó que la entidad accionada no se apartó del pliego de condiciones de la convocatoria, pues no se modificaron las fórmulas de calificación o evaluación o

selección, pues en el concurso de méritos los criterios de selección, fórmulas o criterios de calificación solo operan la propuesta técnica, por cuanto la propuesta económica no es calificable, momento en el cual no era posible variar fórmula alguna.

Indicó que de acuerdo a lo anterior lo que pretende la parte demandante es hacer incurrir en error a este fallador, señalando que se variaron fórmulas en una etapa en la que no se aplican.

Concluyó que teniendo en cuenta lo expuesto, que no aparece probado que la mejor oferta sea la de la parte demandante, que la demanda no establece los supuestos vicios que podría dar lugar a la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación cuya declaratoria de nulidad no fue perseguida en la presente acción contractual y que no aparece demostrada ninguna causal de nulidad que vicie la validez del contrato 3452 del 24 de diciembre celebrados por el INVÍAS Regional Boyacá, que no se demuestran los supuestos daños causados, que no se ejerció una adecuada acumulación de pretensiones, toda vez que operó caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que el Comité evaluador obró con obediencia absoluta a los pliegos de condiciones y a los principios de la Ley 80 de 1993 y acorde con el procedimiento legal previsto para el concurso de méritos dentro del Decreto 2474 de 2008, considera que es improcedente acceder a cualquiera de las pretensiones de la demanda.

Como excepciones propuso las siguientes:

1. "Inepta demanda por pretermittir trámite de conciliación extrajudicial previa y violación al debido proceso":

Sustentada en que si bien es cierto dentro del trámite allegado a este proceso se demostró que se procedió a convocar y a celebrar audiencia de conciliación previa respecto de los demandados Instituto Nacional de Vías y Consorcio Ingeniería Vial 2008, representadas por sus representantes legales, la cual se declaró fracasada, también lo es que no se realizó respecto de los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, como personas naturales, ignorando que el Consorcio no tenía capacidad jurídica para comparecer judicialmente.

Señaló que el representante legal de un consorcio solo tiene facultades para presentar la propuesta ante la entidad contratante y en caso de ser adjudicatario del contrato, para representar al consorcio ante la entidad contratante y para tomar todas las determinaciones necesarias respecto de la ejecución y la liquidación del contrato, pero no para representarlo judicialmente como ampliamente lo ha manifestado el Consejo de Estado.

2. "Inepta demanda por carencia poder para demandar a Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil como personas individualmente consideradas":

Señaló que el poder obrante en la demanda se concedió para demandar al Invías – Boyacá y al Consorcio Ingeniería Vial 2008 pero no para accionar en contra de los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, como personas naturales, como quiera, que si bien es cierto se mencionaron en el mandato, ello no implica que por aplicación extensiva se esté otorgando poder para demandarlos individualmente como si se está haciendo en el introductorio.

Resaltó que el poder conferido se otorgó expresamente para demandar al Consorcio Ingeniería Vial, el que no posee capacidad jurídica para comparecer a juicio, sin embargo, en la demanda se accionó en contra de las personas naturales mencionadas.

Adujo que dicha situación no es aceptable, toda vez que sería lo mismo decir, que al identificar en un poder como parte demandada a una determinada "sociedad" e identificar quienes son los socios que la integran o conforman y quien es el representante legal de esta, se estaría facultando para que se demande a la

sociedad a través de su representante legal y también para demandar a todos los socios individualmente considerados.

Realizó una amplia exposición acerca de las uniones temporales y los Consorcio, resaltando que los mismos tienen duración temporal y capacidad legal únicamente para la contratación correspondiente y agregó que el Consejo de Estado dispuso que estas asociaciones no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman la asociación, toda vez que la representación conjunta solo funciona para efectos de adjudicación, celebración y ejecución de los contratos.

Resaltó que de acuerdo a lo anterior, al no poseer naturaleza o personería jurídica, no tienen capacidad para ser parte ni comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito por el artículo 44 del CPC, pues dicha capacidad únicamente se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que lo han integrado, o lo integran para celebrar un contrato con el Estado, por lo que en casos como el que nos ocupa es necesario constituir un litisconsorcio pasiva con las personas naturales que conforman el Consorcio o Unión Temporal.

Sostuvo que en este tipo de formas de asociación la Ley dispone que se asigne un representante quien estará al frente del desarrollo del contrato, de modo que este será su interlocutor válido durante el proceso de selección, adjudicación, celebración, ejecución y liquidación del contrato, para efectos de que represente a los miembros del consorcio durante la vida del contrato, de modo que la representación del consorcio no va más allá del acto de liquidación del contrato.

3. "Indebida acumulación de pretensiones, no procedencia de reconocimiento económico alguno, por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho":

Fundamentada en los argumentos ya expuestos, consistentes en que se pretende la declaratoria de nulidad del contrato con base en la aparente ilicitud de los actos previos, como el acta de audiencia pública y resolución de adjudicación, actos administrativos que debieron ser demandados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la contractual, único evento en el que sería procedente el reconocimiento de perjuicios o restablecimiento del derecho.

Señaló que la citada acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la fecha de contestación de la demanda estaba caducada al haber dejado transcurrir más de 30 días siguientes a la notificación o publicación de dichos actos administrativos.

4. "Inexistencia de argumentos legales y fácticos en desarrollo de la Litis planteada".

Sustentada en que el proceso de concurso de méritos CM-DT-BOY001-2008 MODULO 3, se surtió en forma lícita, con apego al pliego y a la Ley, que no se violó derecho procesal, ni sustancial a ninguna de las partes en él intervinientes, que se respetaron cada uno de los principios rectores de la Ley 80 y demás normas que la regulen y complementen, por lo que la sola inconformidad infundada de un proponente no ha de ser objeto suficiente para acceder a lo solicitado.

3. OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

El Despacho aclara que encontrándose el presente proceso para emitir el fallo correspondiente se evidenció que no se corrió el traslado de las excepciones propuestas por lo que mediante auto del 2 de febrero de 2017 (fls. 565 y 565 vto.) se puso en conocimiento de la parte demandante la posible causal de nulidad que podría configurarse, la que guardó silencio, por lo que se consideró saneada a través de auto del 23 de febrero de 2017 (fl. 575).

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008 (fls. 527-535):

Insistió en que al momento de desarrollar la apertura de la oferta económica radicada por ellos, no se evidenció ninguna clase de irregularidad, ni sustancial ni de forma en la oferta económica presentada y en tal virtud se recomendó la adjudicación al Consorcio Ingeniería Vial 2008.

Reiteró que la propuesta económica presentada por el Consorcio Ingeniería Vial 2008 en el concurso de méritos No. CM-DT-BOY001-2008, era plenamente coherente y consistente con los requerimientos técnicos mínimos exigidos por la Entidad y contenidos en la oferta técnica, encontrándose plenamente soportada su consistencia con la propuesta económica, razón por la que no hubo necesidad de hacer acuerdos, ajustes o aclaraciones, toda vez que la propuesta técnica y económica guardaban plena correspondencia en las actividades y productos requeridos por la entidad descritos en el formulario No. 1 por los valores propuestos.

Consideró que la parte demandante incurrió en un error de interpretación al alcance y operatividad que involucra en el desarrollo de un concurso de méritos la "apertura y verificación de la consistencia de la oferta económica", toda vez que el demandante se aferró y limitó a hacer énfasis en las denominaciones de la columna final de la derecha cuyo título es "VALOR PARCIAL (\$) (7) * (8) = (9) o fórmula contenida en los formularios y a aplicarlas matemáticamente, sin tener en cuenta que los concursos de méritos, la oferta no es calificable, sino que es objeto de revisión, es decir, en estos casos se verifica que las actividades y productos requeridos por la entidad y detallados de manera cuantitativa y cualitativa como costos directos de personal y otros costos directos, se encuentran identificados conceptualmente y plenamente determinados no solo por unidades de medidas, costos y tiempo de utilización, sino en un ítem de cantidades requeridas.

Afirmó que la "consistencia" de acuerdo con el numeral 4.4.2. del pliego de condiciones es: *"el equilibrio económico que exista entre el ofrecimiento técnico efectuado por el proponente y el valor económico asignado a cada uno de los factores técnicos que fueren objeto de evaluación"*.

Aseguró que en audiencia pública realizada los días 12 y 18 de diciembre de 2008 se procedió a la apertura del sobre 2 y revisión de la oferta económica conforme a lo establecido en el capítulo IV del pliego de condiciones numeral 4.4. determinándose que la propuesta económica es consistente con la propuesta técnica detallada presentada por el proponente y la cual no superó el presupuesto oficial establecido en el formulario 1.

Adujo que de acuerdo a lo expuesto es claro que el Comité no modificó los pliegos de condiciones en la revisión de la oferta económica, como lo intenta hacer ver la parte demandante, ya que la propuesta económica no es objeto de calificación, no otorga puntaje alguno, es decir no se encuentra sujeta a ningún criterio de ponderación, sino de revisión para constatar su consistencia con la propuesta técnica.

Manifestó que la entidad demandada no vulneró o se apartó del pliego de condiciones pues no se modificaron las fórmulas de calificación, evaluación o selección, pues estos solo operan en la propuesta técnica, por cuanto la propuesta económica no es calificable, en consecuencia lo que se procedió fue a analizar y revisar su consistencia, es decir, si a partir de la formulación de la propuesta técnica del proponente ganador o que obtuvo el primer orden de elegibilidad, se confronta y revisa que su propuesta técnica resulte consistente con la propuesta económica presentada.

Aclaró que tampoco se presentó error o discrepancia en la propuesta técnica, ni en la propuesta económica respecto de los requerimientos técnicos, pues la segunda de ellas contenía todos los aspectos, actividades y productos requeridos, por lo que tampoco hubo lugar a hacer aclaraciones, ajustes, modificaciones o clarificaciones pues no existió ninguna discrepancia o inconsistencia respecto a las actividades o productos requeridos por la entidad y los descritos en el formulario 1 y la propuesta económica.

Resaltó que los demandantes no solicitaron la nulidad del acto administrativo de adjudicación, lo que era necesario de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ende si dicho acto administrativo es legal, la misma suerte corre el contrato suscrito, por lo que deben denegarse las pretensiones de la demanda.

Finalmente, reiteró las excepciones propuestas con la contestación de la demanda.

2.- Instituto Nacional de Vías "INVIAS" (fls. 536-552):

Reiteró la solicitud de declaratoria de "Caducidad" en el proceso de la referencia, como quiera que de acuerdo con el artículo 87 del CCA la parte demandante contaba con 30 días siguientes al acto administrativo de adjudicación, o a lo sumo la firma del contrato, para la interposición de la correspondiente acción contencioso administrativa, hecho este que no se cumplió en el entendido que el contrato de consultoría No. 3452, se suscribió el 24 de diciembre de 2008, sin que dentro del mes siguiente se hubiera formulado demanda alguna, trascurriendo más de dos años para que los hoy demandantes formularan sus pretensiones, las que se encuentran afectadas de caducidad.

Para afirmar sus apreciaciones transcribe amplios apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de agosto de 2014 en el proceso radicado bajo el No. 250002326000200401200-01.

Argumentó que el contrato de consultoría tiene una reglamentación específica y criterios de selección establecidos en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, según la cual **"En ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia para la selección de consultores"**.

Así mismo en el pliego de condiciones que regía el proceso que nos ocupa se dispuso que el Instituto no asignaría puntaje a la propuesta económica.

Insistió que una vez surtidas las etapas precedentes, se procedió a revisar la propuesta económica y que el INVIAS no encontró hechos o discrepancias entre la propuesta técnica y la propuesta económica, por lo que no se necesitó realizar aclaración o ajuste alguno, toda vez que dicha propuesta cumplía con los requerimientos exigidos por el INVIAS, de acuerdo a lo establecido en el formulario No. 1 del Pliego de condiciones en cuanto a cantidades y tiempo de utilización, en el entendido que este no es para ser presentado de esta manera, solo es un documento base de información, el que fue presentado por el Consorcio Ingeniería Vial 2008, con el cumplimiento de los requisitos mínimos y sin exceder el presupuesto oficial establecido para tal fin.

Sostuvo que para el caso concreto el INVIAS solicitaba dos vehículos, dos encuestas de origen y destino, 2000 plegables (1000 semestrales) y dos videos para el año 2009 y dos vehículos, dos encuestas de origen y destino, 1000 plegables y un video para el año 2010, los cuales fueron efectivamente ofertados en la propuesta económica presentada por el Consorcio Ingeniería Vial 2008, valor que de ninguna forma superaba el presupuesto oficial.

Explicó que de dicha propuesta, la que no es objeto de evaluación como criterio de selección, se concluyó que era consistente con la propuesta técnica y que el valor total de la misma no sobrepasó el presupuesto oficial asignado al INVIAS y en consecuencia al no exceder la disponibilidad presupuestal, no podía ser rechazada en aplicación del numeral 3 del artículo 71 del Decreto 2474 de 2008.

Trascribió el numeral 4.6., del pliego de condiciones en el que se establecían las causales de rechazo de las propuestas e indicó que en ninguna incurría la propuesta del Consorcio Ingeniería Vial 2008.

Relató que para el presente proceso y por orden de este Despacho fue abierta la propuesta económica del Consorcio Vías de Boyacá para ser aportada al proceso, el cual y a pesar de no ser criterio de selección, en su resultado se observan cifras similares en el costo total de la propuesta, hecho que, reiteró, a pesar de no tenerse como criterio evaluador, es demostrativo el actuar conforme a derecho del INVIAS, toda vez que arroja como diferencia la "ínfima" suma de \$137.929.

Señaló que debe tenerse en cuenta el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Alirio Alvarado Ávila visible a folios 434 a 442 del expediente, en el que se concluyó lo siguiente:

"(...) revisado y verificados todos los rubros y lo correspondiente a las operaciones matemáticas y estadísticas se encontró que dichas operaciones y cálculos correspondiente a las correspondientes formulas, ítems y sumatorias finales incluyendo el IVA son CORRECTAS. (...) Lo relacionado al valor parcial de la columna 9 que es el resultado de multiplicar la columna 7 por la columna ocho, debe tenerse en cuenta la primera columna de cantidad en este caso (2) vehículos, al hacer la operación de esta forma está bien la multiplicación, que es diferente a multiplicar por un solo vehículo la columna 7 por la columna 8 y es donde se observa la diferencia del valor señalado en el hecho No. 14 literal C (...)"

Adujo que el citado dictamen pericial corrobora lo excepcionado por el INVIAS, máxime cuando quien hace la experticia es un auxiliar de la justicia idóneo en cálculos, mediante el cual se explica cómo debe ser interpretado el formulario No. 1- Propuesta Económica, para el CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008, del que se extrae los valores allí consignados, en el que se refiere claramente que las "operaciones y cálculos son correctas", por lo que de todas maneras las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Finalmente, resaltó que la demandante demostró haber agotado requisito de procedibilidad frente al INVIAS y al Consorcio Ingeniería Vial 2008, cuando este último no es persona jurídica y en consecuencia no tenía capacidad jurídica para comparecer al proceso, tal como lo dispone el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y en consecuencia al no haber agotado la conciliación prejudicial respecto de los miembros del Consorcio, y al comprender estos un Lifis consorcio necesario, se estaría ante una inepta demanda, por no haberse cumplido con los presupuestos de la acción, al no haberse agotado en debida forma, la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para la interposición de la acción contractual objeto de estudio, lo que debe ser tenido en cuenta al momento de tomar la decisión que en derecho corresponda.

3.- De la parte demandante:

Guardó silencio en esta etapa procesal.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacho, dentro del término concedido guardó silencio.

V. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LAS PARTES:

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

- i) *¿La presente demanda se torna en inepta por pretermittir conciliación extrajudicial previa y violación al debido proceso, al no haber citado a la audiencia a los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008, como personas naturales individualmente consideradas?*
- ii) *¿ La presente demanda se torna en inepta por carencia de poder para demandar a los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008, como personas naturales individualmente consideradas?*
- iii) *¿Se encuentra acreditada la excepción de caducidad y la improcedencia de reconocimiento económico alguno, teniendo en cuenta que los actos*

administrativos que debieron ser demandados en el proceso de la referencia son los previos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la contractual, por lo que se contaba con el término de 30 días siguientes para accionar?

- iv) *¿Es procedente declarar la nulidad absoluta del contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías Dirección Territorial de Boyacá y el Consorcio Ingeniería Vial 2008 como consecuencia de la ilegalidad de los actos administrativos previos contenidos en el acta del 18 de diciembre de 2008 y Resolución No. 824 del 23 de diciembre de 2008, correspondientes al trámite del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008, Módulo 3 convocado por el INVIAS?*
- v) *En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva ¿Es procedente reconocer restablecimiento económico alguno a la parte demandante?*

De la lectura de la demanda y su contestación, el Despacho concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la *litis*, e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

➤ TESIS ARGUMENTATIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

Considera que el Contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías Territorial Boyacá y el Consorcio Ingeniería Vial 2008, es nulo absolutamente como consecuencia de la ilegalidad de los actos administrativos previos contenidos en el acta del 18 de diciembre de 2008 proferida en la audiencia pública que se celebró para dar a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica, acta de acuerdos alcanzados y adjudicación y la Resolución No. 824 de diciembre de 2008 por medio de la cual adjudica al Consorcio Ingeniería Vial el contrato del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 módulo 3.

Que el citado Consorcio no cumplió con los requerimientos establecidos en el formulario No. 1- Propuesta económica año 2009 y 2010, específicamente en lo que tiene que ver con las formulas allí establecidas, por cuanto el valor correspondiente a la casilla "Valor Parcial (\$)
(7)*(8)=(9)" corresponde al resultado de multiplicar el valor obtenido en las casillas 7 y 8, sin embargo al calcular en la forma indicada, el valor no corresponde; no obstante ello uno de los integrantes del Comité asesor o evaluador procedió a plantear una nueva fórmula, según la cual el valor de la columna (7) por (9) se debería obtener de multiplicar el valor de la columna (7) por el valor de la columna (8) y luego multiplicar dicho resultado por la columna izquierda señalada como "CANT", para que los valores pudieran corresponder a los consignados por el proponente.

Que el Instituto demandado modificó el pliego de condiciones para favorecer al consorcio Ingeniería Vial y lo que ha debido hacer era adjudicarle el contrato al segundo proponente que cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

➤ TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA INVIAS:

No es cierto que el Consorcio Ingeniería Vial haya incumplido con los requerimientos señalados en el pliego, ya que presentó los ítems y cantidades que señalaban los mismos y que según lo contemplado en los pliegos de condiciones en el numeral 4, subnumeral 4.4.2. era procedente realizar la corrección aritmética y darle traslado al proponente favorecido, que aun encontrándose en el recinto, no se pronunció, ni se opuso, ni planteó ningún tipo de consideración diferente, por lo que se procedió a la adjudicación correspondiente.

Adujo que no es cierto que se haya planteado nueva fórmula, lo que se hizo fue la corrección matemática, y además se ofrecieron las cantidades exigidas y requeridas en el pliego de condiciones y no superó el presupuesto oficial.

Que en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la caducidad por cuanto el término para interponer la demanda es de 30 días para censurar los actos previos a la contratación, entre ellos la Resolución de adjudicación, y teniendo en cuenta que el contrato, entre ellos se celebró el día 24 de diciembre de 2008, la caducidad de la acción en cabeza de los demandantes se producía el 24 de enero de 2009, siendo la demanda interpuesta mucho tiempo después, más exactamente para el año 2011, es decir dos años después.

➤ **TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008:**

Que en el Concurso de Méritos solamente se da apertura a la propuesta económica del proponente que ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad y ello no es objeto de calificación sino de revisión para determinar su consistencia frente a la propuesta técnica detallada presentada por el proponente; en el caso de autos, en la columna derecha del formulario cuyo título es "Valor Parcial (\$) (7)*(8)=(9)" indica que el valor correspondiente a esta casilla se halla multiplicando el valor contenido en las casillas 7 y 8, ahora bien, dichas multiplicaciones o valores arrojados, no pueden estar aisladas, pues para que exista una verdadera consistencia de la propuesta económica en los concursos de méritos, estas deben necesariamente atender los requerimientos técnicos, es decir, en cuanto a las actividades, productos y cantidades requeridas, en consecuencia el proponente debía involucrar todos estos conceptos en el formulario, es decir, si los requerimientos técnicos de algunos ítems cuya cantidad es superior a la Unidad, necesariamente los proponentes debían atender la cantidad exigida al aplicar la fórmula, pues en caso contrario la propuesta económica no sería consistente con la técnica, que es lo que se verifica.

Considera que la demanda que le dio origen al presente litigio declina en inepta por cuanto se pretermitió conciliación extrajudicial previa y violación al debido proceso, al no haber citado a la audiencia a los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008, como personas naturales individualmente consideradas.

Así mismo por carencia de poder para demandar a los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008, como personas naturales individualmente consideradas.

Y finalmente que existe "Indebida acumulación de pretensiones, no procedencia de reconocimiento económico alguno, por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho", toda vez que los actos administrativos que debieron ser demandados en el proceso de la referencia son los previos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la contractual, por lo que se contaba con el término de 30 días siguientes para accionar.

➤ **TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR EL DESPACHO**

En el caso de análisis la demanda no se torna en inepta al no haber citado a las personas naturales que conformaban el Consorcio Ingeniería Vial 2008, por cuanto de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de septiembre de 2013, reiterada en sentencia de nueva data el 7 de diciembre de 2016, si bien es cierto los consorcios no constituyen personas jurídicas independientes, también lo es que poseen

capacidad como sujetos de derechos y obligaciones para actuar al interior de controversias judiciales por conducto de su representante.

De otra parte, luego de analizar el poder aportado a la demanda, se concluye que contrario a lo manifestado por el apoderado de los señores Ochoa Martínez, Esquivel Borda y Puerto Gil, en el memorial visto a folio 1 del plenario se otorgó poder para accionar en contra suya, pues se individualizaron mencionado los nombres completos y sus números de cédula, ello con el fin de identificarlos plenamente.

Contrario a lo manifestado por los apoderados de las demandadas la excepción de caducidad no se encuentra probada, por cuanto si el contrato estatal se suscribió antes de vencer el término de los 30 días concedidos para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho los actos previos y el interesado no accionó, puede demandar la nulidad absoluta del contrato originada en la ilegalidad de dichos actos, pero para que se abra paso al estudio de pretensiones de tipo resarcitorio debe hacerse dentro de los 30 días siguientes a las suscripción del citado contrato; por ende si bien es cierto la presente demanda no se incoó dentro de los 30 días siguientes a la suscripción del contrato estatal y ello implica la imposibilidad de estudiar las pretensiones de contenido económico, se puede conocer de la legalidad de los actos previos y el contrato mismo.

Finalmente se denegarán las pretensiones de nulidad absoluta del contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías Territorial Boyacá y el Consorcio Ingeniería Vial 2008, por cuanto los actos previos, contenidos en el acta del 18 de diciembre de 2008 proferida en la audiencia pública que se celebró para dar a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica, acta de acuerdos alcanzados y adjudicación y la Resolución No. 824 de diciembre de 2008 por medio de la cual adjudica al Consorcio Ingeniería Vial el contrato del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 módulo 3, no se encuentran viciados de ilegalidad por cuanto lo que acaeció fue una interpretación matemática de la fórmula propuesta atendiendo las cantidades de automotores que se necesitaban, aunado a lo cual no se sobrepasó el presupuesto autorizado por la accionada.

El Despacho deja constancia que no es posible determinar si dicha actuación generó una modificación del pliego de condiciones de la convocatoria, como quiera que el mismo no fue aportado al plenario, evidenciándose un incumplimiento de la carga probatoria que le asistía a la parte accionante.

VI) CONSIDERACIONES

6.1. Excepciones propuestas.

Las excepciones denominadas **"Legalidad de los actos administrativos demandados"** propuesta por el INVIAS e **"Inexistencia de argumentos legales y fácticos en desarrollo de la litis planteada"** formulada por los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008, están fundamentadas en argumentos que no constituyen impedimentos procesales, sino que son razones de la defensa de los demandados, cuyo estudio se analizará junto con el fondo del asunto.

6.1.1. Inepta demanda por pretermitir conciliación extrajudicial previa y violación al debido proceso propuesta por los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008:

Sustentada en que si bien es cierto dentro del trámite allegado a este proceso se demostró que se procedió a convocar y a celebrar audiencia de conciliación previa respecto de los demandados Instituto Nacional de Vías y Consorcio Ingeniería Vial 2008, representadas por sus representantes legales, la cual se declaró fracasada, también lo es que no se realizó respecto de los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, como personas naturales, ignorando que el Consorcio no tenía capacidad jurídica para comparecer judicialmente.

El Consejo de Estado a través de la providencia fechada el 25 de septiembre de 2013¹, reiterada en reciente sentencia del 07 de diciembre de 2016² unificó jurisprudencia en torno al problema jurídico consistente en dilucidar si los consorcios y las uniones temporales cuentan con capacidad para comparecer como parte en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen bien en su condición de contratistas de las entidades estatales o bien como participantes en los correspondientes procedimientos de selección contractual, oportunidad en la que luego de realizar un extenso estudio normativo y jurisprudencial señaló:

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

El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.–, atribuye "(...) capacidad para comparecer por sí al proceso (...)", a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente³ o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales⁴, de lo cual se desprende que el hecho de que los consorcios y las uniones

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Proceso No. 250002326000-1997-13930-01. Demandante: Consorcio Glonmarex. Demandado: Consejo Seccional de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00091-03(37959). Actor: Sociedad Electro Atlántico Limitada. Demandado: Municipio de Cartago.

³ Artículo 581 del C. de P. C.

⁴ Así lo ha sostenido la doctrina:

"El inciso primero del art. 44 del C.P.C., dispone: "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso": Esta noción ha quedado corta y debe ser completada por la doctrina, pues el legislador olvidó que existen otros sujetos de derecho que están en posibilidad de demandar y ser demandados, sin que sean personas naturales o personas jurídicas.

En efecto, la herencia yacente, la masa de bienes del quebrado, el patrimonio de la fiducia, la masa de bienes del ausente, son típicos ejemplos de patrimonios autónomos que pueden comparecer válidamente en juicio como demandantes, o demandados sin que tengan la calidad de personas naturales o jurídicas. Se trata de una categoría que, a pesar de no estar comprendida por el art. 44 debe tener cabida por interpretación extensiva de éste, pues negarles la calidad de parte es tanto como quitarles toda posibilidad de comparecer en un juicio, atributo éste inherente a todos los sujetos de derecho, tal como lo son los patrimonios autónomos.

Quienes representan esos patrimonios, como bien lo afirma REDENTI, no actúan, como representantes legales sino que su carácter o calidad de gestores, autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno.

No hay duda que los patrimonios autónomos constituyen una categoría especial de sujetos de derecho, y como tales pueden ser partes en los procesos, así su naturaleza no encuadre con lo que la normatividad que hoy nos rige, exige para que existan personas jurídicas.

Claro está la elaboración del concepto de "patrimonio autónomo" y su aceptación como sujeto de derechos, obedece más a la estrechez del alcance de la noción de persona jurídica que a una verdadera nueva categoría de sujetos de derecho". Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*, Tomo I, pp. 294-295.

En el mismo sentido y a modo puramente ilustrativo, merece la pena tomar en consideración que los artículos 53 y 54 de la Ley 1564 de de 2012, Código General del Proceso recientemente aprobado, dejan expresamente abierta la posibilidad de que cuenten con capacidad para comparecer por sí mismos, en los procesos judiciales, sujetos que carecen de la condición de personas jurídicas. No otra cosa es lo que se desprende de la lectura de los preceptos en mención, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. Los patrimonios autónomos.
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley.

temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial.

(...)

A la luz de la normativa procesal que regula, de manera especial, el actuar de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta más claro aun que la exigencia de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo.

Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A., mediante el cual se determina que "[l]as entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos (...)", al tiempo que agrega que "[e]llas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan".

(...)

En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C. de P.C. y 87 C.C.A.⁵), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo *jus postulandi*.

También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda **a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección**, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal."

De acuerdo a lo dispuesto en la citada sentencia de unificación, si bien es cierto los consorcios no constituyen personas jurídicas independientes, también lo es que poseen capacidad como sujetos de derechos y obligaciones para actuar al interior de controversias judiciales por conducto de su representante, tal como acaeció en el caso de autos en el que se surtió el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial con el señor Samuel Ignacio Puerto Gil, representante legal del Consorcio Ingeniería Vial 2008 en audiencia celebrada el 16 de marzo de 2011 ante la Procuraduría 68 Judicial I Administrativa de Tunja, cuya acta y constancia reposa a folios 68 a 71, oportunidad en la que se declaró fracasado el intento de conciliación; así las cosas, no es trascendente el que no se haya citado a los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL como personas naturales, pues dicha diligencia se

Artículo 54. Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales".

Como de la simple lectura de las disposiciones en mención fácilmente se desprende, el artículo 53 citado expresamente confiere la capacidad para ser parte en un proceso judicial a los patrimonios autónomos —numeral 2—, instituto jurídico éste que da lugar a la existencia de sujetos de derecho que no cuentan con personalidad jurídica; adicionalmente, la misma disposición, en su numeral 4, deja abierta la posibilidad a que los demás sujetos que determine la ley, con independencia de si gozan, o no, del atributo de la personalidad jurídica, puedan comparecer directamente al proceso.

De otro lado, el aludido artículo 54 de la Ley 1564 de 2012 tiene el mismo tenor literal que el ya citado inciso primero del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual al primero de los segmentos normativos en comento le resultan trasladables, *mutatis mutandi*, las apreciaciones a las cuales se viene de hacer alusión respecto de la necesidad de interpretar el segundo de los apartes normativos referido de manera armónica y sistemática con otras disposiciones legales que atribuyen capacidad procesal a sujetos que carecen de personalidad jurídica.

A este respecto, la previsión de la posibilidad de que al proceso comparezcan como partes sujetos de derecho que no se encuentren acompañados de la condición de personas jurídicas, se hace aún más evidente si se repara en lo preceptuado por el inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011:

"Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, por medio de sus representantes previamente acreditados" (se deja subrayado).

⁵ Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

realizó por quien los representaba legalmente como consorciados. Así las cosas no prospera la excepción aquí estudiada.

6.1.2. Inepta demanda por carencia de poder para demandar a los señores LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, como personas individualmente consideradas:

Señaló que el poder obrante en la demanda se concedió para demandar al Inviás – Boyacá y al Consorcio Ingeniería Vial 2008 pero no para accionar en contra de los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, como personas naturales, como quiera, que si bien es cierto se mencionaron en el mandato, ello no implica que por aplicación extensiva se esté otorgando poder para demandarlos individualmente como si se está haciendo en el introductorio.

A folio 1 del plenario se observa el poder que fue otorgado al abogado Virgilio Farfán Rojas para iniciar la demanda de la referencia, en lo pertinente se lee:

*"ELKIN DAVID RAMOS MOSQUERA, mayor y vecino de la ciudad de Neiva (Huila) identificado con C.C. No. 7.692.245 de Neiva, quien actúa en nombre y representación propia y WILLIAM FONSECA RUIZ, mayor y vecino de la ciudad de Tunja, identificado con la C.C. No. 7.161.660 de Tunja, quien actúa en nombre y representación legal de CONIMET INGENIERÍA LTDA con NIT 900118556-6, los cuales integramos el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, representada legalmente por el primero de los señalados, por medio del presente escrito manifestamos que conferimos poder especial amplio y suficiente al doctor VIRGILIO FARFÁN ROJAS, mayor y vecino de la ciudad de Tunja, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.535.550 de Ventaquemada y tarjeta profesional No. 136.555 del Consejo Superior de la Judicatura para que en nuestro nombre y representación inicie y lleve hasta su culminación proceso administrativo, **ACCIÓN CONTRACTUAL, contra** el Instituto Nacional de Vías Dirección Territorial Boyacá, representado legalmente por el Dr. GUSTAVO GAMALIEL FERNANDEZ NIÑO, en su condición de Director Territorial Boyacá y/o por quien haga sus veces al momento de la notificación, **de igual forma en contra del Consorcio Ingeniería Vial, integrado por LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.768.173, AQUILEO ESQUIVEL BORDA cédula No. 6.768.043 y SAMUEL IGNACIO PUERTO (sic) GIL, identificado con la cédula No. 7.164.697, este último representante legal del Consorcio (...)"***

De acuerdo con el aparte transcrito se observa que contrario a lo manifestado por el apoderado de los señores Ochoa Martínez, Esquivel Borda y Puerto Gil, en el memorial visto a folio 1 del plenario se otorgó poder para accionar en contra suya, pues nótese cómo se individualizaron, mencionando los nombres completos y sus números de cédula, ello con el fin de identificarlos plenamente.

No obstante ello, en gracia de discusión, resalta el Despacho que como se explicó en el numeral anterior, de acuerdo con la jurisprudencia del Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativo es válido accionar en contra del Consorcio o de los miembros que la componen, en consecuencia no sería aceptable bajo este argumento que este fallador se abstenga de hacer un pronunciamiento de fondo en el proceso de la referencia, por ende no encuentra vocación de prosperidad la excepción aquí analizada.

6.1.3. De las excepciones de "Caducidad" propuesta por el INVIAS e "Indebida acumulación de pretensiones, no procedencia de reconocimiento económico alguno, por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho" formulada por LUIS MARIO OCHOA MARTINEZ, AQUILEO ESQUIVEL BORDA Y SAMUEL IGNACIO PUERTO GIL, quienes integraron e hicieron parte del CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008:

Las mencionadas excepciones se encuentran sustentadas en que las pretensiones de la demanda van encaminadas a lograr la nulidad del contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOYACÁ**, representado legalmente por el Dr. GUSTAVO GAMALIEL FERNANDEZ NIÑO, en su condición de Director Territorial Boyacá y el consorcio **INGENIERÍA VIAL 2008**, con base en la aparente ilicitud de los actos previos, como el acta de audiencia pública y resolución de adjudicación, actos administrativos que debieron ser demandados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la contractual, por lo que

se contaba con el término de 30 días siguientes para accionar, en consecuencia teniendo en cuenta que el contrato censurado se celebró el día 24 de diciembre de 2008, se tenía hasta el 24 de enero de 2009 para interponer la demanda respectiva, sin embargo lo propio se hizo hasta el año 2011.

En cuanto a la acción contractual el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁶, dispuso:

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

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, **serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.** La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.**" (La subraya no es del texto).

Norma ésta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1048 de 2001, señalando lo siguiente:

"La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; **a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada,** interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer.

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

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

⁶ Aplicable al presente proceso como quiera que el mismo data del año 2011 y el C.C.A. se aplica a las demandas que hayan sido interpuestas con anterioridad al 2 de julio de 2012.

Por su parte, el Consejo de Estado en cuanto a la caducidad de la acción contractual respecto de los actos previos en sentencia proferida el 13 de agosto de 2014⁷, luego de realizar un detallado estudio de la línea jurisprudencial respecto al tema, estableció las **"hipótesis espacio temporales en relación con el ejercicio de la acción procedente contra los actos administrativos previos"**, así:

"La Sala reitera a continuación la Jurisprudencia de la Subsección, desarrollada a partir de los anteriores pronunciamientos, en diversos fallos acerca de los actos previos, en los cuales analizó la caducidad de la acción y, en su caso, la inepta demanda⁸, con el siguiente fundamento:

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

- **La primera hipótesis** se refiere a aquellos casos en los cuales **el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes** a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, **se demanda ese acto administrativo previo** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.
- **Una segunda hipótesis** dice relación con aquellos casos en los cuales **hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda** contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiese encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. Consejero ponente (e) : HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación 250002326000200401200 01. Actor: Selcomp Ingeniería Ltda. Demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital – Distrito Capital.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, jurisprudencia reiterada en las siguientes sentencias: **1** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 250002326000200137701, expediente 32721, actor Integrantes Unión temporal Bogotá Móvil, demandado Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt, acción contractual. **2**. Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación: 250002326000200102922, expediente 31753, actor Insetel Ltda., demandado: Municipio de Purificación, acción: nulidad y restablecimiento del derecho; **3**. Sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual; **4**. Sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 25000232600020010292201, expediente 28479, actor: Unión Temporal de Servicios Eléctricos, demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt; **5**. sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 2500023260019990219701, expediente 25646, actor Ciarquelet Ltda., demandado Distrito Capital Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y otro.

demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁹.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

- La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos¹⁰, pretensión que – según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente¹¹." (Negrilla fuera de texto)

⁹ Cita original de la sentencia: "Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma."

¹⁰ Cita original de la sentencia: "De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia."

¹¹ Cita original de la sentencia: "Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de

Postura reiterada en sentencia de nueva data, en la que después de aclarar que si el contrato estatal se suscribió antes de vencer el término de los 30 días y el interesado no demandó en nulidad y restablecimiento del derecho los actos precontractuales que considera ilegales, puede demandar la nulidad absoluta del contrato originada en la ilegalidad de dichos actos, pero para que se abra paso al estudio de pretensiones de tipo resarcitorio debe hacerse dentro de los 30 días siguientes a las suscripción del citado contrato, en dicha oportunidad, específicamente señaló:

"14. Dicho en otras palabras, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta improcedente cuando se trata de demandar un acto administrativo precontractual, como lo es el de adjudicación del contrato, cuando éste ya ha sido celebrado, así no hayan transcurrido aún los 30 días del término de caducidad de aquella acción. Porque en tal caso, sólo resulta posible demandar el contrato para pedir que se declare su nulidad, en ejercicio de la acción contractual, aduciendo como causal para ello, precisamente, la ilegalidad de los actos previos que le sirvieron de fundamento, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual:

Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
(...)

4° Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

15. Y será aplicable el artículo artículo 87 del C.C.A., que consagra la acción relativa a controversias contractuales, en virtud de la cual puede elevarse en la demanda, entre otras, la pretensión de declaratoria de nulidad del contrato estatal, acción cuya caducidad, cuando es esta la pretensión, es de 2 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato y hasta de 5, en caso de que el término de vigencia sea superior a 2 años, según lo dispuesto por el artículo 136 del mismo Código – modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-.

16. Lo anterior no significa, de manera alguna, que quienes participan en los procesos de selección de contratistas puedan ver conculcado su derecho a reclamar judicialmente cuando consideren que han sufrido un daño antijurídico proveniente de los actos precontractuales, cuando la entidad procede a celebrar el negocio jurídico adjudicado antes de que transcurran los 30 días del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues aún en tal evento, será posible demandar con fines indemnizatorios, aún en ejercicio de la acción contractual, siempre que ella se presente dentro de los referidos 30 días (...)

(...)

18. De acuerdo con lo anterior, se advierte que los proponentes inconformes con lo resuelto por la entidad quedaron, en principio, privados de la posibilidad de incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo de adjudicación, pero tal y como lo explicó el Consejo de Estado, ello no significa que se les haya conculcado el derecho de acceso a la administración de justicia para obtener la reparación de los perjuicios que consideren haber sufrido con ocasión de una decisión que consideraban ilegal, puesto que en tal situación, conforme lo dispuso el legislador, **podían ejercer la acción relativa a controversias contractuales, para pedir la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado, con fundamento en la ilegalidad del acto administrativo precontractual, para obtener por este medio, de ser procedente, la declaratoria de nulidad de esta decisión y la indemnización de perjuicios que hubiere sufrido el demandante, siempre que dicha demanda se presentara, como lo dice la jurisprudencia, dentro de los 30 días**

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

siguientes a la comunicación del acto administrativo de adjudicación cuya legalidad se cuestiona."¹²(Negrilla fuera de texto)

Teniendo claridad acerca de los supuestos de hecho mencionados en la primera de las sentencias referenciadas, lo procedente es entrar a analizar el caso concreto para determinar frente a cuál de las hipótesis nos encontramos y establecer si operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

En primer lugar, observa el Despacho que tal como lo señalan los apoderados del INVIAS y de los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, la pretensión incoada por la parte demandante de nulidad absoluta del contrato No. 3452 de 2008 está fundamentada en la ilegalidad de los actos que le antecedieron o que son previos, estos son, los actos administrativos contenidos en el acta del 18 de diciembre de 2008 y de la Resolución No. 824 del 23 de diciembre de 2008, todos ellos correspondientes al trámite del concurso de méritos CM-DT-BOY-001-2008, módulo 3 convocado por el INVIAS.

Analizado el plenario encuentra el Despacho que el contrato estatal No. 3452 censurado en nulidad fue suscrito el 24 de diciembre de 2008 (fl. 129), por su parte la audiencia pública de apertura del sobre No. 2 de las propuestas técnicas detalladas por módulo acta de acuerdo y adjudicación por módulos, fue celebrada el 18 de diciembre de 2008 (fls. 137 y 138) y la Resolución No. 824 por medio de la cual se adjudicó el citado contrato data del 23 de diciembre de 2008.

De acuerdo a lo expuesto se observa, que el contrato estatal demandado en nulidad fue celebrado antes de que expirara el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación de los actos previos, frente a los que se alega la existencia de una ilegalidad, sin que se hubiese accionado en contra de los mismos, en consecuencia concluye el Despacho que estamos frente a la tercera de las hipótesis contempladas en la primera providencia citada del Consejo de Estado, lo que de acuerdo con el segundo pronunciamiento implicaba que se debía interponer acción contractual alegando la nulidad absoluta del contrato por la ilegalidad de los actos previos, tal como lo hizo el Consorcio Vías de Boyacá (folios 2 y 3).

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo expuesto para que las pretensiones económicas de restablecimiento fueran procedentes era necesario que dicha acción hubiese sido interpuesta dentro de los 30 días siguientes a la suscripción del contrato, lo que no sucedió en el caso de autos, pues teniendo en cuenta que el contrato estatal censurado se suscribió el 24 de diciembre de 2008 (fl. 129) se contaba hasta el 24 de enero de 2009 para haberlo hecho, sin embargo y como quiera que dicho día era un sábado, el término vencía hasta el 26 siguiente, no obstante ello, lo propio se realizó hasta el **16 de marzo de 2011** (fl. 26).

A pesar de ello, y como lo explica el primer pronunciamiento jurisprudencial citado, ello no implica que deba existir un fallo inhibitorio, si no que se puede conocer de las pretensiones dirigidas a atacar la legalidad de los actos previos y consecuentemente la nulidad absoluta del contrato suscrito, sin que se puede entrar a determinar la procedencia de pretensiones económicas de restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por los apoderados de las demandadas la excepción de caducidad no se encuentra probada, por cuanto a pesar de que no pueda determinarse la procedencia de las pretensiones económicas, se puede conocer de la legalidad de los actos previos y el contrato mismo, en consecuencia no encuentra vocación de prosperidad el citado medio exceptivo, aclarando que una vez se realice el estudio de legalidad de los citados actos administrativos y en caso de que deba accederse

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C, cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). radicación número: 41001-23-31-000-2004-00105-01(37766). Actor: Oscar Figueroa Urriago. Demandado: Departamento del Huila.

a las pretensiones de nulidad, se reiterará lo aquí expuesto acerca de las pretensiones de restablecimiento del derecho.

Resueltas así las excepciones relacionadas, es del caso entrar a resolver los demás problemas jurídicos previamente propuestos, para lo cual el Despacho precisará a la luz de la ley y la jurisprudencia de lo contencioso administrativo el contenido y alcance del principio contractual de transparencia y el deber de selección objetiva consagrado en las normas contractuales, prestando particular atención a la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, así como, las causales legales que dan lugar a la declaratoria de la nulidad absoluta de un contrato estatal para finalmente estudiar el caso concreto y determinar si existió modificación de los pliegos de condiciones en el caso concreto.

7. MARCO JURÍDICO

7.1. PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y SELECCIÓN OBJETIVA

Según el párrafo final del **artículo 150 de la Constitución Política**, compete al Congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional. En desarrollo de este mandato, se expidió la **Ley 80 de 1993** que dispuso las reglas y principios que rigen los contratos estatales. En su artículo 2 dispuso que para efectos de esa ley se entiende que son entidades estatales:

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

(...)

Como principios que rigen la actividad contractual de la administración pública esa norma indicó en su **artículo 23** que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Agregó también que se aplicarán las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

De conformidad con la redacción original del **artículo 24 de la mencionada ley**, el principio de transparencia atendía las siguientes pautas:

"

1. La escogencia del contratista se debía realizar mediante licitación pública o concurso, salvo los casos taxativamente señalados para acudir a la contratación directa.

2. Las actuaciones contractuales deben ser públicas. En consecuencia de ello, se deben publicar los avisos de apertura de la licitación, se establecía la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones adoptados por la administración, la adjudicación de una licitación podía efectuarse mediante audiencia pública y las autoridades podían expedir copias a costa de las personas que demostrara interés legítimo para solicitarlas, respetando en todo caso la reserva legal que pesaba sobre algunos documentos.

3. Los pliegos de condiciones debían estructurarse siguiendo los parámetros establecidos en dicho numeral¹³, documentos en los cuales se señalaba las reglas justas, claras y completas para la adjudicación del contrato.

¹³ Ley 80 de 1993. Artículo 24. Numeral 5. 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección

4. Los actos administrativos proferidos en la actividad contractual o con ocasión de ella, al igual que los informes de evaluación, por regla general, debían motivarse exponiendo las razones de su expedición en forma detallada y precisa.

5. Las autoridades debían cumplir con los procedimientos y requisitos establecidos por el Estatuto Contractual para la selección objetiva del contratista, a fin de evitar desviación o abuso de poder."

Más adelante, el **artículo 29 de la Ley 80**, estableció el deber de Selección Objetiva en el que indicó que:

"Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

(...)"

Por su parte, la **Ley 1150 de 2007**, que introdujo medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993, modificó el contenido del deber de selección objetiva en estos términos:

"ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

-
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso
 - c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
 - d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
 - e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
 - f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.
- Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

(...)

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

(...)"

A la postre, el **Decreto 2474 de 2008**, que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, -aplicable al presente asunto- señaló como contenido mínimo de los pliegos de condiciones a fin de atender el alcance de dichos principios contractuales, los siguientes:

"Artículo 6. Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.

2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas, así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.

3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.

4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

La información a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva.

Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios.

(...)

Artículo 7. Modificación del pliego de condiciones. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas.

(...)"

Para el concurso de méritos además de los anteriores requisitos, se debe cumplir con los contenidos en el artículo 56 del pluricitado **Decreto 2474**:

"Artículo 56. Contenido del pliego de condiciones y requerimientos técnicos. El pliego de condiciones para el concurso de méritos deberá contener, además de lo señalado en el artículo 6° del presente decreto, el anexo de los requerimientos técnicos de los servicios de consultoría que se van a contratar. En los mismos se señalará cuando menos lo siguiente:

1. Los objetivos, metas y alcance de los servicios que se requieren.
2. La descripción detallada de los servicios requeridos y de los resultados o productos esperados, los cuales podrán consistir en informes, diagnósticos, diseños, datos, procesos, entre otros, según el objeto de la consultoría.
3. El cronograma de la ejecución del contrato de consultoría.
4. El listado y ubicación de la información disponible para ser conocida por los proponentes, con el fin de facilitarles la preparación de sus propuestas, tales como estudios, informes previos, análisis o documentos definitivos.
5. La determinación del tipo de propuesta que se exige en el proceso de concurso de méritos."

De acuerdo con las interpretaciones jurisprudenciales fijadas por el H. Consejo de Estado, en principio y como regla general, los pliegos de condiciones no pueden ser objeto de modificación alguna por parte de la entidad demandada una vez han quedado definidos por esta **en la medida que disponen las reglas claras y precisas que van a regir el proceso de escogencia y reflejan la transparencia y la selección objetiva con que debe marchar el proceso contractual**¹⁴.

Concomitante con lo anterior, la jurisprudencia de esa Corporación de Justicia también ha reconocido la posibilidad que los pliegos de condiciones se interpreten por la entidad demandada sin que ello implique una modificación a las exigencias planteadas, en igualdad de condición entre los proponentes. En efecto, en sentencia del **28 de abril de 2005**¹⁵ precisó:

"Con relación a la interpretación del pliego de condiciones con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación; ha dicho la Sala:

"El pliego de condiciones, en razón de las normas de derecho que contiene, reguladoras del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en desarrollo del concurso. Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude, con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de la exigencia que consagraron los pliegos y

¹⁴ Consejo de estado. Sección tercera. Consejera ponente: Myriam Guerrero De Escobar. Sentencia del 4 de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 66001-23-31-000-1995-04169-01(14169).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra bajo el radicado interno 12025

cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada (...).". (C.E., Sec. Tercera, Sent. mayo 7/93.).

No obstante lo anterior conviene precisar que la interpretación del pliego debe realizarse por la entidad, en igualdad de condiciones para todos los participantes, puesto que, de otra manera, se violaría este principio esencial del proceso licitatorio"¹⁶.

Este criterio también fue expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del **26 de abril de 2006**¹⁷ en la que reiteró la importancia de los pliegos de condiciones dada su naturaleza como ley del contrato sin perder de vista que la administración tiene cierta margen de interpretación sobre los mismos. Al respecto anotó:

"El pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierto de la licitación o concurso. Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos "cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos".

Se recuerda también que el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones correspondientes; y además, que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró.

Así las cosas, y una vez fijados los criterios de selección y sus mecanismos de ponderación ellos no sólo vinculan a los participantes, sino a la propia entidad estatal, quien viene así a autorregular, entre otros aspectos, su actividad de estudio y evaluación de las propuestas para determinar aquella que sea más favorable para los fines de la contratación que persigue en determinado proceso, lo cual excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. **Ello, claro está, sin perjuicio y distinto a que, como lo ha dicho la Sala: "a la entidad pública le cabe cierta discrecionalidad en la valoración y ponderación de las propuestas, toda vez que en muchas ocasiones ni el pliego de condiciones, ni las disposiciones legales pertinentes regulan la totalidad de los aspectos propios de una licitación pública"**, y además a que se permita subsanar aspectos formales siempre que con esa conducta no se atente contra los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993.

De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, no le es dable a la administración apartarse de

¹⁶ Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente 68001-23-15-000-1997-00261-01(13416), Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041)

lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.

(...)

En suma, si la facultad y autonomía que tienen las entidades estatales en la confección y elaboración de los pliegos de condiciones y términos de referencia se encuentra limitada por los principios y normas de la Ley 80 de 1993, con mayor razón dentro del proceso de selección la actividad de evaluación y calificación se encuentra limitada y sujeta a lo que en desarrollo de ésta se haya incluido en los pliegos de condiciones como norma reguladora del proceso de selección, de donde emanan los derechos y obligaciones de la administración y de los participantes en él (...)"

A través de sentencia del **29 de agosto de 2012**¹⁸ la Sección Tercera del Consejo de Estado resaltó la importancia que las ofertas de los proponentes guarden armonía con el contenido de los pliegos de condiciones, advirtiendo que:

"8.2 Frente al pliego de condiciones, los interesados en obtener la adjudicación del contrato presentan sus propuestas, las cuales serán analizadas por parte de la entidad para evaluar si se allanan a lo exigido en el pliego; en el supuesto en que la respuesta sea negativa se deberán descalificar y si es positiva, se continuará con el estudio para definir a quién se adjudicará el contrato. En relación con la naturaleza jurídica de la propuesta, ha expuesto la Sala:

Sobre la naturaleza jurídica de la propuesta que se formula por el particular interesado en la invitación de la administración, los estatutos contractuales y particularmente los pliegos de condiciones señalan los requisitos y formalidades que ésta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc., y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de condiciones. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias... la presentación de la oferta (acto jurídico del proponente) traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente, el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento¹⁹.

(...)

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto (...)

De acuerdo a lo anterior, el Despacho colige que el pliego de condiciones es ley para el proceso contractual como quiera que en virtud del principio de transparencia y selección objetiva establece las reglas claras a las cuales se sujetara la administración y el contratista a fin de llevar a feliz término el proceso de selección, que por esta razón resultan inmodificables sin perjuicio de la facultad que posee la administración para interpretarlo y de la prerrogativa a modificarlos o adicionarlo en los términos establecidos en la ley.

7.2. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL

Ahora bien, frente a la nulidad absoluta del contrato, el **artículo 44 de la Ley 80 de 1993**, prevé las causales que dan lugar a su configuración, así:

"Los casos previstos en el derecho común y además cuando:

¹⁸ Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 2000, Expediente: 10399, Actor: CEM Ltda. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

Luego, el **artículo 45 ibídem** dispuso que:

"La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

"En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre".

En fallo del 18 de abril del año inmediatamente anterior²⁰, el H. Consejo de Estado recordó que *"Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o de un contrato viciado de aquel tipo de ilegalidad"*²¹.

Así las cosas, es dable concluir a esta sede judicial que la nulidad absoluta del contrato se edifica como una sanción frente a dicho negocio jurídico como consecuencia del desconocimiento de intereses superiores que en virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, se estructura cuando se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad acorde con lo señalado en la Constitución y la ley, se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal o con abuso o desviación de poder, cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, y si se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad y las demás del derecho común.

5.4. Resolución del caso concreto.

La parte actora sostiene que debe declararse la nulidad absoluta del Contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías Territorial Boyacá y el Consorcio Ingeniería Vial 2008 como consecuencia de la ilegalidad de los actos administrativos previos contenidos en el acta del 18 de diciembre de 2008 proferida en la audiencia pública que se celebró para dar a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica, acta de acuerdos alcanzados y adjudicación y la Resolución No. 824 de diciembre de 2008 por medio de la cual adjudica al Consorcio Ingeniería Vial el contrato del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 módulo 3, toda vez que en la citada audiencia a la vista del público se evidenció que el citado Consorcio no cumplió con los requerimientos establecidos en el formulario No. 1- Propuesta económica año 2009 y 2010, específicamente en lo que tiene que ver con las formulas allí establecidas, toda vez que el valor correspondiente a la casilla "Valor Parcial (\$) (7)*(8)=(9)" corresponde al resultado de multiplicar el valor obtenido en las casillas 7 y 8, sin embargo al calcular en la forma indicada, el valor no corresponde; no

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016).

²¹ BRUGI Biagio: "Instituciones de Derecho Civil", Ed. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, Págs. 122 y s.s.

obstante ello uno de los integrantes del Comité asesor o evaluador procedió a plantear una nueva fórmula, según la cual el valor de la columna (7) por (9) se debería obtener de multiplicar el valor de la columna (7) por el valor de la columna (8) y luego multiplicar dicho resultado por la columna izquierda señalada como "CANT", para que los valores pudieran corresponder a los consignados por el proponente, lo que implicó modificación al pliego de condiciones.

Por su parte el Inviás y los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil consideran que no existió modificación del pliego de condiciones de la convocatoria, simplemente se realizó una debida interpretación de la fórmula contenida en la propuesta económica presentada por estos últimos, de acuerdo al contexto de la misma; aunado a ello en el concurso de méritos la propuesta económica no es objeto de evaluación alguna, sino simplemente de verificación de su consistencia con respecto al monto autorizado por la entidad contratante.

Ahora bien, en el plenario se encuentran probados documentalmente los siguientes hechos relevantes dentro del concurso de méritos No.CM –DT-BOY001-2008 Módulo 3 impulsado por el Instituto Nacional de Vías- Dirección Territorial de Boyacá:

- Según el certificado de existencia y representación legal que expidió la Cámara de Comercio de Bogotá, CONTRUCCION CONSULTORIAS INTERVENTORIAS ASESORIAS LIMITADA "CONMITED INGENIERIA LTDA", es representada legalmente por el señor WILLIAM FONSECA RUIZ (fls. 65-66)
- CONMITED INGENIERIA LTDA y Elkin David Ramos Mosquera constituyeron el día 21 de octubre de 2008, el Consorcio Vías de Boyacá con el objeto de participar en el concurso de méritos de "Administradores Viales" Vía 6404 Belén – Sacama, Sector Belén- Sacama, PRO +0000-PR130+0000 Módulo 3, que la responsabilidad de los integrantes del consorcio es solidaria, que la representación legal la ostenta el señor ELKIN DAVID RAMOS MOSQUERA, que su duración será igual al término en caso de ser necesario de la presentación de la propuesta, la ejecución, liquidación del contrato y un (1) año más (fls. 48-49).
- A través de **Resolución N. 698 del 14 de noviembre de 2008** el Director de la Territorial Boyacá del Instituto Nacional de Vías – INVIAS ordenó la apertura del concurso de méritos No. CM –DT-BOY001-2008 con el objeto de contratar la ADMINISTRACION VIAL para los módulos 1, 2, 3 y 4 de conformidad con las necesidades identificadas y consignadas en los documentos y estudios previos (fls. 111-115). En cuyo artículo tercero se estableció el cronograma para llevar a cabo dicho concurso así:

ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	LUGAR
• Acto administrativo de apertura del concurso de méritos. • Acta de respuestas a las observaciones al proyecto de pliegos. • Pliego definitivo. Iniciación del plazo del concurso de méritos.	14 de noviembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia, portal de SECOP a través del Portal Único de Contratación (PUC)
Invitación a presentar propuesta técnica (05 días hábiles para la preparación de la propuesta a los que conforman la lista corta por módulo(s), a partir del día siguiente hábil a la invitación)	18 de noviembre de 2008. Preparación de la propuesta desde el 19 de noviembre hasta el 25 de noviembre de 2008.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia, portal de SECOP a través del Portal Único de Contratación (PUC)
Visita al sector por el proponente o sus delegados	21 de noviembre de 2008, según programación de la Dirección Territorial.	Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia

Entrega de propuestas y Cierre del plazo del concurso de méritos. Apertura de la propuesta técnica detallada Sobre No. 1	El 26 de noviembre de 2008 a las 10:00 a.m.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia
Evaluación de la propuesta técnica detallada ⁽¹⁾	Del 27 de noviembre al 2 de diciembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia
Publicación y traslado del informe de evaluación de la propuesta técnica detallada ⁽²⁾	Del 3 al 4 de diciembre de 2008 Dentro de este plazo se podrán presentar las observaciones al mencionado informe.	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia y en "CONTRATACIÓN" del Portal de Internet: SECOP
Estudio de las observaciones presentadas al informe de evaluación.	Del 5 al 9 de diciembre de 2008	Dirección Territorial Boyacá, calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia
Publicación del documento "Respuesta a las observaciones formuladas al informe de	Del 10 al 11 de diciembre de 2008	En "CONTRATACIÓN" del Portal de Internet: SECOP
Audiencia Pública en la cual se dará a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica (Sobre No. 2), acta de acuerdos alcanzados y adjudicación.	El 12 de diciembre de 2008 a las 10:00 a.m.	Dirección Territorial Boyacá, Calle 23 No. 15-33 Tunja, Colombia

- De acuerdo al cronograma transcrito, el 12 de diciembre se dio inició a la audiencia pública en la cual se daría a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica (Sobre No. 2), acta de acuerdos alcanzados y adjudicación, la que fue reanudada el 18 del mismo mes y año, cuya acta obra a folios 137 a 138, oportunidad en la que se realizó la lectura de respuesta a las observaciones y al orden de calificación por módulo, se dio apertura de la urna donde reposaban los sobres No. 2 de las propuestas por parte de los funcionarios designados por la Dirección Territorial, apertura del sobre No. 2 invitando a los asistentes para que verificaran el estado del sobre No. 2 y proceder a la apertura del mismo, del proponente ubicado en el primer lugar y se dejó como observación que "no se presentaron intervenciones por parte de los asistentes que se hicieron presentes a la apertura del sobre No. 2".
- A través de **Resolución N. 824 del 23 de diciembre de 2008**, el Director de la Territorial Boyacá del INVIAS, adjudicó al **CONSORCIO INGENIERIA VIAL** integrado por Luis Mario Ochoa Martínez (Participación 60%), Aquileo Esquivel Borda (Participación 20%), y Samuel Ignacio Puerto Gil (Participación 20%), en desarrollo del CONCURSO DE MÉRITOS No. CM –DT-BOY001-2008 MODULO 3, el contrato para la "administración vial" por un valor total de QUINIENTOS VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOCE PESOS (\$522.664.012), discriminado así: VALOR BASICO: CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$450.572.424) y valor IVA (16%): SETENTA Y DOS MILLONES NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$72.091.588).
- El 24 de diciembre de 2008, el Director Territorial Boyacá del Instituto Nacional de Vías – INVIAS suscribió con el CONSORCIO INGENIERIA VIAL 2008 el contrato de consultoría No. 3452 de 2008 cuyo objeto fue la administración vial de las carreteras nacionales a cargo de la Dirección Territorial Boyacá, código 6404, vía Belén – Sácama, Sector Belén –Sacama, PR.0+000 AL PR.130+000 EN UNA LONGITUD DE 130 KMS, por un valor de QUINIENTOS VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOCE PESOS (\$522.644.012 INCLUIDO IVA con un plazo hasta diecinueve (19) meses. (fls. 118-129), el que fuere prorrogado y adicionado a través de contratos Nos. 3452-1-2008 del 10 de agosto de 2010 por 4.53 meses (fls. 130-132),

345 3452-2-2008 del 13 de diciembre de 2010 en \$28.900.000 (fls. 133-134) y 3452-4-2008 por 3 meses más (fls. 135-136).

Expuesto así el panorama probatorio obrante en el expediente, procede el Despacho a estudiar la situación fáctica que considera la parte demandante convierte en ilegales los actos previos a la suscripción del contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías Dirección Territorial de Boyacá y el Consorcio Ingeniería Vial 2008, estos son el acta del 18 de diciembre de 2008 y la Resolución No. 824 del 23 de diciembre de 2008, correspondientes al trámite del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008, Módulo 3 convocado por el INVIAS.

Como se ha venido señalando a lo largo de este proveído la parte demandante sostiene que en la audiencia “en la cual se daría a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica (Sobre No. 2), acta de acuerdos alcanzados y adjudicación” la que fue iniciada el 12 de diciembre de 2008, reanudada y finalizada el 18 del mismo mes y año, se modificaron los pliegos de condiciones toda vez que a la vista del público se evidenció que el citado Consorcio no cumplió con los requerimientos establecidos en el formulario No. 1- Propuesta económica año 2009 y 2010, específicamente en lo que tiene que ver con las formulas allí establecidas, por cuanto el valor contenido en la casilla “Valor Parcial (\$) (7)*(8)=(9)” corresponde al resultado de multiplicar el valor obtenido en las casillas 7 y 8, sin embargo al calcular en la forma indicada, el valor no corresponde; no obstante ello uno de los integrantes del Comité asesor o evaluador procedió a plantear una nueva fórmula, según la cual el valor de la columna (7) por (9) se debería obtener de multiplicar el valor de la columna (7) por el valor de la columna (8) y luego multiplicar dicho resultado por la columna izquierda señalada como “CANT”, para que los valores pudieran corresponder a los consignados por el proponente.

A folio 40 del plenario obra “FORMULARIO 1- AÑO 2009 (ó 12 meses iniciales) PROPUESTA ECONOMICA” en el que se observan los siguientes datos:

CANT.	CUBS	CARGO / OFICIO	SUELDO Y/O JORNAL MENSUAL (1)	PRIMA REGIONAL (2)	PARTICIPACIÓN TOTAL (h-mes) (3)	VALOR PARCIAL (\$) ((1)+(2))* (3)=(4)
		COSTOS DIRECTOS DE PERSONAL				
		PERSONAL PROFESIONAL				
1	2.8.11.1	Ingeniero Residente	2.600.000,00	300.000,00	12,00	34.800.000,00
1	2.8.11.1	Ingeniero Auxiliar	1.300.000,00	300.000,00	12,00	19.200.000,00
		PERSONAL AUXILIAR				
1	2.8.11.2	Auxiliar Administrativo o Secretaria	500.000,00		12,00	5.916.000,00
1	2.8.11.4.3	Conductor	500.000,00		12,00	5.916.000,00
		SUBTOTAL COSTOS DE PERSONAL = SUMATORIA DE (4) = (5)				65.832.000,00
		FACTOR MULTIPLICADOR (6)				2,40
		TOTAL COSTOS DE PERSONAL = (5)* (6) = (A)				\$157.996.800,00

CANT.		CONCEPTO	UNIDAD	COSTO	TIEMPO DE UTILIZACION TOTAL (8)	VALOR
		OTROS COSTOS DIRECTOS				
		VIATICOS				
2	2.8.11	Ingenieros	dia	270000	6,00	1.620.000,00
		COSTOS DE ALQUILER DE EQUIPOS				
2	2.8.11.2	Valiculos >2000cc y no mayor de 5 años	mes	8.500.000,00	12,00	84.000.000,00
		OTROS COSTOS				
2	2.8.11	Encuestas origen y destino carga y pasajeros (1 de cada una para este contrato) - (24 encuestadores para ambas)	\$/comprobante	Global		4.608.000,00
	2.8.11.9.6	Transportes aéreos y terrestres	\$/comprobante	Global		2.100.000,00
1	2.8.11	Oficina (incluye servicios publicos)	mes (\$/comprobante)	500.000,00	12,00	6.000.000,00
	2.8.11	Dotación de Oficina	mes (\$/comprobante)	250.000,00	12,00	2.400.000,00
	2.8.11	Papelaria, diskettes, USB, edicion informes, fotocopias, fotografias, etc.	mes (\$/comprobante)	120.000,00	12,00	1.200.000,00
	2.8.11	Comunicaciones	mes (\$/comprobante)	300.000,00	12,00	3.360.000,00
	2.8.11	Capacitación microempresas	mes (\$/comprobante)	270.000,00	12,00	3.240.000,00
	2.8.11	Peajes	mes (\$/comprobante)	100.000,00	12,00	1.200.000,00
		TOTAL OTROS COSTOS DIRECTOS = SUMATORIA DE (7) = (B)				109.728.000,00
		OTROS COSTOS DURANTE LA EJECUCION DEL CONTRATO (10)				
	2.8.11	Estudios Varios, GPS, topografía y/o laboratorios, toma muestra de campo y materiales para postes de referencia.	global (NO MODIFICABLE en la propuesta y se pagara según comprobantes)	5.000.000		2.800.000,00
	2.8.11.	Señales temporales incluyendo cinta marcada, vallas,	global	2.800.000		2.800.000,00
		Plegables (1000 semestrales)	semestral	175	2,00	700.000,00
		Video	unidad	50.000,00	2,00	200.000,00
		TOTAL OTROS COSTOS DURANTE LA EJECUCION DEL CONTRATO = SUMATORIA DE (10) = (C)				8.700.000,00
		COSTO BASICO = (A) - \$(B) + (C) = (D)				276.424.800,00
		IIVA= 16%*(D) =(E)				44.227.948,00
		COSTO TOTAL = (D) + (E) = (G)				\$ 320.652.748,00

Así mismo a folio 46 del plenario obra "FORMULARIO 1- AÑO 2010 (ó 7 meses finales) PROPUESTA ECONOMICA" en el que se observan los siguientes datos:

CANT.	CUBS	CARGO / OFICIO	SUELDO Y/O JORNAL MENSUAL (1)	PRIMA REGIONAL (2)	PARTICIPACIÓN TOTAL (h-mes) (3)	VALOR PARCIAL (\$) ((1)+(2))*(3)=(4)
		COSTOS DIRECTOS DE PERSONAL				
		PERSONAL PROFESIONAL				
1	2.8.11.1	Ingeniero Residente	2.700.000,00	400.000,00	7,00	21.700.000,00
1	2.8.11.1	Ingeniero Auxiliar	1.400.000,00	400.000,00	7,00	12.600.000,00
		PERSONAL AUXILIAR				
1	2.8.11.2	Auxiliar Administrativo o Secretaria	500.000,00		7,00	3.500.000,00
1	2.8.11.4.3	Conductor	500.000,00		7,00	3.500.000,00
		SUBTOTAL COSTOS DE PERSONAL = SUMATORIA DE (4) = (5)				41.300.000,00
		FACTOR MULTIPLICADOR (6)				2,40
		TOTAL COSTOS DE PERSONAL = (5)* (6) = (A)				\$99.120.000,00

CANT.		CONCEPTO	UNIDAD	COSTO	TIEMPO DE UTILIZACION TOTAL (8)	VALOR
		OTROS COSTOS DIRECTOS				
		VIATICOS				
2	2.8.11	Ingenieros	dia	260000	3,00	780000
		COSTOS DE ALQUILER DE EQUIPOS				
2	2.8.11.5	Vehículo>2000cc y no mayor de 5 años	mes	3.600.000,00	7,00	\$0.400.000,00
		OTROS COSTOS				
2	2.8.11	Encuestas origen y destino carga y pasajeros (1 de cada una para este contrato) - (24 encuestadores para ambas)	\$/comprobante	Global		4.608.000,00
	2.8.11.9.6	Transportes aéreos y terrestres	\$/comprobante	Global		2.100.000,00
1	2.8.11	Oficina (incluye servicios publicos)	mes (\$/comprobante)	589.232,00	7,00	4.124.624,00
	2.8.11	Dotación de Oficina	mes (\$/comprobante)	250.000,00	7,00	1.750.000,00
	2.8.11	Papelaria, diskettes, USB, edición informes, fotocopias,	mes (\$/comprobante)	120.000,00	7,00	840.000,00
	2.8.11	Comunicaciones	mes (\$/comprobante)	300.000,00	7,00	2.100.000,00
	2.8.11	Capacitación microempresas	mes (\$/comprobante)	270.000,00	7,00	1.890.000,00
	2.8.11	Peajes	mes (\$/comprobante)	100.000,00	7,00	700.000,00
		TOTAL OTROS COSTOS DIRECTOS = SUMATORIA DE (9) = (B)				69.292.624,00
		OTROS COSTOS DURANTE LA EJECUCION DEL CONTRATO (10)				
	2.8.11	Estudios Varios, GPS, topografía y/o laboratorios,toma muestra de campo ymateriales para postes de referencia,	global (NO MODIFICABLE en la propuesta y se pagara según comprobantes)	2.500.000	1	2.500.000,00
	2.8.11.	Señales temporales incluyendo cinta marcada, vallos,	global	3.000.000	1	3.000.000,00
		Plegables (1000 semestrales)	semestral	175		175.000,00
		Videos	unidad	60 000 00		60.000,00
		TOTAL OTROS COSTOS DURANTE LA EJECUCION DEL CONTRATO = SUMATORIA DE (10) = (C)				5.735.000,00
		COSTO BASICO = (A) - (B) - (C) = (D)				174.147.624,00
		IVA= 16% * (D) =(E)				27.863,620
		COSTO TOTAL = (D) + (E) = (G)				\$ 202.011.244,00
		VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA FORMULARIO 1 AÑO 2009 (F) + FORMULARIO 1 AÑO 2010 (G)				\$ 522.644.012,00

En los reglones que aparecen resaltados en fondo gris denominados CUB 2.8.11.5. "Vehículo >2000cc y no mayor de 5 años" se especificó como costo en la casilla (7) \$3.500.000 y \$3.600.000, respectivamente y tiempo de utilización (casilla 8) 12.00 y 7.00, respectivamente, por su parte en el valor parcial contenido en la casilla (9), el que resulta de calcular la casilla 7 por la 8 aparece \$84.000.000 y \$50.400.000, lo que a primera vista no es acertado, por cuanto \$3.500.000 por 12 arrojan un total de \$42.000.000 y \$3.600.000 por 7 arrojan un total de \$25.200.000, por lo que tal como lo manifestó el apoderado de la parte accionante habría una diferencia de \$67.200.000, sin embargo no puede perderse de vista el contexto en el que se calculó el valor, como quiera que es claro que la cantidad de automotores requeridos eran 2, por lo que al multiplicar los \$42.000.000 y los \$25.200.000 por esa cifra, el resultado es \$84.000.000 y \$50.400.000, los que efectivamente se encuentran consignados en la casilla No. 9 de cada formulario.

Conclusión ésta que coincide con la que arriba el auxiliar de la justicia en su dictamen pericial, que si bien es cierto estaba dirigido a calcular el valor de los supuestos perjuicios causados a la parte demandante, también lo es que el mismo posee conocimientos contables, los que luego de estudiar el formulario de la propuesta económica transcrito, le permitieron realizar la siguiente afirmación: "Lo relacionado al

valor parcial de la Columna 9 que es el resultado de multiplicar la columna 7 por la columna 8, debe tenerse en cuenta la primera columna de cantidad en este caso (2) vehículos, al hacer la operación de esta forma está bien la multiplicación, que es diferente a multiplicar por un solo vehículo la columna 7 por la columna 8 y es donde se observa la diferencia del Valor señalado en el hecho No. 14 literal C" (negrilla fuera de texto) (fl. 438).

De acuerdo a lo expuesto, es claro que si bien es cierto inicialmente se podría considerar que en los formularios existió un yerro en su diligenciamiento, también lo es que el valor parcial reportado para el concepto **"Vehículo >2000cc y no mayor de 5 años"** corresponde a la cantidad real que se requería, -2 automotores-, por ende el Despacho considera que los integrantes del Comité asesor o evaluador acertaron al plantear la aclaración correspondiente, sin que pueda considerarse que crearon una nueva fórmula, más aún cuando como lo ha insistido la defensa, el valor total de la propuesta no sobrepasó el monto autorizado para la administración vial de la red principal módulo 3 por el INVIAS, el que se encuentra consignado en la Resolución No. 698 del 14 de noviembre de 2008 así:

"Que dentro de los planes y programas del Instituto Nacional de Vías, se encuentra prevista la ADMINISTRACIÓN VIAL DE LA RED VIAL PRINCIPAL.

*Que para la contratación, el Instituto Nacional de Vías cuenta con el oficio 5.2.1. del 13 de Agosto de 2008, suscrito por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (Dirección general de Presupuesto Público Nacional) con el cual se aprueban las futuras vigencias excepcionales, para el proyecto CONSERVACION DE VIAS A TRAVÉS DE MICROEMPRESAS Y ADMINISTRADORES VIALES para la red nacional principal a cargo del INVIAS por la suma de (...) **Módulo 3** VIA 6404 Belén- Sácama, PRO+0000+PR130+0000 por la suma de **\$522.664.012** (...)" (fl. 111)*

De acuerdo a lo expuesto, concluye el Despacho que las actuaciones contenidas en los actos previos al contrato No. 3452 del 24 de diciembre de 2008 no se encuentran viciados por desconocimiento de norma alguna, por lo que continuando con el estudio correspondiente, es del caso proceder a estudiar el contenido de los pliegos de condiciones para determinar si la interpretación de la fórmula matemática realizada por el Comité Asesor en la mencionada audiencia pública constituyó modificación de algún punto establecido en el citado documento con la intención de favorecer a la empresa a quien se le adjudicó finalmente el contrato referido líneas atrás.

A folios 36 a 101 del anexo No. 2 del plenario obra copia auténtica del pliego de condiciones que rigió el Concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 en cuyos anexos obra **"FORMULARIO No. 1 – PROPUESTA ECONÓMICA, Año 2009 (ó 12 meses iniciales) y Año 2010 (ó 7 meses finales)"** (fls. 125-126), así mismo en su No. 4 denominado "Calificación de las propuestas técnicas detalladas y adjudicación del contrato por módulos" se estableció en el subnumeral 4.4. la celebración de una "AUDIENCIA PÚBLICA EN LA CUAL SE DARÁ A CONOCER EL ORDEN DE CALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS DETALLADAS, APERTURA DE LA PROPUESTA ECONÓMICA POR MÓDULO (S) (SOBRE No. 2), ACTA DE ACUERDOS ALCANZADOS (SI APLICA) Y ADJUDICACIÓN POR MÓDULO (S)", en el citado capítulo en lo referente a los puntos aplicables de acuerdo a la realidad que rigió el proceso contractual se observan los siguientes parámetros o lineamiento de la audiencia:

"Dentro del término previsto en el cronograma del proceso y atendiendo lo previsto en el artículo 71 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008, pública se realizará el siguiente procedimiento:

- En virtud del principio de economía, INVIAS da por entendido que los proponentes conocen el documento "Respuesta a las observaciones formuladas al informe de evaluación de las propuestas técnicas detalladas" publicado en el SECOP, por lo tanto, no dará lectura al mismo y procederá a dar oportunidad a los asistentes a la reunión para que dejen sus constancias.*
- Se dará a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas.*
- En presencia del proponente ubicado en primer lugar en el orden de calificación, La Entidad efectuará la apertura del Sobre No. 2 que contiene la propuesta económica de dicho proponente. La tula retornará nuevamente al sitio de seguridad con los Sobres No. 2 de las restantes*

propuestas económicas.

- En el evento de presentarse acuerdos entre el proponente y la Entidad se levantará un acta donde se deje constancia de los acuerdos alcanzados los cuales serán parte integrante del respectivo contrato.

Los hechos ocurridos dentro del desarrollo de la audiencia pública, se dejarán consignados en un acta.

La audiencia pública referida en el presente numeral se podrá suspender de oficio por la Entidad.

En la fecha de culminación de la Audiencia Pública de Adjudicación y en documento separado del acta, se efectuará la adjudicación del contrato, mediante resolución motivada suscrita por el Jefe de la Entidad o su Delegado.

En el evento que el Jefe de la Entidad o su Delegado no acoja la recomendación del Comité Asesor deberá justificarlo en el acto administrativo de adjudicación o declaratoria de desierta del presente proceso de selección.

(...)

4.4.2 VARIOS PROPONENTES CALIFICADOS CON PUNTAJE IGUAL O SUPERIOR AL MÍNIMO REQUERIDO (800 puntos o más).

Para aquel proponente que haya obtenido el primer lugar en orden de calificación se da apertura al sobre 2 que contiene la propuesta económica y se verificarán los siguientes aspectos:

- El valor total corregido de la propuesta económica no podrá exceder el del presupuesto oficial establecido de acuerdo al Formulario 1 del presente pliego de condiciones, de lo contrario será RECHAZADA y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación y así sucesivamente.
 - La administración dará a conocer el detalle de la estimación de los costos de los servicios de la consultoría que se pretende contratar del módulo o módulos, al proponente ubicado en el primer puesto de la lista de elegibles, y servirá de base para la verificación a que se refiere el siguiente párrafo. El Ordenador del gasto o su delegado conserva bajo su custodia el detalle de la estimación de los costos, para darlo a conocer solo en la fecha y hora de la audiencia de apertura del sobre No. 2.
 - **La entidad verificará la consistencia de la propuesta económica respecto de las actividades descritas en la propuesta técnica detallada, con el fin de efectuar las clarificaciones y ajustes que sean necesarios. Como resultado de estos ajustes no podrá modificarse en lo sustancial los requerimientos técnicos, de lo contrario la propuesta será RECHAZADA y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación y así sucesivamente.**
- NOTA: Se entiende por consistencia, el equilibrio que exista entre el ofrecimiento técnico efectuado por el Proponente y el valor económico asignado a cada uno de los factores técnicos que fueron objeto de evaluación.**
- En el evento que el proponente no ofrezca el valor de una actividad o producto descritos en el formulario No 1, ó establezca como su valor cero (0), se considerará que el valor de tal actividad o producto está incluida en los precios de las actividades o productos costeados.
 - **Si en la propuesta económica del proponente se identifica que la misma no es consistente con su propuesta técnica detallada y no se logra un acuerdo final sobre los aspectos técnicos o económicos objeto de discusión, se dará por terminada la revisión de dicha propuesta y será rechazada y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación y así sucesivamente.**

El Instituto sólo efectuará correcciones aritméticas originadas por: Todas las operaciones aritméticas a que haya lugar en la propuesta económica.

El ajuste al peso ya sea por exceso o por defecto de los precios unitarios contenidos en la propuesta técnica detallada económica, de las operaciones aritméticas a que haya lugar y del valor del IVA, así: cuando la fracción decimal del peso sea igual o superior a cinco se aproximará por exceso al número entero siguiente del peso y cuando la fracción decimal del peso sea inferior a cinco se aproximará por defecto al número entero del peso.

El Instituto, en desarrollo del presente concurso de méritos dará aplicación al artículo 58 de la Carta Política de Colombia que prevé: "(...) Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ellos reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social (...)".

NOTA: Teniendo en consideración el principio de equidad conforme al cual se permitirá la máxima participación posible en la ejecución de los proyectos que adelanten las entidades del estado, la mayor eficiencia a la gestión pública y apoyo a la ingeniería, establece la presente regla para la adjudicación del presente proceso por módulos en la siguiente forma:

En caso que un mismo proponente esté ubicado en el primer orden de calificación, en más de dos módulos, se procederá a adjudicar los dos primeros módulos a los que presentó propuesta en orden descendente de acuerdo al monto del presupuesto oficial consecutivo;

si el valor del presupuesto oficial fuere igual para más de un módulo, se ordenarán en orden consecutivo por número de módulo.

Los demás módulos en los que dicho proponente haya ocupado el primer orden de calificación, serán adjudicados al proponente que haya ocupado el segundo orden de calificación a quien igualmente, solo le podrán ser adjudicados hasta dos módulos y así sucesivamente hasta adjudicar todos los módulos que sean posibles.

En caso de no existir proponentes a quien adjudicar los módulos restantes del presente concurso de méritos, el Instituto le podrá adjudicar a un mismo proponente más de dos módulos, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos exigidos en el presente pliego de condiciones. Para el efecto se continuará aplicando el orden consecutivo aquí previsto en orden de calificación por módulo, adjudicándole inicialmente un módulo adicional al primer proponente que haya sido adjudicatario de los dos primeros módulos en orden descendente, continuando con el mecanismo indicado en el numeral anterior con el proponente que le siga en número de adjudicados y así sucesivamente hasta lograr la adjudicación de todos los módulos que forman parte del presente concurso de méritos.

En caso de que un solo proponente haya presentado propuesta para dos o más módulos del presente concurso de méritos y cumpla con los requisitos en este pliego de condiciones, el Instituto podrá adjudicarle la totalidad de los módulos a los cuales se haya presentado.

En caso que un mismo oferente resulte en primer orden de calificación en varios módulos, éste deberá contar con una capacidad financiera que alcance a cubrir la sumatoria del capital de trabajo de los módulos a adjudicar, en caso contrario se seguirán las reglas de adjudicación previstas en el presente pliego de condiciones." (fls. 61 vto. a 63)

De los parámetros expuestos, en primer lugar resalta el Despacho que la propuesta económica presentada por el Consorcio Ingeniería Vial 2008 se realizó en el "**FORMULARIO No. 1 – PROPUESTA ECONÓMICA, Año 2009 (ó 12 meses iniciales) y Año 2010 (ó 7 meses finales)**" establecido en el pliego de condiciones que rigió el concurso de méritos CM-DT-BOY-001-2008 como se observa a folios 40 y 46 del plenario.

Ahora, en cuanto a la verificación de la propuesta económica el pliego de condiciones se especificó lo siguiente:

“

- **La entidad verificará la consistencia de la propuesta económica respecto de las actividades descritas en la propuesta técnica detallada, con el fin de efectuar las clarificaciones y ajustes que sean necesarios. Como resultado de estos ajustes no podrá modificarse en lo sustancial los requerimientos técnicos, de lo contrario la propuesta será RECHAZADA y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación y así sucesivamente.**

NOTA: Se entiende por consistencia, el equilibrio que exista entre el ofrecimiento técnico efectuado por el Proponente y el valor económico asignado a cada uno de los factores técnicos que fueron objeto de evaluación.

(...)

- **Si en la propuesta económica del proponente se identifica que la misma no es consistente con su propuesta técnica detallada y no se logra un acuerdo final sobre los aspectos técnicos o económicos objeto de discusión, se dará por terminada la revisión de dicha propuesta y será rechazada y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación y así sucesivamente."**

Sostiene la demandante que los apartes mencionados fueron desconocidos por el INVIAS por cuanto al no coincidir el cálculo de la fórmula matemática y al no coincidir la fórmula económica con la técnica, la primera se torna en inconsistente por lo que debía ser rechazada y se debía proceder a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación.

Nótese como el argumento de modificación al pliego de condiciones va de la mano con la supuesta inconsistencia de la propuesta económica planteada por el Consorcio que ocupó el primer puesto del concurso de méritos, frente a lo que el Despacho reitera las conclusiones a las que se llegó con anterioridad, esto es, que en el caso bajo análisis no se presentó inconsistencia de la propuesta económica, o en los términos del mismo pliego de condiciones, no hubo desequilibrio entre el ofrecimiento técnico efectuado por el proponente y el valor económico asignado a cada uno de los factores técnicos que fueron objeto de evaluación; por cuanto lo que hizo el comité asesor o evaluador en el desarrollo de la audiencia pública consagrada en el subnumeral 4.4., del pliego de condiciones consistió en realizar una aclaración en el sentido de totalizar las unidades vehiculares requeridas, atendiendo el entorno del objeto contractual.

En ese orden de ideas, la aclaración a la que se ha hecho referencia no implica per se una modificación de los pliegos de condiciones, en el sentido de haber incorporado una fase adicional a las ya establecidas, sino una situación imprevista de fácil solución en acatamiento del objeto contractual. Así las cosas y al no haber existido una inconsistencia de la propuesta económica, la entidad accionada no podía rechazar dicha propuesta ni mucho menos aperturar la siguiente según el orden de calificación, por lo que tampoco se generó incumplimiento alguno de los pliegos en cita.

En suma, concluye el Despacho que no hay lugar a declarar la nulidad de la audiencia pública en la que se dio a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas detalladas, apertura de la propuesta económica, acta de acuerdos alcanzados y adjudicación, celebrada el 12 y 18 de diciembre de 2008, ni la Resolución No. 824 del 23 de diciembre de 2008 correspondientes al trámite del concurso de méritos No. CM-DT-BOY-001-2008 MODULO 3 convocado por el INVIAS.

Por consiguiente, permanece incólume la validez del Contrato de Consultoría N. 3452 del 24 de diciembre de 2008 suscrito entre ese ente territorial y el citado consorcio, como quiera que no se probó el desconocimiento del principio contractual de transparencia y el deber de selección objetiva consagrados en las Leyes 80 de 1993 y Ley 1150 de 1993.

6. De las Costas del Proceso

Tomando en consideración la conducta asumida por las partes, de conformidad con lo prescrito por el artículo 171 del C.C.A., el Despacho se abstiene de condenar en costas a la que resultó vencida.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas "*Caducidad de la acción*" propuesta por el Instituto Nacional de Vías- INVIAS, "*Indebida acumulación de pretensiones, no procedencia de reconocimiento económico alguno, por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho*", "*Inepta demanda por carencia poder para demandar a Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil como personas individualmente consideradas*" e "*Inepta demanda por pretermir trámite de conciliación extrajudicial previa y violación al debido proceso*", estas últimas propuestas por el apoderado de los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, como integrantes del Consorcio Ingeniería Vial 2008, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por el CONSORCIO VIAS DE BOYACÁ en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS y del CONSORCIO INGENIERÍA VIAL 2008, integrado por los señores Luis Mario Ochoa Martínez, Aquileo Esquivel Borda y Samuel Ignacio Puerto Gil, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- No condenar en costas por lo expuesto en la parte motiva

CUARTO.- Una vez en firme esta providencia, por Secretaria, liquídese los saldos del proceso, si hubiere lugar a ello y archívese el proceso.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez