

Sentencia 1997-15290 de febrero 20 de 2014

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Rad.: 250002326000199715290 01 (28342)

Consejera Ponente:

Dra. Stella Conto Díaz Del Castillo

Actor: Nubia Bohórquez y otro

Demandado: Instituto de Casas Fiscales del Ejército

Naturaleza: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Bogotá, D. C., veinte de febrero de dos mil catorce.

EXTRACTOS: «**3. Consideraciones de la Sala**

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia del Decreto-Ley 597 de 1988, para que esta corporación conozca en segunda instancia⁽³⁾.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala resolver si i) la descalificación de la propuesta del Consorcio B&B Nubia Bohórquez en cuanto acompañó las declaraciones de renta de sus integrantes sin el aval de contador público, comporta una decisión ilegal; ii) es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución 125 del 23 de junio de 1997, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública 5 de 1997 a la firma José Wilson Jiménez Velásquez y iii) si el consorcio demandante probó los perjuicios alegados.

3. Hechos probados

3.1. Mediante Resolución 62 de 9 de abril de 1997, el director del Instituto de casas Fiscales del Ejército declaró abiertas las licitaciones 1 a 5 de 1997 —folio 22 del cuaderno de pruebas 3—.

3.2. Obra el pliego de condiciones de la Licitación Pública 5 de 1997 expedido por el Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional —cuaderno de pruebas 6—. En lo que se refiere a las condiciones para ofertar prevé:

3. Condiciones para proponer

3.1. El proponente debe ser arquitecto, ingeniero civil, debidamente matriculado de acuerdo a ley, o una firma constructora inscrita en el

registro único de proponentes de la Cámara de Comercio, (...), con una capacidad global de contratación no inferior a 7.600 SMLMV; certificación que debe allegarse con la oferta, para acreditar la inscripción en las condiciones exigidas (...).

(...)

17.2. Evaluación económica puntaje máximo 100 puntos

La evaluación económica se realizará teniendo en cuenta la capacidad financiera así:

Capacidad financiera

Es la suma de los puntajes obtenidos según los índices de liquidez, la razón del endeudamiento y respaldo patrimonial, de acuerdo con el balance y el estado de resultados a 31 diciembre de 1996.

17.2.1. Índice de liquidez

(...)

17.2.2. Razón de endeudamiento

(...)

17.2.3. Razón de respaldo patrimonial

(...)

Cuando se trate de consorcios o uniones temporales se obtendrán los índices sumando previamente los activos y los pasivos de cada uno de los integrantes.

Formato N° 1 Balance general

Activo

Corriente

Caja

Bancos

Inversiones temporales

Cuentas por cobrar

Provisión deudas malas

Otros deudores

Inventarios

Total activo corriente

(...)

Pasivo

Corriente

Obligaciones bancarias

Proveedores

Dividendos por pagar

Impuestos por pagar

Acreedores varios

Otros pasivos corrientes

Total pasivos corrientes

Total pasivo y patrimonio

Formato N° 2 estado de ingresos y egresos

Ingresos brutos

Menos costos

Utilidad bruta

Menos gastos operacionales

Administración

De ventas

Utilidad operacional

Menos otros ingresos

Menos otros egresos

Utilidad neta

Nota: Los anteriores formatos deben presente (sic) debidamente diligenciados y firmados por contador público. Los estados financieros no firmados no serán evaluados perdiendo su puntaje total (100) puntos.

3.3. Mediante Adendo 1 de 5 de mayo de 1997, la demandada introdujo aclaraciones y modificaciones al pliego en los aspectos de carácter técnico y financiero y, recogió las conclusiones de la audiencia de 2 de mayo de 1997, así —folio 3 del cuaderno 3—:

“ Como consecuencia de la audiencia realizada el 02 de mayo del presente año, conforme al artículo 30, numeral 4 Ley 80/93, el Director de Casas Fiscales del Ejército, se permite hacer las siguientes aclaraciones y modificaciones a los pliegos de condiciones:

I. Aspectos generales:

1. La fecha de cierre definitiva es el día 15 de mayo de 1997 a las 11:00 horas.

2. Los estados financieros que exige la entidad balance a 31 de diciembre de 1995 con sus anexos respectivos y se debe adjuntar copia de la respectiva declaración de renta del mismo año (...).”

3.4. El Acta 649 de 6 de junio de 1997 da cuenta de la revisión y verificación de los estados financieros de los proponentes en el marco de la Licitación Pública 5 de 1997, que tiene que ver con la construcción de un edificio de dos pisos con cuatro apartamentos por piso para suboficiales de la Décima Brigada en Tolemaida —folio 67 cuaderno de pruebas 3—. En lo que tiene que ver con la propuesta del Consorcio B&B se lee:

Propuesta N° 5 1997-002

Una vez realizado el análisis de la propuesta se verificó que sus documentos estuviesen completos y coincidieran con los valores (sic) de los estados financieros con los de la declaración de renta de 1995. Falta firma de contador público o revisor fiscal en la declaración de renta, por lo tanto su puntaje real se tomará 0, ya que el artículo 580 del Estatuto Tributario considera como declaración no presentada.

3.5. Obran las copias de las evaluaciones financieras definitivas de los proponentes, conforme al Acta 649 de 6 de junio de 1997 —folio 71 del cuaderno de pruebas 3—. Así:

Licitación Pública 5 Comité económico 1977

Proponente	Valor total	Presupuesto oficial	Capacidad financiera			Total puntos
			Indice de liquidez	Razon de endeudamiento	Respaldo patrimonial	
			<u>Activo CTE</u> <u>Pasivo CTE</u>	<u>Pasivo total</u> <u>Activo total</u>	<u>Patrimonio Pto. oficial</u>	
José Wilson Jimenez Velásquez	366'507.884,60	391'857.327,00	57.198.305,00 9.725.000,00	25.622.600,00 130.262.307,00	104.639.707,00 391.857.327,00	85
B & B	366'945.320,79	391'857.327,00	1.275'224.300,00 0 356'452.867,00	688'837.928,00 2.002'935.265,00 0	1.314'097.337,00 0 391'857.327,00	0

3.6. Mediante Resolución 120 de 12 de junio de 1997, el Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional dispuso que la adjudicación de la Licitación 5 de 1997 se llevaría a cabo en audiencia pública —folio 17 del cuaderno de pruebas 3—.

3.7. Según Acta 709 de 20 de junio de 1997, el comité de licitaciones y adquisiciones del Instituto de Casas Fiscales recomendó como primera opción para adjudicar la Licitación 5 de 1997 al ingeniero José Wilson Jiménez con 802.33 puntos, segundo arquitecto José Prieto y Consorcio Prieto P. con 771.50 puntos y como tercera opción al ingeniero Rubén Darío Marín con 764,99 puntos —folio 28 del cuaderno de pruebas 3—.

3.8. El 23 de junio de 1997, se llevó a cabo la audiencia de adjudicación conforme da cuenta el Acta 729 de la fecha —folio 25 del cuaderno 3—.

3.9. En los términos de la Resolución 125 de 23 de junio de 1997, la dirección del Instituto de Casas Fiscales adjudicó la Licitación 5 de 1997 al ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez —folio 14 del cuaderno 3—:

“ART. 1º—Adjudicar la Licitación Pública 5 de 1997, pliego de condiciones 5 de 1997, cuyo objeto es la construcción de un (1) edificio de dos (2) pisos, con cuatro apartamentos fiscales por piso para suboficiales y demás obras complementarias hasta la terminación y puesta en funcionamiento de los citados inmuebles por el sistema de precios unitarios, con reajuste en predios (sic) de la Décima Brigada en la guarnición de Tolemaida (Cundinamarca), al ingeniero José Wilson Jiménez Velázquez, quien actúa en nombre propio, identificado con la C.C. 6.760.717 de Tunja, por valor de trescientos sesenta y seis millones quinientos siete mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con 60/100 centavos (\$ 366.507.884,60) m/cte”.

Para llegar a esta conclusión sostuvo:

“(…)

Que mediante Resolución 101 del 23 de mayo de 1997 se prorrogó el plazo para que los comités evaluadores presentaran los estudios correspondientes de cada una de las propuestas; igualmente se prorrogó el plazo del traslado de dichos estudios a los oferentes y el de la audiencia pública de adjudicación de la licitación; quedando esta última para el día 16 de junio de 1997 a la misma hora señalada en el pliego de condiciones.

Que en aplicación de los criterios y ponderaciones de adjudicación, se tuvieron en cuenta los siguientes factores objetivos de selección: análisis de precios unitarios, capacidad de contratación y documentación financiera y jurídica, los que fueron estudiados por los comités jurídico, económico y técnico según actas 534, 649 y 553, registradas a folios 364, 376, y 366 de 1997 respectivamente.

Que todas las observaciones formuladas por los oferentes, en los términos establecidos en el numeral 8 de la Ley 80 de 1993, a los estudios jurídicos, económicos y técnicos de la Licitación Pública 5 de 1997 fueron estudiadas y analizadas por la entidad; las cuales quedaron consagradas en las actas de modificación 644, 649 y 648 registradas a folios 375 y 376.

Que en el numeral 6.5 del pliego de condiciones de la Licitación Pública 5 de 1997 se estableció que la adjudicación de la licitación, en mención, se haría en audiencia pública el día 11 de junio a las 10:00 a.m., con base en lo establecido en el art. 5º del Decreto 287 de 1996, reglamentario de la Ley 80 de 1993.

Que en desarrollo de la audiencia pública de adjudicación y de acuerdo a lo establecido en la Resolución 120 del 12 de junio de 1997, por la cual se reglamentó la audiencia pública de adjudicación,

el consorcio B & B en uso de la palabra, manifestó que no estaba de acuerdo con la calificación económica que le había otorgado el comité económico, entre otras razones, por cuanto ellos no estaban obligados a presentar sus declaraciones de renta con firma del contador público; igualmente, en uso de la palabra el señor Rubén Darío Marín Mejía señaló que a su propuesta el comité técnico lo penalizó dos veces por el mismo error y por consiguiente solicitó que se revisará nuevamente su calificación.

Que de acuerdo con las observaciones formuladas por los proponentes en la audiencia pública, el Director del Instituto suspendió la audiencia pública de adjudicación para continuarla a las 5:00 p.m. del mismo día.

(...)

Que mediante actas 697 y 699 registradas a folio 385, los comités económico y técnico dieron respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes en la audiencia pública de adjudicación.

(...)

Que de acuerdo a la recomendación formulada por el comité técnico de licitaciones consignada en el Acta 709 de 1997 registrada a folio 386 y con base en lo debatido en la audiencia pública, (...).”

3.10. Consta certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá que da cuenta del registro como comerciante del señor Arturo René Barraza Fonseca, integrante del consorcio y demandante en este asunto, así como de la inscripción a su nombre de los libros de comercio, al tiempo informa que la señora Nubia Bohórquez López no figura como comerciante —folio 4 del cuaderno 2 de pruebas—.

3.11. Obra certificado de matrícula e inscripción en el registro mercantil del señor Arturo René Barraza Fonseca —folio 6 del cuaderno de pruebas 2—. Se destaca:

Cámara de Comercio de Bogotá

Octubre 4 del 2001

Certificación de Inscripción del Libro VII

Que Barraza Fonseca Arturo René

Aparece matriculado en el registro mercantil bajo el número 00531235

Que a su nombre figuran inscritos los siguientes libros de comercio:

Útiles Registro Fecha Hojas

Mayor balances 00637902 12/01/1994 25

Diario 00637903 12/01/1994 51

Mayor balances 00754989 05/12/1996 50

Diario 00754990 05/12/1996 50

3.12. El 17 de octubre de 2001, la Cámara de Comercio, por su parte, en respuesta al tribunal *a quo*, sostuvo que, de conformidad con el artículo (sic) 596 y 599 del Estatuto Tributario y el Decreto 2806 de diciembre 22 de 1994, los contribuyentes cuyos ingresos brutos o patrimonio superaba la suma de \$637'500.000, debieron presentar declaración de renta por el año gravable de 1995, firmada por contador público —folio 8 del cuaderno 2—.

3.13. Obra dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia, sobre los libros contables y la propuesta presentada por el Consorcio B&B integrado por los ingenieros Arturo Barraza Fonseca y Nubia Bohórquez —folio 4 del cuaderno de pruebas 4—. Se destaca:

“Determinar si los documentos anexados a la propuesta por el Consorcio B & B en la Licitación Pública 5 de 1997 del ICFE, como son los estados financieros, balances y estados de pérdidas y ganancias, reflejan la real capacidad financiera de los integrantes del consorcio de ingenieros Nubia Bohórquez y Arturo Barraza (sic) Fonseca”

Respuesta:

Los ingenieros Nubia Bohórquez y Arturo René Barraza (sic) Fonseca, integrantes del Consorcio B & B participaron en la Licitación Pública 5/97 del Instituto de Casas Fiscales del Ejército ICFE, para la construcción de un edificio de apartamentos fiscales en la guarnición de Tolemaida.

Los documentos presentados para la participación en la licitación fueron aceptados por el comité de calificación ya que estos cumplían con los requisitos exigidos o de lo contrario no podían participar y no hubieran recibido calificación alguna.

La documentación analizada se encuentra en la copia N° 2 de la licitación entregada para participar en dicha licitación.

Pregunta

Determinar cuál de las propuestas presentadas en la licitación referida era la más favorable, de conformidad a los criterios de evaluación indicados en los pliegos de condiciones.

Respuesta

Participaron trece firmas en la Licitación 5/97 para la construcción del edificio en la guarnición de Tolemaida.

Si la calificación de la Licitación 5/97 del ICFE en lo concerniente a la parte financiera, el mayor puntaje habría sido para el Consorcio B&B, sin disminuir su capacidad financiera porque la declaración de

renta no fue firmada por el contador o revisor fiscal cuando no había obligación legal de hacerlo.

Pregunta

Determinar si se causaron perjuicios a mis representados, como consecuencia de la adjudicación irregular de la Licitación Pública N° 5 de 1997 del I.C.F.E.

Y

Determinar la cuantía de perjuicios sufridos por mis representados, como consecuencia de la adjudicación irregular de la licitación pública mencionada, especificando los siguientes conceptos:

a) gastos en que incurrió el Consorcio B&B para preparar la respuesta en le (sic) licitación.

Respuesta

Gastos generados para elaborar la licitación:

Generales

Pliegos \$600.000

Transporte (Bogotá – Tolemaida) \$150.000

Viáticos \$150.000

Fotocopia y otros \$100.000 \$1'000.000

Personal (Proporcional a tiempo utilizado en la preparación de la Licitación 5/97)

Ingeniero \$500.000

Auxiliar Ingeniería \$350.000

Programador \$350.000

Mensajero \$200.000

Factor prestacional \$1'200.000 \$2'600.000

Otros (Proporcionales)

Contabilidad \$300.000

Arriendo oficina \$300.000

Servicios \$200.000

Servicios computador \$400.000 \$1'200.000

b) las utilidades que habrían percibido mis representados, en el evento que se les hubieran adjudicado la Licitación Pública 5 de 1997 del ICFE.

Respuesta

Costos directos de la construcción programada, en la Licitación 5/97 edificio en Tolemaida (folio 263 de la segunda copia del proyecto de licitación).

Construcción edificio \$306'670.789

AIU.

Administración 10% \$30'670.789

Imprevistos 5% \$15'335.349

Utilidad 4% \$12'268.316

IVA, sobre utilidad 16% \$1'962.930

Valor total de la propuesta \$366'945.320

Resumiendo

Daño emergente: Corresponde a los gastos y costos necesarios que incurrió el Consorcio B&B, para elaborar y participar en la Licitación 5/97

Gastos \$ 4'800.000

Lucro cesante: Corresponde a las (sic) utilidad dejada de percibir por parte del Consorcio B&B, al no haber sido adjudicada la licitación (por falta de firma de la declaración de renta, sin ser requisito necesario).

Utilidad \$12'268.316 *

* Expectativa de utilidad que se obtendría en el proyecto, en los siete meses que se proyectó la obra, según propuesta presentada para participar en dicha Licitación 005/97.

Si tenemos en cuenta que el plazo de ejecución de la obra era de 210 días calendario (siete meses), los gastos y actualización de dichos dineros serían:

a) gastos realizados a mayo 15/97 (Fecha de entrega de la Licitación 5/97)
gastos realizados \$4'800.000

127,870

$Vp = 4'800.000 \text{ ----- } (1+0,004867550)^{55} = \$9'915.878$

80,847

IPCI MAYO /1997

IPCF DICIEMBRE /2001

b) Utilidad obtenida en siete meses después de adjudicada la licitación \$12'268.316

Fecha de adjudicación junio 16/97, luego la fecha de entrega proyectada sería siete (7) meses después o sea en Enero/98.

127,870

$Vp = 12'268.316 \times (1+0,004867550)^{47} = \$24'378.351$

80,847

IPCI enero /1998

IPCF diciembre /2001

4. La acción procedente.

De entrada se destaca que los señores Nubia Bohórquez y Arturo René Barraza Fonseca integrantes del Consorcio B&B, cuestionan la legalidad del acto de adjudicación, dentro del término legal previsto en el Decreto 2304 de 1989 (C.C.A.) conforme lo prevé el numeral 2 del artículo 136 de la citada disposición, en tanto la demanda se presentó dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto y en vigencia de la citada disposición, sin la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998⁽⁴⁾.

Habría que decir también que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a las acciones procedentes, para confrontar los actos

administrativos originados en la actividad contractual del Estado, dispone:

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PAR. 1º—El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PAR. 2º—Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina”.

Se observa, entonces que el artículo transcrito i) limitó la impugnación de los actos previos, generados en la actividad contractual al acto de adjudicación; ii) determinó en este último caso la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y iii) restringió la legitimación de la acción contractual a las partes, excepcionalmente al Ministerio Público y al tercero con interés directo, en la definición de las controversias surgidas en razón de los actos administrativos producidos con motivo o en razón de la actividad contractual. Por último, cabe recordar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debía ejercerse dentro de los cuatro meses siguientes, contados a partir de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto. De modo que en el caso en estudio, la demanda se presentó oportunamente, el 23 de octubre de 1997, si se considera que la resolución de adjudicación fue proferida el 23 de junio anterior.

5. Nulidad del acto de adjudicación

Se conoce que los miembros del Consorcio B&B pretenden la nulidad del acto de adjudicación, contenido en la Resolución 125 del 23 de Junio de 1997, mediante la cual el Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional adjudicó la Licitación Pública 5 al ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez y que cuestionan la decisión del tribunal que no accedió a las pretensiones, fundado en que: i) el pliego de condiciones previó que la evaluación de la capacidad financiera tendría como referente el balance general y el estado de ingresos y egresos del proponente; ii) no exigió incorporar declaraciones de renta y iii) estos mismos, en cuanto integrantes del consorcio no se encontraban obligados a su presentación, según lo prevé el artículo 10 de la Ley 6 de

1992. Siendo así controvierten el puntaje asignado, en la evaluación económica, pues este impidió que su oferta fuera seleccionada.

Al llegar a este punto, vale precisar que la licitación pública se inicia con el llamado o convocatoria, para lograr la libre concurrencia de los interesados a la selección del contratista que mejor satisfaga las condiciones del pliego, el que indicará en forma completa y precisa el objeto de la contratación, así como las características de los bienes, servicios u obras requeridas por la entidad contratante.

Llamado que compromete a la convocante, por lo que la administración no podrá modificar el procedimiento de selección, previamente establecido, como tampoco el objeto o las características esenciales de los bienes y servicios requeridos. Los pliegos de condiciones fijan el marco que permitirá a la entidad escoger con criterio de objetividad al mejor oferente, en beneficio de la ejecución del contrato y de la satisfacción de los fines perseguidos por la administración — transparencia, selección objetiva e igualdad— conforme lo prevé el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁽⁵⁾.

Disciplinadas entonces las etapas del proceso de selección y fijadas las condiciones que deberán satisfacer las propuestas, el proceso deberá garantizar una participación en igualdad de condiciones y la administración adjudicar el contrato a quien hubiere presentado la oferta más favorable, teniendo en cuenta los factores de escogencia, previamente establecidos, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, previa su ponderación precisa y detallada. Se trata de que la administración dé cumplimiento a las normas que informan la estructuración de los pliegos, esto es, las condiciones y el contenido de las propuestas, pues su desconocimiento comporta una vulneración a las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ello de los principios de igualdad, participación, selección objetiva y transparencia.

Lo anterior, porque el pliego constituye un acto de carácter general que contiene la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales que la actividad contractual de la administración comprende. En este panorama i) el pliego de condiciones es un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección y ii) solo puede ser modificado en las oportunidades y con los límites previstos en el estatuto contractual, con el conocimiento e intervención de los participantes.

Sobre el particular la Sala ha sostenido⁽⁶⁾:

“Las limitaciones a la facultad de introducir cambios en el pliego de condiciones.

Lo antes expuesto no excluye la facultad que le asiste a las entidades estatales para introducir ajustes, variaciones, adiciones, supresiones o, en general, cambios en relación con el contenido de los pliegos de condiciones —tal como incluso lo prevé y autoriza el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80, al hacer referencia expresa a las modificaciones que se consideren pertinentes con ocasión de lo debatido en la(s) audiencia(s) de aclaración de los pliegos—, pero claro está en el entendido de que esa atribución no es absoluta sino que, muy por el contrario, se encuentra sometida a límites de orden material y también de índole temporal, los cuales emanan de la naturaleza misma del procedimiento administrativo de selección contractual y de los principios que lo inspiran e informan.

En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, resulta evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).

En ese orden de ideas, aunque la administración tiene competencia para aclarar el contenido del pliego de condiciones, con el fin de expedir reglas claras y precisas, en tanto constituirán las premisas que gobernarán el contrato, dicha decisión, deberá consultar en cada caso los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, en el entendido que la administración no podrá modificar aspectos sustanciales, especialmente los relativos a los factores de calificación, pues está obligada a respetar la participación oportuna de los oferentes. Lo que efectivamente ocurrió, en el caso concreto, como pasa a exponerse:

En efecto, los elementos de juicio incorporados al proceso dan cuenta de que i) el pliego de condiciones, en lo que tiene que ver con la capacidad financiera del contratista estableció un puntaje máximo de 100 puntos, acorde con los índices de liquidez, capacidad de endeudamiento y respaldo patrimonial, reflejados en los estados financieros, debidamente diligenciados y suscritos por contador público; ii) según el Adendo 1 de 5 de mayo de 1997, la demandada introdujo aclaraciones y modificaciones al mismo, previamente al cierre de la licitación, en el punto de debate, en cuanto que los proponentes debían acompañar, además de los estados financieros a 31 de diciembre de 1995, la declaración de renta del mismo año; iii) el consorcio demandante fue calificado con 0 puntos en el

mencionado factor, en razón de que si bien aportó el documento, según lo informan las partes, el mismo adolecía de falta de firma de contador público; iv) según Acta 709 de 20 de junio de 1997, el comité de licitaciones y adquisiciones del Instituto de Casas Fiscales recomendó como primera opción para adjudicar la Licitación 5 de 1997 al ingeniero José Wilson Jiménez, con 802.33 puntos, segunda al arquitecto José Prieto y Consorcio Prieto con 771.50 puntos y como tercera opción al ingeniero Rubén Darío Marín con 764,99 puntos y v) mediante Resolución 125 de 23 de junio de 1997, la Dirección del Instituto de Casas Fiscales adjudicó la Licitación 05 de 1997 al ingeniero primeramente opcionado atendiendo la recomendación impartida.

Lo anterior permite a la Sala inferir que el acto de adjudicación, contenido en la Resolución 125 de 23 de junio de 1997, consultó los términos del pliego de condiciones, de la audiencia aclaratoria surtida el 2 de mayo de 1997 y del Adendo 1 de 5 de mayo del mismo mes. Lo último en cuanto aclaró lo relativo a las pruebas para acreditar la liquidez, capacidad de endeudamiento y respaldo patrimonial, sin alterar los elementos esenciales del contrato, ni los factores de calificación.

Como se ve, el pliego de condiciones, en lo que toca con la propuesta económica dispuso inicialmente que solo se acompañaría el balance general a 31 diciembre de 1996, esto es, los estados financieros debidamente diligenciados y firmados por contador público, más adelante en los términos del Adendo 1 de 5 de mayo de 1997, adicionó el requerimiento, con la exigencia relativa a la presentación de la declaración de renta correspondiente a la vigencia fiscal de 1995.

Ahora, aunque se echan de menos las ofertas de los participantes en el proceso de selección, inclusive la favorecida con la adjudicación del contrato presentada por el ingeniero José Wilson Jiménez Velásquez y la del consorcio demandante, por lo que no es posible establecer si se sujetaron o no a las exigencias del pliego de condiciones, de la audiencia aclaratoria y del Adendo 1, lo cierto es que, conforme dan cuenta los actos previos, la adjudicación del contrato consultó los términos allí indicados, por lo que no podría concluirse que la misma desconoció los requerimientos preestablecidos.

Para llegar a esta conclusión, es dable considerar que si bien en el pliego de condiciones se dispuso, en relación con los factores dirigidos a demostrar los índices de liquidez, la razón del endeudamiento y respaldo patrimonial, que debían acreditarse con los estados financieros a 31 de diciembre de 1996, debidamente diligenciados y suscritos por contador

público. El Adendo 1 adicionó la exigencia, de modo que los balances a 31 de diciembre de 1995, debían acompañarse de la declaración del mismo año. Exigencia esta que la Sala considera razonable y proporcionada, en cuanto le permitiría a la entidad contratante corroborar los balances, para así escoger al mejor oferente.

Vale la pena precisar que, aunque no se acompañó la propuesta del consorcio B&B por lo que no se tiene al alcance la oferta económica, no es menos cierto que los demandantes admiten en su momento no haber acompañado la declaración de renta correspondiente al año 1995, suscrita o avalada por contador público, pues, a su juicio no estaban obligados a hacerlo, si se considera que el pliego no exigía la incorporación de la misma. Aunado a que se amparan en las normas del Estatuto Tributario, para sustentar su parecer, según el cual ninguno de los miembros del consorcio se encontraba obligado a llevar libros de contabilidad y por ende a presentar la declaración de renta con la firma de contador. Para los recurrentes, este requisito comporta una exigencia netamente tributaria, sin relación con el objeto de la contratación.

Contrario a lo afirmado por la parte recurrente, la Sala observa que aunque la señora Nubia Bohórquez López no figura como comerciante, según da cuenta la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, el señor Arturo René Barraza Fonseca aparece registrado como tal, por lo que se presume comerciante y los libros de contabilidad figuran a su nombre y de allí las obligaciones atinentes al debido diligenciamiento de los mismos, sin la exigencia contenida en el artículo 203 del Código de Comercio⁽⁷⁾ sobre revisoría fiscal, en cuanto se trata de persona natural.

En los términos del artículo 596 del Estatuto Tributario —nal (sic) 6— y el Decreto Reglamentario 2806 de 1994, la declaración de impuestos sobre renta y complementarios deberá presentarse en el formulario que para tal efecto señale la Dirección de Impuestos Nacionales, suscrita por contador, cuando el contribuyente está obligado a llevar libros de contabilidad y cuando el patrimonio bruto, en el último día o periodo gravable excedía la suma de \$ 637.000.000,00, para el año fiscal 1995.

Al llegar a este punto, las evaluaciones financieras definitivas de los proponentes dan cuenta de que el patrimonio global del Consorcio B&B ascendía a la suma de \$1.314'097.337,00 y aunque no se cuenta con elementos para establecer el monto correspondiente a cada uno de los miembros del consorcio, es claro que uno de ellos, el señor Barraza Fonseca tenía la calidad de comerciante, por lo que se encontraba obligado a llevar libros de contabilidad en los términos previstos por el

artículo 774 del Estatuto Tributario⁽⁸⁾, aunado a su obligación de declarar renta en los términos de la norma en mención, siempre que su patrimonio fuese superior a la base gravable fijada en el decreto aludido, lo que no se descarta, según da cuenta el informe de evaluaciones relacionado con la propuesta económica.

Se insiste, como al plenario no fue incorporada la propuesta del Consorcio B&B, tampoco es posible establecer cuál de los consorciados acompañó los balances contables a 31 de diciembre de 1995, al igual que se echa de menos la declaración de renta de la misma vigencia fiscal, pero de lo que no hay duda es que ninguna de las declaraciones fue suscrita por contador público, según dan cuenta ambos extremos procesales.

Al respecto vale precisar que el artículo 580 del mismo estatuto dispuso que la falta de la firma requerida, daría lugar a tener la declaración como no presentada, de donde no queda sino concluir que el consorcio no demostró su capacidad financiera y que no podía aspirar a una calificación distinta a la obtenida.

En este panorama es claro que la propuesta presentada por los miembros del Consorcio B&B, no se sujetó a los requerimientos del pliego de condiciones, adicionado con el Adendo 1, en lo que tiene que ver con la declaración tributaria correspondiente al año fiscal 1995, por lo que se mantendrá la decisión del Tribunal que negó las súplicas de la demanda.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de descongestión el 16 de junio de 2004, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SIN COSTAS por no aparecer causadas.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase».

(3) La cuantía exigida para que la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$ 13.460.000,00 y el monto de la pretensión mayor, el 23 de octubre de 1997, cuando se presentó la demanda, superaba la suma de \$23.000.000,00.

(4) “ART. 32.—De las controversias contractuales El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

‘ART. 87.—De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración solo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”.

(5) “ART. 24.—Principio de transparencia.

(...)

5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

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

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 desierta 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 término de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones o reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

“ART. 25.—Principio de economía

(...)

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”.

“ART. 30.—De la estructura de los procedimientos de selección.

La licitación o concursos e efectuará conforme a las siguientes reglas:

1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

5. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas solo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

(...)"

(6) Sentencia de 1999. Expediente 12344. M. P. Daniel Suárez Hernández. Consejo de Estado. Sección Tercera.

(7) "ART. 203.—Sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal. Deberán tener revisor fiscal:

- 1) Las sociedades por acciones;
- 2) Las sucursales de compañías extranjeras, y

3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital".

(8) "ART. 774.—Requisitos para que la contabilidad constituya prueba.

Tanto para los obligados legalmente a llevar libros de contabilidad, como para quienes no estando legalmente obligados lleven libros de contabilidad, estos serán prueba suficiente, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Estar registrados en la Cámara de Comercio o en la Administración de Impuestos Nacionales, según el caso;

2. Estar respaldados por comprobantes internos y externos;

3. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural;

4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley;

5. No encontrarse en las circunstancias del artículo 74 del Código de Comercio".