

Sentencia 1997-04707 de abril 26 de 2006

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera Ponente:

María Elena Giraldo Gómez

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006).

Rad.: 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188)

Actor: Sociedad Tolimense de Ingenieros

Demandado: Departamento del Tolima

Ref.: Acción de simple nulidad

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación que interpuso el demandado frente a la sentencia de 27 de abril de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual dispuso,

“1. Declarar la nulidad pedida por la parte actora, de las partes indicadas en los actos impugnados, en cuanto se refieren al 51.1% para uno de los integrantes del consorcio para determinar la capacidad máxima de contratación contenidas en el capítulo II sobre tipo de contratación y capítulo III sobre condiciones particulares de la licitación lo cual quedó consignado en el artículo 2º del Decreto 522 de 1995, que modificó el artículo 4º del Decreto 470 del mismo año y que textualmente dicen: ‘ART. CUARTO:... de hasta 5 personas... teniendo uno de ellos al menos el cincuenta y uno punto uno por ciento (51.1%) del K exigido’.

Y como consecuencia de lo anterior, lo pertinente en los numerales 2.2.2 y su nota y 3.2.2 de la licitación pública DTST N° 007 de 1995.

2. Negar las demás pretensiones de la demanda” (fl. 162, cdno. ppal.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Demanda.

Se presentó el día **16 de enero de 1997**, ante la oficina judicial de la ciudad de Ibagué (fl. 107, cdno. ppal.); pretende la declaratoria de nulidad de varios artículos de decretos departamentales expedidos por el Gobernador del Tolima: 4º del N°470 de 26 de mayo de 1995, con su modificatorio; y del 2º del decreto No 522 de 13 de junio de 1995, mediante el cual ordenó la apertura de la licitación pública y del pliego de

condiciones de la licitación pública DTST N° 07 de 1995 y de los apartes del pliego de condiciones que repiten el contenido del decreto.

Como hechos se adujeron los siguientes:

“1. Que el señor secretario de transporte del departamento, en declaración textual rendida dentro de la revista Ingeniería N° 13. de la Sociedad Tolimense de Ingenieros, en su edición de abril de 1995, páginas 19 a 21, con relación a la pregunta formulada por la periodista Esperanza Granados Alfonso, sobre cuál será el apoyo del gobierno departamental para que se logre la participación de la ingeniería tolimense en la pavimentación del vías del departamento expresa ‘es importante creer en nuestra ingeniería, en el departamento y en los municipios; mientras no haya ese principio de unión no se podrán llegar a realizar esos proyectos. Pero mientras esto sucede no se puede parar el desarrollo del programa de pavimentación, lamentablemente se deberá ejecutar con contratistas externos. Se reforzará nuestra ingeniería con los programas que ejecuten otras entidades como el municipio de Ibagué y los demás municipios, bajo el criterio de la descentralización’. Este juicio de un alto funcionario de la Gobernación, a nuestro modo de ver descalificó de entrada la ingeniería regional, lo cual quedará demostrado a lo largo del presente proceso.

2. Que la Gobernación del Tolima mediante el decreto N° 470 del 26 de mayo de 1995, ordenó la apertura de la licitación pública N° DTST-07 de 1995, para la construcción pavimentación del sector Falan Palocabildo de la carretera San Felipe Falan.

3. Que el presupuesto oficial estimado de la obra fue establecido en la suma de \$ 620.388.430, por el penúltimo considerando del decreto demandado, y no obstante lo anterior, el mismo decreto, en su artículo cuarto, se fijó como capacidad disponible de contratación (K disponible) 7.824 salarios mínimos legales vigentes (smlv), exigiéndose que en el caso de los consorcios y uniones temporales por lo menos uno de los componentes, debía tener por lo menos el 70% del K exigido, es decir el 70% del doble del presupuesto oficial, contrariando lo dispuesto en el último inciso del artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993, que preceptúa: ‘La calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todos los órdenes y niveles’.

4. Tanto en la convocatoria como en el pliego de condiciones punto 2.2.2 del capítulo II, se estableció que en tratándose de consorcios, su conformación no podría ser superior a dos consorciados, en abierta violación del art. 84 de la Constitución Política, cuyo tenor

literal es el siguiente: 'Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

5. En el punto 3.2.4 del pliego de condiciones se exigieron maquinarias de gran tamaño versus la magnitud de la obra a realizar, tales como trituradoras con capacidad mínima de 80 toneladas por hora; cargador de mínimo 2 Yd 3 de capacidad, que es aún más grande que el mayor cargador que posee el departamento, que casi no cabe en nuestras vías cuyo cucharón supera en tamaño a las tolvas de la trituradora y de la planta de asfalto; plantas de asfalto de 40 toneladas por hora como mínimo, cuyo valor comercial supera los \$ 150.000.000,00 millones y que producen mezcla para asfaltar 10 kms de vía en un mes, cuando el plazo propuesto por el mismo departamento supera los ocho (8) meses y cuyo transporte y montaje casi no se justifica para la cantidad de mezcla a preparar, destacándose que la casi totalidad de la maquinaria requerida para los contratos, tenía que ser de propiedad del proponente, requisito que solamente un selecto grupo de contratistas podía cumplir, pues ello representaba que por las características del gran tamaño de la maquinaria exigida, su costo comercial superara los \$ 1.000.000.000,00 millones de pesos.

6. Que la Sociedad Tolimense de Ingenieros reunida en su sesión extraordinaria del día 30 de mayo de 1995, le elevó al gobierno departamental, enérgica protesta por la forma como fueron convocadas las licitaciones públicas números DTST-001 al 008 de 1995, mediante comunicado, en el que además de señalar las violaciones cometidas, se deja constancia 'que ante las exigencias de la secretaría de transporte, solamente un número muy reducido de firmas a nivel nacional podrían interesarse en la contratación de estas obras, disminuyendo ostensiblemente la competencia que es sana tanto para la entidad como para el departamento', documento que no se reproduce en gracia de brevedad, pero que se anexa para que sea tenido como prueba.

7. Que el día cinco de junio de 1995, a las 6 de la tarde en la sede del Club de Ejecutivos del Tolima se llevó a cabo un foro convocado por el comité de gremios económicos del Tolima, para tratar sobre la participación de la ingeniería regional en los planes de desarrollo del departamento y los municipios, en el cual se trató la problemática planteada con las licitaciones Nos. DTST 001-008 de 1995, y se expidió un comunicado como del concejo gremial dirigido al señor

Gobernador del Departamento, solicitándole modificar las convocatorias de las licitaciones citadas, en el sentido de no establecer límite alguno a la conformación de consorcios, ni exigir una capacidad de contratación superior al valor del presunto oficial, no condición alguna, distinta de las legales, a quienes integran un consorcio, que en gracia de brevedad no se reproduce, pero que se anexa para que sea tenido en cuenta como prueba.

8. Que el señor Gobernador del Departamento y el Secretario de Transportes del Tolima, al parecer movidos por la presión ejercida por la Sociedad Tolimense de Ingenieros y por el sector gremial, modificó el decreto demandado mediante el decreto N° 522 de 13 de junio de 1995, y por ende el pliego de condiciones, lo que fue dado a conocer mediante aviso aclaratorio del 18 de junio de 1995, publicado en el diario El Tiempo, aumentando el número de consorciados y uniones temporales, hasta cinco miembros y disminuyendo la capacidad mínima de contratación a 6.520 salarios mínimos legales vigentes, lo mismo que disminuyendo a un 51.1% el K mínimo exigido a uno de los componentes de los consorcios y uniones temporales, con lo cual siguieron violados los preceptos constitucionales y legales enunciados.

9. Que la Sociedad Tolimense de Ingenieros, en comunicación N° 318 del 10 de julio de 1995, dirigida al señor Gobernador del Departamento del Tolima, le expresa nuevamente su inconformidad por el tratamiento desigual que la administración seccional le está dando a la ingeniería Tolimense y le hace referencia a lo expuesto en los numerales 5° y 7° de los hechos, entre otros aspectos, en aras de la brevedad tampoco se transcribe, pero que se anexa como prueba para que sea tenido en cuenta.

10. Que el Gobernador del Departamento del Tolima, a pesar de las innumerables peticiones y protestas que le habían sido elevadas para que no violara la Constitución Política y la ley, se mantuvo firme en su propósito de marginar la Ingeniería Tolimense de la participación en las licitaciones, y al efecto la adjudicó al ingeniero Hernando Olmos Millán, mediante la resolución N° 154 de 15 de agosto de 1995, quien firmó el contrato N° 089 del 6 de septiembre de 1995.

11. En entrevista publicada en el Diario El Nuevo Día el miércoles 7 de febrero de 1996, en la página 2A en la cual participaron, entre otros, el señor Francisco Peñalosa Castro, Gobernador del Departamento 'recordó las quejas provenientes de los ingenieros tolimenses por cuanto, según ellos no se les ha brindado la

oportunidad de trabajar en las obras. No olvidó tampoco, que en tiempos de su alcaldía se les solicitó que se organizaran. Pero no fue acogida su propuesta. Sin embargo, a pesar de estos inconvenientes su administración tratará de 'hacer un ensayo' utilizando pavimento en frío, pero en planta aunque yo realmente soy un poco escéptico frente a esto, pero no quiero quitarles a ellos en ningún momento, la oportunidad'.

Los hechos acabados de narrar se asemejan mucho a la famosa obra del Novel Gabriel García Márquez, Crónica de una Muerte Anunciada, pero con la diferencia que los ingenieros Tolimenses siempre conocieron las intenciones y mecanismos de quién sería su verdugo, y como en el final del cuento El Presagio del mismo autor, el mandatario seccional hace énfasis en la advertencia por el formulada hace varios años, sobre la carencia en la región, de firmas o consorcios de contratistas con suficiente capacidad en experiencia, técnica, equipos y suficiencia financiera para poder participar en las grandes licitaciones que habrían, han y van a ocurrir en la región" (fls. 93 a 96, cdno. ppal.).

2. Normas violadas y concepto de violación.

• De los artículos 6º, 38, 121, 122, 123 inciso 2º y 333 de la Constitución Nacional; artículos 6º y 7º Ley 80 de 1993: Porque la apertura de la licitación pública DTST N° 07 de 1995 estuvo precedida de una serie de irregularidades que vician en forma absoluta la existencia de la licitación.

• De los artículos 6º, 121, 123 inciso 2º de la Constitución Nacional y de los artículos 24 y 22.3 último inciso de la Ley 80 de 1993: Porque estableció el valor de la capacidad de contratación mínima superior al monto del presupuesto oficial, por ende se presentó un exceso en el ejercicio de las funciones.

• Del principio de legalidad y de los artículos 6º, 121, 122, 123 inciso 2º de la Constitución Nacional y del artículo 24 numeral 5º literales a), b), c) y d): Porque en el pliego de condiciones se exigieron maquinarias de gran tamaño versus la magnitud de la obra a realizar, con el único propósito de impedir su acceso a la licitación.

• De los artículos 2º, 6º, 121, 122 y 123 inciso 2º y los artículos 3º y 28 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: Porque el Gobernador obró con desviación de poder (fls. 96 a 102, cdno. ppal.).

En la parte considerativa de esta sentencia se indicará el concepto de la conculcación que adujo el actor.

3. Trámite procesal.

a. El tribunal **rechazó** la demanda por auto de 10 de marzo de 1997, argumentó que el decreto impugnado es un acto de trámite, calificación que corresponde al acto de apertura de la licitación pública porque es previo a la selección y a la adjudicación; explicó que los actos de apertura de una licitación no contienen decisión de fondo, pues se limitan a invitar a la participación en el proceso selectivo previo a la adjudicación del contrato (fls. 108 a 109, cdno. ppal.). Pero el Consejo de Estado: revocó tal decisión del *a quo*, mediante auto de 10 de julio de 1997, bajo la consideración exclusiva de que el acto que contiene el pliego de condiciones si es susceptible de control jurisdiccional, porque se trata de un acto administrativo de carácter general, autónomo, con efectos jurídicos propios en las etapa de selección, de celebración y de posterior ejecución del contrato, del cual hace parte integrante. Trajo a colación antecedente jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del pliego de condiciones y la posibilidad de control por el contencioso administrativo. En consecuencia, **admitió** la demanda por reunir los requisitos legales y **suspendió provisionalmente** las expresiones “*de hasta cinco personas*” contenida en el numeral 2º del Decreto Departamental del Tolima N° 522 de 13 de junio de 1995, que se refiere al número máximo de integrantes de un consorcio o de una unión temporal porque el gobernador al plasmar esas expresiones excedió las facultades de ley, que sólo consagra un límite mínimo y negó la restante solicitud de la medida cautelar, toda vez que no advirtió vulneración a primera vista y ordenó devolver el expediente al *a quo* (fls. 120 a 130, cdno. ppal.).

b. Al contestar la demanda el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA se opuso a las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho. Propuso la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción porque la acción de simple nulidad es impertinente para impugnar el acto objeto de demanda (D. 470/95, que ordenó la apertura de la licitación pública 07/95), pues debió demandarse en ejercicio de la acción de controversias contractuales “*teniendo en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, todos los actos que se produzcan con ocasión de un contrato administrativo, esto es, anteriores, concomitantes o posteriores, pueden ser demandados únicamente por contractual, salvo los actos de adjudicación y declaratoria de desierta de la licitación, los cuales pueden ser impugnados por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho*”. Para apoyar su argumento trajo a colación sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 17 de enero de 1994 (Exp. 9.118). En atención a la ineptitud de la demanda concluyó que no hay lugar a estudiar el fondo de las pretensiones de la demanda y señaló, no

obstante, la inexistencia de la vulneración afirmada en la demanda (fls. 141 a 145, cdno. ppal.).

c. El proceso se abrió a pruebas el 2 de octubre de 1997; luego se ordenó dar traslado para alegaciones finales, por auto de 19 de diciembre siguiente (fl. 152, cdno. ppal.); sólo la parte DEMANDADA solicitó la denegatoria de pretensiones e insistió en la inepta demanda por indebida escogencia de la acción y señaló que su actuar estuvo conforme a la Constitución y la ley (fls. 153 a 154, cdno. ppal.).

4. Sentencia.

Declaró la nulidad de algunos apartes del artículo 2º del Decreto Departamental del Tolima N° 522 de 1995, modificatorio del artículo 4º del No 470 de 1995 y de algunos apartes de los numerales 2.2.2 y su nota y 3.2.2 de la licitación pública DTST N° 007 de 1995; y **negó las restantes súplicas** de la demanda. En primer término consideró que la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción era improcedente, toda vez que ésta no genera ineptitud de la demanda, pues no se trata de la carencia de un presupuesto procesal sino de un presupuesto de la demanda, aquel genera fallo inhibitorio y éste fallo desestimatorio y añadió que el Consejo de Estado al revisar la providencia de rechazo de la demanda *“dijo claramente ... que es viable el ejercicio de la acción objetiva de simple nulidad contra el PLIEGO DE CONDICIONES razón por la cual admitió la demanda, debiéndose entender que la acción relativa a contratos lo es para todos otros aquellos actos expedidos con ocasión de la actividad contractual diferentes al de la adjudicación que por mandato del párrafo primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 es susceptible de censura mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”*. En segundo término, definió los cargos de violación de la demanda.

• Frente al límite máximo del número de integrantes de “hasta 5 personas” para aquellos consorcios o uniones temporales que liciten: indicó que el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, da acceso a los consorcios y uniones temporales para la celebración de contratos con entidades estatales y el artículo 7º ibídem define que deben estar integrados por dos o más personas, de tal suerte que *“al limitar el decreto el número de personas que pueden integrar los consorcios y las uniones temporales, es incuestionable que está transgrediendo las normas acabadas de citar, de una parte, porque éstas no se refieren a un número máximo de personas que los pueden integrar, y de otra, porque tampoco faculta a las entidades contratantes para hacerlo con lo cual se estaría violando el principio de igualdad ante la ley”*.

- Frente a la exigencia de que uno de los integrantes del consorcio posea como mínimo el 51.1% de la capacidad de contratación: también encontró próspero este cargo en tanto contraría el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al no corresponder a un criterio objetivo que responde al principio de imparcialidad, el cual se transgrede al exigirle a uno de los integrantes del consorcio mayores requisitos comparativamente con respecto al otro y otros integrantes, con mayor razón si se tiene en cuenta que se predica, la solidaridad, para el consorcio de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato y, para la unión temporal, por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado; y concluyó que *“debe invalidarse, de los actos censurados, las partes indicadas por el demandante en cuanto se refieren al 51.1% para uno de los integrantes del consorcio para determinar la capacidad máxima de contratación contenidas en el capítulo II sobre tipo de contratación y capítulo III sobre condiciones particulares de la licitación lo cual quedó consignado en el artículo 2º del Decreto 522 de 1995 que modificó el artículo 4º del Decreto 470 del mismo año”*. Y frente al equipo mínimo expresó que no se da trasgresión, toda vez que el hecho de que no se tenga esa maquinaria no significa que sea un requisito de imposible cumplimiento *“y tan así será que el contrato fue adjudicado mediante decisión administrativa que al no haber sido impugnada ha de tenerse como legalmente expedida y si ello es así, es porque el proponente cumplió también con esa condición”*.

- Frente a la determinación de la capacidad de contratación, que el actor acusó de estar más allá de los parámetros de la ley porque es un requisito de imposible consecución en cuanto a la maquinaria que se exige para la ejecución de la obra: El *a quo* también consideró impróspero el cargo porque si bien el literal d) numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 prohíbe incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, se carece en el juicio de conceptos técnicos que lleven a asegurar que para el demandante son de imposible cumplimiento; además, el mismo demandante *“sostiene que esto es en relación con los profesionales de la Ingeniería y las empresas territoriales y en ninguna de las normas de contratación se establece que deben tenerse en cuenta esos aspectos seccionales o locales para formular el pliego de condiciones”*. Consideró errada la fundamentación del cargo en el artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993, pues esta disposición prevé, en realidad, es que la calificación que se haga de los proponentes determinará la capacidad máxima de contratación, pero no señala cuál es ésta, en tanto la realizan las mismas personas naturales o jurídicas

interesadas, en contratar con las entidades estatales, con base en la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en cuanto a los criterios a aplicar. Y agregó:

“Por otra parte, la función que, según el demandante le queda como reserva a la entidad contratante para verificar la información es en relación con la suministrada precisamente para obtener la clasificación y calificación y aquí no se trata de ello puesto que el punto materia del ataque es en relación con la capacidad de contratación que deben tener los proponentes. Ahora que esto sea superior al presupuesto oficial de la obra, es aspecto que tampoco está como supuesto de la norma señalada como desobedecida, como es el último inciso del artículo 22.3 ya varias veces mencionado” (fls. 155 a 162, cdno. ppal.).

5. Recurso de apelación.

El Departamento del Tolima apeló el fallo de primera instancia y reiteró los argumentos que adujo en la contestación de la demanda; y añadió que la Administración departamental al exigir el porcentaje mínimo del 51.1% de la capacidad financiera para uno de los consorciados, cumple con el principio de planeación (num. 12 art. 25 Ley 80/93) y garantiza que quien vaya a ejecutar obras en su nombre, tenga la capacidad financiera que le permita desarrollar el objeto contratado sin que se presenten percances de tipo económico, que paralicen las actividades y causen perjuicio.

Destacó que el pliego de condiciones es ley para las partes y documento fundamental de toda licitación; por lo tanto su contenido debe ser claro, a fin de evitar cualquier equívoco que afecte la ejecución del contrato; y que eso fue lo que se hizo en la licitación pública que se llevó a cabo. Y se opuso a la declaratoria de nulidad del aparte normativo que fija el número máximo de personas integrantes del consorcio o de la unión temporal porque no pretendió restringir la participación de los particulares sino exigir un nivel técnico y profesional más alto, puesto que para la obra que se pretendía ejecutar, la capacidad técnica requería oferentes con suficiente experiencia y habilidad en el manejo de la ejecución de la obra; que además no existe disposición legal que prohíba la limitación en el número de participantes que conformen un consorcio o una unión temporal (fls. 163, 172 a 175, cdno. ppal.).

6. Actuación procesal en segunda instancia.

Concedido el recurso, se admitió el 21 de agosto de 1998; luego se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, por auto de 24 de marzo de 1999; sólo alegó el MINISTERIO PÚBLICO (fls. 179 y 188, cdno. ppal.).

LA PROCURADORA SEGUNDA delegada ante el Consejo de Estado solicitó la confirmatoria de la sentencia porque el pliego de condiciones al establecer límite al número máximo de integrantes del consorcio o de la unión temporal oferente, transgredió los artículos 6º y 7º de la Ley 80 de 1993, porque sólo fija el límite mínimo de dos personas y, por lo tanto, no es de recibo la justificación de la entidad demandada sobre la exigencia de un nivel técnico y profesional más alto, toda vez que contraviene la norma superior, siendo que si esa era la intención debió, en cambio, analizar y sopesar objetivamente los factores atinentes a la experiencia, organización, capacidad técnica y disponibilidad de equipos que tuviese cada una de las personas que concurrió a la licitación.

Señaló que el demandado tampoco logró desvirtuar las consideraciones que efectuó el tribunal para anular la capacidad de contratación exigida en porcentaje del 51.1%, pues lo cierto es que ninguna norma prevé este tipo de exigencia ni faculta a la administración para establecerla, de hecho se permite el derecho de asociación de personas naturales y jurídicas, que en forma independiente no llenarían los requisitos para licitar.

Advirtió que si bien el Decreto 679 de 1994 (art. 3º), reglamentario de la Ley 80 de 1993, permite a la administración establecer en los pliegos de condiciones los requisitos objetivos para licitar, ocurre que los actos demandados carecen, en algunos de los apartes demandados, de objetividad y justificación razonable, con mayor razón si se tiene en cuenta que legalmente está prevista la responsabilidad solidaria de los integrantes de los consorcios y uniones temporales; de tal suerte, que en últimas el interés de la Administración debe recaer sobre la capacidad máxima de contratación que garantice la ejecución total del contrato (fls. 192 a 202, cdno. ppal.).

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado y los presupuestos procesales se encuentran cumplidos se procede a decidir previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el Departamento del Tolima frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el día 27 de abril de 1998 por la cual se declararon nulos algunos apartes del artículo 2º del Decreto Departamental del Tolima N° 522 de 1995, expedido por el gobernador, y del modificado, artículo 4º del Decreto 470 del mismo año, por el cual se ordenó la apertura de la licitación pública y del pliego de condiciones de la licitación pública DTST N° 07 de 1995.

A. Competencia.

El Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia del fallo que decidió la demanda promovida en ejercicio de la acción de simple nulidad frente a acto del orden departamental, como así lo disponen los artículos 129-1 y 132-1 del Código Contencioso Administrativo. Y la competencia para decidir **está restringida a los aspectos que le fueron desfavorables al apelante único**, esto es sobre los apartes normativos que el tribunal anuló, de acuerdo con lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que consagra el *principio de la non reformatio in pejus*, al disponer que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

B. Actos acusados.

DECRETO 470 DE 26 DE MAYO DE 1995 “Por medio del cual se ordena la apertura de la licitación pública DTST número 07 de 1995”, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima:

CONSIDERANDOS:

“Que el 30 de diciembre de 1994, entre el Instituto Nacional de Vías y el Departamento del Tolima, se suscribieron los contratos números 1000 del 30 de diciembre de 1994, para la pavimentación de la carretera Palocabildo-Falan; y 0168 de 15 de marzo de 1995, para la construcción, pavimentación de la carretera San Felipe Falan-Palocabildo.

Que en cumplimiento de los contratos interadministrativos 1000 de 1994 y 0168 de 1995, se hace necesario contratar la pavimentación del sector Falan-Palocabildo de la carretera San Felipe-Falan-Palocabildo.

Que existen los certificados de disponibilidad presupuestal números 1370, 2205 de 1995, expedidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por la suma de \$ 671'.950.000,00, para tal fin.

Que mediante Ordenanza número 029 del 24 de mayo de 1995, la Honorable Asamblea, autorizó al Gobernador para comprometer presupuesto de vigencias futuras, lo cual se regulará para este proyecto.

Que el presupuesto oficial para esta obra se ha estimado en la suma de \$ 620'.388.430,00. En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR LA APERTURA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA DTST NÚMERO 07 DE 1995, cuyo objeto es la pavimentación, del sector Falan-Palocabildo de la carretera San Felipe-Falan-Palocabildo.

ARTÍCULO SEGUNDO. El proceso licitatorio se desarrollará con fundamento en las normas de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO TERCERO. Señalar el día 14 de junio de 1995, a las 8:00 a. m, como fecha de apertura de la licitación para el cierre de la licitación, en la oficina de contratos de la Secretaría de Transporte del Tolima, gobernación 2º piso.

ARTÍCULO CUARTO. Podrán participar personas naturales, jurídicas, consorcios o uniones temporales de hasta dos personas, sean naturales o jurídicas, debidamente inscritas, calificadas, clasificadas y vigentes en el Registro de la Cámara de Comercio de su jurisdicción, a la fecha de cierre de la Licitación, deben poseer un K disponible 7.824 SMLV, en la especialidad 08, Obras de Transporte y Complementarios, Grupo 03, pavimentos flexibles.

Para el caso de consorcios o uniones temporales, se entiende por K, la suma de los K que cada uno de los componentes, teniendo uno de ellos al menos el setenta por ciento (70%) del K exigido.

ARTÍCULO QUINTO. El pliego de condiciones tendrá un valor de doscientos mil pesos (\$ 200.000,00) m/cte. y valor copia adicional cincuenta mil pesos (\$ 50.000,00) m/cte.

ARTÍCULO SEXTO. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición” (fl. 14 vto, cdno. ppal.).

El artículo 4º, transcrito, del DECRETO 470 DE 26 DE MAYO DE 1995 que expidió el Gobernador del Departamento del Tolima fue modificado por el **DECRETO 522 DE 13 DE JUNIO DE 1995**, en los siguientes términos:

*“Podrán participar personas naturales, jurídicas, **consorcios o uniones temporales de hasta cinco personas**, sean naturales o jurídicas, debidamente inscritas, calificadas, clasificadas y vigentes en el registro de la cámara de comercio de su jurisdicción, a la fecha de cierre de la licitación, deben poseer un K disponible de 6.520 SMLV, en la especialidad 08, obras de transporte y complementarios, grupo 03, pavimentos flexibles.*

Para el caso de consorcios o uniones temporales, se entiende por K, la suma de los K que cada uno de los componentes, teniendo uno de ellos al menos el cincuenta y uno por ciento (51.1%) del K exigido”.

B(sic). Excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción.

1.El apelante único —Departamento del Tolima— propuso como hecho exceptivo la indebida escogencia de la acción, y el tribunal estudió el punto en la parte considerativa pero no resolvió expresamente en la parte resolutive de la sentencia.

El Consejo de Estado entrará en el análisis de la excepción propuesta por el demandado porque fue extremo procesal que le fue desfavorable en primera instancia, toda vez que el tribunal por sus consideraciones de desestimación del hecho exceptivo, abrió paso, por contera, al estudio de las pretensiones de la demanda. En casos como éste, cuando el *a quo* ha negado implícitamente las excepciones procesales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

'En efecto el a quo, previo al análisis del fondo del asunto, estudió y decidió en la sentencia apelada (fls. 393 a 397) las excepciones propuestas de 'caducidad por presentación extemporánea', 'caducidad por no interrupción de la prescripción' y 'falta de legitimación en la causa', en el sentido de no darles prosperidad, sin que puedan aceptarse los argumentos de la apelante, referentes a que no hubo decisión sobre las excepciones en la parte dispositiva de la sentencia, toda vez que, el hecho de que el tribunal no hubiera incluido dicha decisión en la parte resolutive de la providencia, no determina la pretendida ausencia de decisión, pues como ya se dijo, el a quo en la sentencia analizó todas y cada una de ellas, de acuerdo con lo establecido en las normas anteriormente citadas, y su decisión de no darles prosperidad permitió el estudio del fondo del asunto, el cual culminó con la declaratoria de nulidad del acto acusado'⁽¹⁾.

2. EL ACTO DE APERTURA DE LA LICITACIÓN como LOS PLIEGOS DE CONDICIONES demandados, datan de 1995 es decir que se expidieron dentro de la vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 446 de 7 de julio de 1998. Y se advierte sobre esta última ley porque el legislador clarificó en ella aspectos que antes fueron decantados por la jurisprudencia. A título enunciativo la Ley 446 de 1998 estableció la viabilidad de demandar en "acción de nulidad" o de "nulidad y restablecimiento del derecho" los actos precontractuales.

En el texto original del artículo 77 de la LEY 80 DE 1993 se observan las acciones procedentes frente a los distintos actos:

- Los actos administrativos que se producen con motivo u ocasión de la actividad contractual: sólo son susceptibles de ser enjuiciados por la ACCIÓN CONTRACTUAL;

- El acto de adjudicación: podrá impugnarse mediante el ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

- Y para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos expedidos dentro de la actividad contractual: no es necesario demandar el contrato.

"ARTÍCULO 77 DE LA LEY 80 DE 1993:

“DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. *En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

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

PARÁGRAFO 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.

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

De tal disposición además se concluye que el legislador se refiere en forma diferente tanto frente a los actos administrativos que se profieren con ocasión de la actividad contractual (para ser demandados en ejercicio de la acción contractual), como frente a los actos administrativos que devienen en la o de la actividad contractual (para ser demandados en ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho). Así los primeros actos enunciados surgen a la vida jurídica luego de que el contrato se celebra y, los segundos nacen antes del contrato, y se denominan actos separables o precontractuales.

Esas consideraciones se apuntalan con el contenido del numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que contiene expresiones distintivas frente a los actos que se expiden **en la** actividad contractual y los que se expiden **con ocasión de la** actividad contractual, cuando refiere a la motivación, salvo a los de mero trámite; en efecto, el numeral 7º dice: “Los actos administrativos que se expidan **en la** actividad contractual **o con ocasión** de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”.

Por consiguiente se reitera que los actos administrativos expedidos **con ocasión de la actividad contractual** son los propiamente contractuales, y que los expedidos **en la actividad contractual** son los separables o precontractuales.

3. La jurisprudencia de la Corporación ha sido prolija al respecto, al manifestarse frente a los ACTOS SEPARABLES y frente a las acciones que pueden ejercerse para demandarlos:

EN EL AÑO DE 1991, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en auto de 10 de mayo⁽²⁾, al definir cuál era el tribunal competente para conocer de la demanda contractual frente al acto que declaró la realización del riesgo, consideró que con la expedición del Decreto-Ley 2304 de 1989, que reformó el Código Contencioso Administrativo, se suprimió la referencia a los actos separables que hacía el artículo 87 original del Código Contencioso Administrativo, pero esa referencia se mantuvo por vía jurisprudencial. Se dijo: *“entiende la Sala por actos administrativos relativos al contrato, los que se dictan dentro de la operación contractual y por actos separables los que aun siendo relativos al contrato, se profieren dentro de la etapa precontractual”*. Y destacó que los actos contractuales son los que se profieren dentro de la actividad contractual, esto es los que se dictan en desarrollo y ejecución del contrato y que se impugnan mediante las acciones relativas a contratos.

EN EL AÑO DE 1996, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 18 de abril de 1996⁽³⁾, en aplicación de la jurisprudencia sobre “teoría de fines y móviles de 1961”, estimó que los actos precontractuales son separables del contrato por ser previos a su celebración y pueden existir sin que el contrato llegue a celebrarse y son demandables bajo las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho; y que son actos contractuales los que expide la Administración contratante luego de la celebración del contrato; su existencia no puede entenderse sin la existencia del contrato y varían o inciden en la relación negocial y se enjuician mediante la acción contractual.

EN EL AÑO DE 1997, la Sección Tercera:

En auto de 6 de agosto⁽⁴⁾ en el cual revocó por vía de apelación el rechazo de la demanda, promovida en ejercicio de la ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD contra el ACTO QUE ORDENÓ LA APERTURA DE LA LICITACIÓN y el PLIEGO DE CONDICIONES, y, en su lugar, la admitió, indicó que sí era la acción propuesta.

Meses después, en sentencia de 4 de septiembre de 1997⁽⁵⁾, frente al acto de adjudicación y de varios contratos revocó la sentencia que declaró la nulidad del acto de adjudicación y, en su lugar, se inhibió por ineptitud sustantiva de la demanda porque en realidad el fallo fue extrapetita, toda vez que el demandante no solicitó la nulidad de ese acto. Sostuvo que el acto de adjudicación del contrato, con la reforma que introdujo el Decreto-Ley 2304 de 1989, se podía demandar como acto separable; se refirió a lo acontecido sobre el acto de adjudicación bajo la vigencia de los decretos leyes 01 de 1984 y 2304 de 1989, para

luego abordar la regulación de la Ley 80 de 1993 e indicar que de acuerdo con el PARÁGRAFO 1º del artículo 77 sí es procedente la acción de nulidad absoluta que instaure un tercero, sin que pueda pretender consecuencias indemnizatorias ante la prosperidad de la pretensión. Precisó que si los perjuicios que alega el demandante derivan del acto de adjudicación y del contrato celebrado se debe tener en cuenta lo siguiente:

*“el artículo 44 ordinal 4º de la Ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, por ejemplo, el acto de adjudicación, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, **para este propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio**”.*

Resulta interesante, aunque implica una referencia anacrónica de la evolución jurisprudencial en comento, el seguimiento del proceso N° 9.118 que invocó el demandante:

EN EL AÑO DE 1994, LA SECCIÓN TERCERA, EN AUTO DE 10 DE MARZO⁽⁶⁾, por vía de súplica ordinaria revocó el auto inadmisorio de la demanda, para en su lugar, admitir la demanda de **nulidad simple** contra algunas de las cláusulas del pliego de condiciones; la providencia efectuó el siguiente recuento:

“Los actos administrativos unilaterales originados en los contratos en que son parte las entidades públicas, han tenido, desde el punto de vista de su régimen de control jurisdiccional, un destino variable que, en parte, ha corrido la suerte de los propios contratos.

La Ley 167 de 1941 los excluyó del control ante la jurisdicción contencioso administrativa (art. 73, ord. 1º) dejándolos al conocimiento - con la totalidad de los litigios contractuales - de la jurisdicción ordinaria....;

el Decreto 528 de 1964 modificó sustancialmente esta situación, pues trasladó el conocimiento de las controversias contractuales, en cuanto nacieran de un contrato administrativo, a esta jurisdicción, dejando en manos de la jurisdicción ordinaria..., el conocimiento de los asuntos contenciosos de mero derecho privado en que intervinieran como partes la Nación, una entidad territorial o un establecimiento público; por ese camino adquirió también la

*atribución de examinar y controlar los actos unilaterales expedidos durante el procedimiento contractual; de este modo obtuvo importancia la distinción entre los contratos administrativos y los de derecho privado de la administración... y la preocupación por determinar los mecanismos procesales idóneos para el examen jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos unilaterales expedidos para su celebración, ejecución o liquidación. **La carencia inicial de acciones contractuales alejó toda discrepancia en cuanto al uso de las acciones de nulidad simple y de plena jurisdicción, para el indicado propósito; desde un comienzo se hizo la distinción contrato - acto administrativo unilateral y se esbozó la tesis de los llamados actos separables del contrato**".*

- En ese entonces, la Sección Tercera del Consejo de Estado: trajo a colación jurisprudencias: de 1969, para indicar que los actos que autorizan el contrato admitían la acción de nulidad con el fin de declararlos ajustados o no al procedimiento y a las competencias **sin que pueda invadirse la controversia contractual** la cual se reservaba, en forma privativa, al juez contractual; y jurisprudencia de 1978, para recordar que la acción pública de nulidad es improcedente en relación con contratos o convenciones administrativas como sí procede frente a los actos separables, al igual que la entonces llamada acción de plena jurisdicción (hoy nulidad y restablecimiento del derecho). Se refirió a la vigencia de los decretos leyes 222 de 1983 y 01 de 1984 (art. 87 y 136), estatutos que distinguieron entre los actos contractuales propiamente dichos y los actos separables y que condicionaron la impugnación jurisdiccional del acto separable (distinto al de adjudicación) a que el contrato estuviera terminado o liquidado y que, por ende, la **acción debía ser la contractual**, mientras que el acto de adjudicación podía ser enjuiciado, por disposición expresa, a través de las acciones impugnatorias es decir para el ataque de la legalidad. Y concibió como acto separable al acto administrativo dictado con anterioridad al contrato y como acto contractual propiamente dicho o no separable al que se produjera en las etapas de ejecución y liquidación.

- Luego la misma providencia destacó que con la expedición del Decreto-Ley 2304 de 1989, modificadorio de los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo, se eliminaron los textos anteriores, pero la situación entre actos contractuales y los actos separables continuó igual, salvo en cuanto permitió la impugnación de la legalidad de los actos separables desde la expedición y abolió entonces el sometimiento del ejercicio de la acción a la terminación o liquidación del contrato y puntualizó que *"dentro de este contexto se admitieron*

demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliego de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o el concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado”, pero que lo demás continuó igual, es decir:

— se podían cuestionar los ACTOS SEPARABLES con independencia del contrato, a través de las acciones previstas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo y también

— se podían cuestionar los ACTOS SEPARABLES como fundamento de la nulidad del contrato, caso en el cual se entendía que la acción era contractual.

• Asimismo la providencia abordó el estudio del caso bajo la LEY 80 DE 1993 e indicó, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 77, que los actos administrativos de la actividad contractual sólo son objeto de acción contractual; explicó que son dos vías de interpretación, las que se emplean en el tratamiento del acto separable en materia contractual: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA por la cual *la actividad contractual* es únicamente la que se cumple después de la celebración del contrato, lo que significa que los actos previos están por fuera de la acción contractual y se demandan sólo mediante las acciones de *nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho*. E, INTERPRETACIÓN AMPLIA: que comprende toda la actividad contractual, esto es los todos los actos antecedentes, concomitantes y posteriores; y concluyó que de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, los actos producidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son todos, esto es, tanto previos como posteriores a la celebración del contrato, y se someten a la acción contractual. Por ende los actos previos, solo pueden enjuiciarse una vez celebrado el contrato conjuntamente con éste, salvo el acto de adjudicación. Pero con el Decreto-Ley 2304 de 1989 se dejó abierta la posibilidad de impugnación de los actos desde su expedición, es decir que *“hoy, la ley toma partido por un camino intermedio: los actos administrativos que son fruto de la actividad contractual (el problema se presenta respecto de los previos), son impugnables luego de la celebración del contrato, mediante la acción contractual no hay necesidad de atacar, con ellos, el contrato, pero este será nulo de nulidad absoluta cuando ‘se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (art. 44-4), evento en el cual, ‘el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato... y ordenar su liquidación en el estado en que se*

encuentre' (inc. 2º del art. 45). Previsiones como éstas buscan, sin duda, dar eficacia al control jurisdiccional de los actos previos (lo que no siempre ocurría con la legislación anterior), sin entorpecer la actuación administrativa en el procedimiento contractual".

- Señaló que antes de la Ley 80 de 1993, los actos separables eran susceptibles de impugnación por la acción de nulidad desde el momento de su expedición y que después de la expedición de la Ley 80 sólo se pueden demandar por acción contractual, salvo en los tres casos específicos previstos en la misma: actos de clasificación y calificación de proponentes, acto de adjudicación y acto de declaratoria de desierta la licitación o el concurso.

EN EL AÑO DE 1997, LA SENTENCIA ⁷ DE ESE MISMO PROCESO 9.118 negó las pretensiones de la demanda; acogió la interpretación restrictiva, para el entendimiento de las expresiones “actividad contractual” de la Ley 80 de 1993 y para poder diferenciar el acto separable del acto contractual, apartándose de la interpretación amplia utilizada en los autos inadmisorio y revocatorio en súplica que le antecedieron a la sentencia dentro del mismo proceso, que consideraron la imposibilidad de controlar la legalidad de los actos previos por vía de la acción de simple nulidad, porque sólo eran enjuiciables mediante la acción contractual

- Precisó, que bajo la interpretación restrictiva son ACTOS CONTRACTUALES los que se expiden con posterioridad a la celebración del contrato, esto es en la etapa de ejecución; que son demandables únicamente a través de la acción contractual y a través de la persona legitimada propia es decir que sea “*parte del contrato*”; concluyó que los actos contractuales no son susceptibles de control por vía de simple nulidad y que por lo tanto, los ACTOS PREVIOS A LA CELEBRACIÓN O SEPARABLES o PREVIOS DEL CONTRATO se someten al contencioso de *nulidad* y de *nulidad y restablecimiento del derecho*, y que pueden ser demandados por la persona legitimada: en primer término por cualquiera y en segundo término por la afectada.

- Y advirtió, de una parte, que las providencias de la Sala anteriores a la sentencia que se dicta, en el proceso 9118, predicaban la interpretación amplia e incluían a todos los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual, salvo en los tres eventos de ley mencionados, que sólo podían demandarse mediante las acciones impugnatorias dirigidas contra la presunción de legalidad. Y, de otra parte, indicó la variación jurisprudencial, para dictar la sentencia (proceso 9118), al aceptar la impugnación de los ACTOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS, como el de apertura de la licitación, a

través de la acción de simple nulidad (art. 84 CCA). En apoyo de esta consideración reiteró el **auto de 6 de agosto de 1997** (Exp. 13.495) y concluyó que en esta oportunidad la Sala optó por la interpretación restrictiva de la expresiones “actividad contractual” contenidas en la Ley 80 de 1993, que implican que dicha actividad sólo cobija a los actos que se expidan con posterioridad a la celebración del contrato y se fundamentó en el preámbulo de Carta Política sobre el derecho de participación, el numeral 6º del artículo 40 y el artículo 85 ibídem sobre el derecho inmediato de todo ciudadano a participar en el control del poder político a través de las acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, en armonía con la previsión legal de ese control político al que aluden los artículos 45 y 66 de la Ley 80 de 1993.

- Luego, la Sala al descender a lo particular de ese caso y a las normas específicas de la contratación, trajo, a título explicativo, las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que plasman la interpretación restrictiva de las expresiones de actividad contractual; invocó los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993:

- **24 numeral 7º**, porque separa conceptualmente la actividad contractual de los actos previos o separables, frente a la del contrato “*redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicomprendiva de todo tipo de actos*”;

- **26 numeral 5º**, porque determina la responsabilidad del jefe o representante de la entidad estatal en la dirección y manejo tanto en la actividad contractual como en los procesos de selección “*de donde se desprende que unos son los actos expedidos con motivo de la actividad contractual y otros los actos previos correspondientes al proceso de selección*” y el artículo

- **41 ibídem**, porque en el sentido puramente gramatical de las expresiones “*actividad contractual*” sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se ha elevado a escrito.

LA SECCIÓN TERCERA en época más reciente, en el año de 2001, en **sentencia de 20 de septiembre**⁽⁸⁾, negó las súplicas de la demanda de nulidad simple en única instancia, contra unos adendos a los términos de referencia de una convocatoria pública y advirtió que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y

“de conformidad con lo afirmado por la Sala, en relación con la procedencia de la acción de simple nulidad respecto de los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato (actos separables del contrato), la acción ejercitada por la parte actora con el objeto de que se declare la nulidad parcial de un acto

precontractual es procedente. La demanda se presentó oportunamente porque la acción de simple nulidad no estaba sometida a término de caducidad y los sujetos que ejercitaron la acción están legitimados al efecto porque el ejercicio de esta acción pública no exige una calidad particular”.

4. EN EL CASO CONCRETO, la Sala observa que la persona jurídica que demandó, en ejercicio de la acción de la acción de simple nulidad, es ajena al proceso licitatorio, pues está probado que él no fue parte del trámite licitatorio, como se evidencia, **de una parte**, de los considerandos del contrato en los cuales se aludió a la resolución 154 de 15 de agosto de 1995, en la cual da cuenta de que la sociedad actora no fue oferente (fls. 17 y 81 a 82, cdno. ppal.) y, **de otra parte**, del contrato mismo, de 6 de septiembre de 1995, en el cual consta que fue adjudicatario HERNANDO OLMOS MILLÁN (documento público, fls. 2 a 17, cdno. 1).

Luego del supuesto fáctico probado, esto es de que el demandante en acción de simple nulidad no fue parte del proceso licitatorio, es necesario aplicar la teoría de SEPARABILIDAD DEL ACTO DE APERTURA DE LICITACIÓN y de la posibilidad de que puede ser objeto de acusación mediante las acciones impugnatorias de legalidad. Se hace esta precisión para poder concluir sobre la excepción de ejercicio indebido de la acción propuesta por el demandado (Departamento del Tolima).

Frente al ACTO DE APERTURA DE LA LICITACIÓN, ha clarificado la jurisprudencia y desde tiempo atrás, que si bien es de **mero trámite**, lo cual lo excluiría en principio ser conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 135, 49 e inc. final art. 50 CCA), a veces es susceptible de ser enjuiciado cuando contenga decisiones sobre el fondo del asunto o que pueden afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal. Enseguida se resaltan apartes jurisprudenciales sobre la afectación por parte de un ACTO DE APERTURA DE LA LICITACIÓN a los principios de selección objetiva:

- En auto de 6 de agosto de 1997⁽⁹⁾, por medio del cual se admitió la demanda de nulidad simple contra el acto de apertura de una licitación, la Sala indicó:

*“aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, **restrinja indebida o ilegalmente esa participación**. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.*

En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

Esas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la Ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamentan. En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 4º del artículo 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse por cualquier persona, en acción de simple nulidad (art. 84 CCA).

En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de APERTURA DE UNA LICITACIÓN O CONCURSO Y DE ADOPCIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES....”.

- Tal planteamiento jurisprudencial se retomó, en forma textual, en sentencia de esta Sección, Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 20 de septiembre de 2001⁽¹⁰⁾, que decidió la demanda de nulidad simple que se instauró contra los ADENDOS DE UNA CONVOCATORIA PÚBLICA.

Definida la procedencia de la ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD FRENTE AL ACTO SEPARABLE⁽¹¹⁾, hay lugar a declarar no probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, toda vez que la demanda se dirigió, entre otros, contra el acto de apertura de la licitación que fijó límites a la participación de oferentes.

D. Cargos contra los actos acusados.

- **La demanda.**

Formalmente adujo cuatro censuras pero la Sala abordará el estudio en forma unificada debido a que aquellas confluyen casi en forma exacta en la invocación normativa y en la argumentación de la violación.

LA DEMANDA: En primer lugar aseguró que el Gobernador del Departamento del Tolima desacató plenamente la Constitución y la ley al convocar la licitación pública, porque desconoció las atribuciones de ordenar la apertura de un proceso licitatorio con condiciones que no autorizaron el constituyente y el legislador y que están por fuera de la observancia de los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de oferentes asociados. Y, en segundo lugar, imputó, en forma concreta, la violación de los siguientes artículos: 2º, 6º, 38, 121,

122, 123 inciso 2º y 333 de la Constitución Nacional; 3º, 6º y 7º, 22.3 y 24 numeral 5º y 28 de la Ley 80 de 1993; 3º del Decreto Reglamentario 679 de 1994 y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo por las irregularidades en la apertura de la licitación pública DTST 07 de 1995. Y en el desarrollo de las censuras señaló que el quebranto normativo se da por lo siguiente:

- **Porque los actos acusados limitan el número máximo de integrantes en los CONSORCIOS y UNIONES TEMPORALES oferentes:** Se explicó que el Gobernador del Departamento del Tolima desconoció elementales conceptos orientadores del Estado de Derecho, desconocimiento que debe conducir a la nulidad de los actos acusados; ignoró el principio de legalidad en la convocatoria de la licitación, debido a que si la ley de contratación estatal permite a las personas, consideradas legalmente capaces, para celebrar contratos con las entidades estatales, incluidos los consorcios y las uniones temporales, los cuales se dan con la integración conjunta de mínimo de dos personas; los actos acusados no tenían por qué imponer implícitamente exigencias subjetivas y requisitos que son no legales para la participación, requisitos que además violan el derecho constitucional de asociación (art. 38), los fines del Estado (art. 2), el derecho a la libre empresa (art. 333), y la prohibición constitucional de exigir requisitos adicionales para su ejercicio (art. 84).

- **Porque los actos acusados exigen que uno de los integrantes del consorcio o de los asociados tenga un porcentaje mínimo del 51.1% de la capacidad de contratación:** Se desarrolló este reproche bajo la argumentación de que esa exigencia no es objetiva, transgrede el principio de legalidad, cae en exceso en el ejercicio de las funciones y olvida que la ley es la encargada de señalar los parámetros de la capacidad máxima de contratación, y que la autoridad sólo debe verificar la información contenida en el certificado de la cámara de comercio y en la formulación de clasificación y calificación.

- **Porque el Gobernador del Tolima al expedir los actos acusado incurrió con desviación de poder porque obró con interés administrativo diverso al señalado en la ley:** Se fundamentó esta acusación en que los móviles de la actuación fueron diversos a los que señala el ordenamiento jurídico; se desvió la actuación, probablemente desconociendo los marcos teleológicos, generales y los particulares, contrariando los fines del Estado (art. 2º, C.N.), los fines de la contratación estatal y la forma de interpretación de las reglas contractuales como son el cumplimiento de fines estatales, la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de esos fines, los principios de buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos por ser contratos conmutativos (arts. 3º y 28 Ley 80/93) y se agregó que “el señor Gobernador no tuvo en cuenta el fin normal de la contratación sino que para evitar la incertidumbre confesada que le producía la ingeniería tolimese la excluyó”.

- **El a quo declaró.**

En primer término, la nulidad parcial del artículo 2º del Decreto Departamental del Tolima N° 522 de 1995, modificatorio del artículo 4º

del Decreto Departamental 470 de 1995 por medio del cual se dio APERTURA A LA LICITACIÓN pública DTST número 07 de 1995 para la construcción y pavimentación del sector Falan, sólo en cuanto a los apartes que enseguida se subrayan:

“ARTÍCULO CUARTO. Podrán participar personas naturales, jurídicas, consorcios o uniones temporales de hasta cinco personas, sean naturales o jurídicas, debidamente inscritas, calificadas, clasificadas y vigentes en el registro de la cámara de comercio de su jurisdicción, a la fecha de cierre de la licitación, deben poseer un K disponible 6.520 SMLV, en la especialidad 08, obras de transporte y complementarios, grupo 03, pavimentos flexibles.

Para el caso de consorcios o uniones temporales, se entiende por K, la suma de los K que cada uno de los componentes, teniendo uno de ellos al menos el cincuenta y uno por ciento (51.1%%) del K exigido”.

Y en segundo término el a quo también declaró la nulidad parcial de los numerales 2.2.2 y su nota y 3.2.2 de la licitación pública DTST N° 007 de 1995, que estaban contenidas en el PLIEGO DE CONDICIONES, cuyo texto se transcribe:

“2.2. CONDICIONES GENERALES PARA PROPONER:

‘2.2.2. A la fecha de cierre el proponente deberá estar clasificado en la especialidad 08 obras de Transporte y complementarios, grupo 03, pavimentos flexibles. Con una calificación cuyo K (capacidad máxima de contratación) disponible sea superior a 6.520 SMLV.

Para los consorcios las firmas deberán estar clasificadas en la misma especialidad y uno de ellos deberá tener el K mínimo del 51.1% del requerido en el inciso anterior.

NOTA: Para el caso de Consorcio o Uniones Temporales se entiende por ‘k’ la suma de los ‘k’ de cada uno de los componentes, teniendo uno de ellos por lo menos el 51.1% del ‘k’ exigido” (fl. 34, cdno. ppal.).

“3.2 REQUISITOS DEL PROPONENTE:

3.2.2. Consorcio o Unión temporal: Para esta licitación está autorizada la presentación de propuestas en consorcio o en unión temporal de hasta dos personas sean naturales o jurídicas, el consorcio o unión temporal tendrá una calificación igual a la suma de las calificaciones individuales de sus miembros, exigiéndose que el ‘k’ mínimo de una de las personas sea al menos el 51.1% en las categorías exigidas” (fl. 37 vto, cdno. ppal.).

- **La sala.**

1. Vistos los diversos supuestos fácticos en la formulación de los cargos, se evidencia que el tercero de ellos, referente a la desviación de poder, se conecta con los otros dos, en tanto la fijación de un número único de integrantes de los consorcios y de las uniones temporales, como la exigencia del porcentual del k de contratación, son instrumentos que, para el actor, excluyen la participación de la ingeniería Tolimense.

2. Para definir unitariamente la acusación, se iniciará con el estudio de las normas legales que se indicaron como quebrantadas y que regulan la materia, en tanto los mandatos constitucionales que se señalaron como vulnerados contienen principios y derechos toda vez que aluden a lo siguiente: el artículo 2º a los fines del Estado; el artículo 6º al principio de responsabilidad jurídica; el artículo 38 al derecho de asociación; el artículo 121 al principio de legalidad de las actuaciones estatales; los artículos 122 y 123 inciso 2º refieren al desempeño de funciones públicas, y el artículo 333 alude a la Iniciativa privada y libertad de empresa.

LEGALMENTE, la invocación normativa de la demanda recayó en algunos artículos originales de la LEY 80 DE 1993 y del DECRETO REGLAMENTARIO 679 DE 1994, disposiciones que eran las vigentes al momento de que se expidieron los actos, **esto es el año de 1995**.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO que contiene la censura debe solucionarse determinando los siguientes aspectos: **si la administración puede fijar en los pliegos de condiciones un número plural único máximo de integrantes en los consorcios y en las uniones temporales**, cuando las disposiciones superiores invocadas como transgredidas sólo hacen referencia a que la conformación de dichas figuras asociativas es de **dos o más personas**; y **si se aleja del criterio de selección objetiva del contratista**, la exigencia de la entidad pública en los pliegos de condiciones para que uno de los integrantes del consorcio o de la unión temporal posea el 51.1% de la capacidad de contratación. Para desarrollar esos puntos se estudiarán tres aspectos, en los siguientes literales: a, b y c.

a. ¿LIMITANTE AL NUMERO MÁXIMO DE ASOCIADOS EN LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES? En lo que atañe con la conformación del consorcio o de la unión temporal, los artículos 6º y 7º de la Ley 80 de 1993⁽¹²⁾ señalan:

Ley 80 de 1993

ART. 6º—De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.

ART. 7º—De los consorcios y uniones temporales. *Para los efectos de esta ley se entiende por:*

1. Consorcio: *Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*

2. Unión temporal: *Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.*

PAR. 1º—*Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.*

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

PAR. 2º—Derogado. Ley 223 de 1995, art. 285.

PAR. 3º—*En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios”.*

El consorcio y la unión temporal son formas asociativas, sin personería jurídica, que se emplean en la contratación estatal y cuya capacidad se predica exclusivamente, por ley, **para contratar con el Estado**⁽¹³⁾. El legislador Colombiano, en los antecedentes que dieron origen a la Ley 80 de 1993, de una parte, explicó que el proyecto mantiene los principios de las disposiciones vigentes es decir que acepta como contratista a todas

aquellas personas a quienes la ley les otorgue capacidad para obligarse por sí mismas “en tanto la incapacidad será la excepción”⁽¹⁴⁾; y, de otra parte, se refirió frente a las figuras asociativas al aludir a lo siguiente:

*“Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y el comercio de la llamada ‘ventaja corporativa’ ha provocado la aludida especialidad. En razón de ello, **cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios”.***

Entrando en materia, se observa que el concepto jurídico contenido en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993 referente a las expresiones “**cuando dos o más personas**”, fue desarrollado en el artículo 3º del Decreto Reglamentario 679 de 1994. En efecto:

La Ley 80 de 1993 no estableció en el artículo 7º un límite máximo de personas para la conformación de consorcios y uniones temporales, pues sólo indicó el mínimo, al señalar: “*cuando dos o más personas*”.

El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, dispuso, en el artículo 3º, que “*de conformidad con el numeral 5º, literal a), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales*”. Esta disposición permite, entonces, que el operador administrativo SEÑALE en los pliegos de condiciones REQUISITOS OBJETIVOS para la participación de los consorcios, los cuales podrán dar lugar a determinar cuál será el número de personas, **dos o más**, integrantes de los consorcios o de las uniones temporales, por lo siguiente:

La finalidad del ARTÍCULO 7º DE LA LEY 80 DE 1993 al permitir la asociación de personas para la conformación de consorcios o uniones temporales **no solo es** la de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos

y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto, como así se anotó en la Gaceta del Congreso, **sino** que también la finalidad es la de asegurar a la administración contratante, mediante la solidaridad creada en su favor entre los CONSORCIADOS o los UNIDOS TEMPORALMENTE respecto al cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado.

Por ello cuando el Decreto Reglamentario 679 de 1994 autorizó a la administración a que en los pliegos de condiciones o términos de referencia pueda establecer REQUISITOS OBJETIVOS para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales, desarrolló el alcance legal de las expresiones “**dos o más**”, contenidas en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, los cuales requisitos podrán dar lugar a determinar cuál será el número de personas: dos o más.

Podrá entonces la administración determinar en los pliegos de condiciones requisitos de esa cualificación, esto es OBJETIVOS, tendientes a proteger a la Administración Contratante y a evitar su desmedro futuro, al indicar el número de participantes de personas integrantes de consorcios y uniones temporales —2 o más— previniendo así que la solidaridad legal de los consorcios y uniones temporales no se torne ineficaz. Es así como cada consorciado y cada uno de los unidos temporalmente tiene una capacidad real individual, que no tiene alcance real de garantía efectiva sobre la solidaridad fijada en la ley a favor del contratante, precisamente porque en esas formas de asociación si bien se ve HACIA FUERA la capacidad del consorcio y de la unión temporal, resulta que HACIA ADENTRO del CONSORCIO y de la UNIÓN TEMPORAL, se aprecia la real capacidad de cada uno de sus miembros, por razones obvias, siempre inferior a la de la asociación, por consorcio o por unión temporal.

La solidaridad fijada en la ley para los consorciados y para los unidos temporalmente, según el caso, puede dar lugar al requerimiento administrativo o a la declaración judicial de exigir el cumplimiento o la indemnización, según el evento, y muy seguramente en la realidad material, la previsión legal de solidaridad no tendrá la eficacia buscada por el legislador, en la medida que acrezca el número de participantes, pues si bien a mayor número de participantes es mayor la capacidad del consorcio o de la unión temporal, también a mayor el número de participantes es menor la capacidad individual de estos y, por tanto, aunque la ley predica la solidaridad, que es indiscutible, la realidad de eficacia se torna en improbable en la medida en que la capacidad de

cada consorciado y de cada una de las personas que integran la unión temporal es menor. Por ello aunque la ley los hace solidarios, para los aspectos vistos, la solidaridad jurídica prevista en la ley no augura, por sí sola, la eficacia material de ese tipo de obligaciones, porque cada consorciado o cada integrante de la unión temporal tiene medida cada una de sus capacidades. Por ello, la Administración podrá determinar, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, el número de participantes en la conformación de los consorcios y de las uniones temporales (dos o más).

En efecto:

- LA CAPACIDAD FINANCIERA: se establece con base en el patrimonio, a partir de la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente; y del nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total, con base en la última declaración de renta y el último balance comercial.
- LA CAPACIDAD TÉCNICA: se determina conforme al personal vinculado y a los socios o dueños de la empresa.
- LA CAPACIDAD DE ORGANIZACIÓN: se evalúa conforme con los ingresos operacionales. Y
- LA CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN: resulta de la suma de puntajes obtenidos al evaluar los factores de experiencia, capacidad financiera y capacidad técnica.

En consecuencia, si el ordenamiento jurídico mide, desde otro punto de vista, las capacidades de los integrantes de cada consorcio o de cada integrante de la unión temporal en esos puntos, entre otros, esa misma medida sirve para determinar la capacidad de respuesta en sus obligaciones solidarias pasivas.

Del estudio hecho, son conclusiones obligadas las de que el artículo 7º de la Ley 80 de 1993 sólo estableció el límite mínimo del número de personas para integrar consorcios y uniones temporales y de que el Decreto Reglamentario 679 de 1994 al fijar el alcance de aquella norma legal permite a la Administración fijar REQUISITOS OBJETIVOS en los pliegos de condiciones y en los términos de referencia para la participación de consorcios y uniones temporales, los cuales podrán dar lugar a determinar cuál será el número de personas: **dos o más**.

b. ¿PUEDE LA ADMINISTRACIÓN FIJAR LÍMITE DE PARTICIPANTES PARA CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES? El Consejo de Estado observa que el Estatuto de Contratación Estatal no es un ordenamiento omnímodo de la materia, pues en la exposición de motivos de la ley, se señaló que sólo pretendió recoger **las normas**

fundamentales que fueran la única limitante para propender por la autonomía de la voluntad, sin olvidar la presencia siempre constante del interés público y la necesidad de la colectividad⁽¹⁵⁾ que debe caracterizar a las entidades estatales, de ahí que en la Ley 80 de 1993 se contengan disposiciones que resaltan esa autonomía de la entidad contratante, como el artículo 30, en el cual se le otorga competencia al jefe o representante de la entidad estatal para que ordene la apertura de la licitación y para que elabore los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, que detallan aspectos como el objeto del contrato, la regulación jurídica, los derechos y las obligaciones de las partes, la ponderación y determinación de los factores objetivos de selección y todas aquellas circunstancias que considere necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

Ese marco general de la armonización entre *autonomía-interés público* también es aplicable a las entidades territoriales en el papel de personas estatales contratantes, con mayor razón si se tiene en cuenta que la autonomía territorial se predica, constitucionalmente, para la gestión de los intereses de la entidad territorial, circunscrita a los límites de la Constitución y la ley (art. 287, C.N.), de lo cual deviene que les es posible regular las relaciones contractuales bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993⁽¹⁶⁾, como así lo ha precisado la jurisprudencia constitucional: *“las autoridades locales en punto a la contratación pública, deben sujetarse, entre otras normas, al estatuto general de contratación de la administración pública, plasmado en la Ley 80 de 1993. Dentro del marco de la citada ley, en las distintas etapas y actos del procedimiento contractual, existe un espacio amplio para que las entidades territoriales y los entes pertenecientes a su órbita de acción, puedan de manera autónoma identificar sus necesidades y realizar sus intereses propios”*⁽¹⁷⁾.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 14 de septiembre de 2001⁽¹⁸⁾ expuso claramente la posibilidad de que las entidades contratantes incluyan dentro de los PLIEGOS DE CONDICIONES reglas no previstas en la Ley 80 de 1993, reiterando así el carácter marco de la ley de contratación y el ejercicio de la autonomía en la gestión contractual por parte de la entidad contratante; dijo:

“Dentro de los pliegos de condiciones la administración determina las reglas básicas tanto del negocio jurídico a celebrarse, como aquellas que rigen la selección de oferentes, las cuales deben ser objetivas, justas, claras y completas de manera tal que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva, eviten la declaratoria de desierta de la licitación

o concurso, no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, conforme lo dispone el artículo 24.5 literales b) y e).

Conforme a lo anterior, las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisión de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes⁽¹⁹⁾, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista”.

De tal suerte, que siendo la ley de contratación estatal marco general, las entidades estatales pueden desenvolverse dentro de un criterio de autonomía razonable.

Por consiguiente, siendo clara la competencia otorgada **por la Ley 80 de 1993** a las entidades territoriales para ordenar la apertura de la licitación y para elaborar los pliegos de condiciones correspondientes, y que el **Decreto Reglamentario 679 de 1994**, autoriza a la administración para determinar en los pliegos de condiciones los REQUISITOS OBJETIVOS “*que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales*” (art. 3º), se procede al estudio de los actos acusados y se anticipa que la sentencia será desfavorable a las pretensiones simples de nulidad que prosperaron ante el tribunal.

Para acabar de solucionar el problema jurídico que plantean la demanda y el recurso de apelación del demandado se debe ahondar también en el poder que la Ley 80 de 1993 confirió al licitante público para señalar los requisitos de habilitación o habilitantes, que se dirigen a **determinar la idoneidad del oferente**, en contraste con los requisitos de selección propiamente dichos que presuponen el cumplimiento de los requisitos de habilitación y se dirigen a la favorabilidad o no de la adjudicación⁽²⁰⁾. Los requisitos HABILITANTES permiten al oferente pasar a la segunda etapa; constituyen el filtro para que sólo aquellos frente a quienes se verifiquen superen la etapa inicial, por ser considerados idóneos al cumplir con los requisitos básicos que la entidad licitante considera necesarios para entender que ese individuo será su potencial contratista y que cumplirá su cometido; superada la etapa inicial pasan a ser calificados conforme a la ponderación establecida en los pliegos de condiciones o términos de referencia y estarán frente a los requisitos de selección propiamente dichos, a semejanza de lo que acontece en la

generalidad de los concursos, entre los requisitos de admisión y los de selección⁽²¹⁾. Así que desde el punto de vista de la exégesis, los actos que se demandan, DE APERTURA DE LA LICITACIÓN y de los PLIEGOS DE CONDICIONES, determinaron en ese caso el límite máximo de los integrantes del consorcio o de la unión temporal, **en número de cinco**, y fijaron el porcentaje de capacidad de contratación de uno de los consorciados **en 51.1%**, puntos alusivos a REQUISITOS DE HABILITACIÓN que atañen a la libre concurrencia como principio no absoluto, garante de la participación de todas las personas, quienes a más de interesadas deben acreditar la habilitación que para tal efecto determine la entidad contratante que propende exclusivamente por encontrar el proponente idóneo.

Interesante resulta el planteamiento doctrinario de excepción al principio general de concurrencia, que deriva de la necesidad de asegurar la capacidad y la idoneidad del contratista, las calidades técnicas, económicas, financieras y profesionales del contratista en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contractual: *“es legítimo que atendiendo las características propias del objeto del contrato, la entidad pública circunscriba la participación a una determinada categoría de contratistas... esta restricción será válida siempre y cuando, sea razonable y adecuada al objeto del contrato. Lo que es censurable, es que se limite la participación de los proponentes con la exigencia de calidades profesionales que resulten inocuas para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, lo que genera la nulidad del procedimiento licitatorio”*⁽²²⁾.

Para determinar si la regla administrativa en los pliegos de condiciones de la licitación es absurda o coherente la jurisprudencia constitucional, en la Sentencia T-417 de 1996, aunque denegó las pretensiones por existencia de medio de defensa idóneo, analizó **la ilegitimidad de una CLÁUSULA DEL PLIEGO DE CONDICIONES** con la cual la entidad descentralizada territorial buscó estimular la ingeniería local estableciendo un puntaje determinado a los proponentes que acreditaran residencia o sede de negocios en el municipio, tratamiento que se consideró desproporcionado e irracional, tanto en la finalidad como en el medio empleado, pues atentaba contra los principios *de igualdad de los nacionales y de la libre competencia*, dado que el factor de residencia en nada se relacionaba con la obra pública, y advirtió, desde el punto de la generalidad o marco, la necesidad de analizar cada caso en particular; dijo:

“el fomento de la ingeniería local, en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, de todo lo cual se beneficia el municipio y

sus habitantes, corresponde a una finalidad plausible y que por sí misma no atenta contra la Constitución ni la ley. El medio empleado para alcanzar la finalidad aludida, consistente en reservar un puntaje en el pliego de condiciones en favor de los proponentes que residan en el municipio, puede ser idóneo para obtener dicho propósito, pues mejora la calificación general de las firmas de ingeniería “nativas” y les otorga una ventaja que puede eventualmente resultar decisiva a la hora de decidir la adjudicación... La Corte, por lo tanto, no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación”.

He ahí la razón por la cual determinar la legitimidad de una medida adoptada por la entidad contratante más allá de las directrices de la Ley 80 de 1993 en el pliego de condiciones⁽²³⁾ o en el acto de apertura no siempre resulta sencillo, salvo, claro está, cuando se trata de aquellos casos en que el requisito que se exige es grosero y se presenta en forma diáfana, lo cual no acontece en el caso, por haber limitado el número máximo de los asociados en los consorcios o uniones temporales, AL NÚMERO DE CINCO, dentro:

— De la **previsión de la Ley 80 de 1993** que contempla el número mínimo, esto es de “dos o más personas”⁽²⁴⁾ y que otorga facultades a la administración para señalar reglas objetivas necesarias para la participación de los oferentes en correspondiente proceso de selección. Y

— Del desarrollo reglamentario de ese Estatuto Contractual, a través del **Decreto 679 de 1994**, que indica que en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia, en los cuales por ley se deben fijar reglas claras, se deben contener REQUISITOS también OBJETIVOS, “*de conformidad con el numeral 5º, literal a), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, [] que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales*”.

Por consiguiente, PARA LA SALA hoy: La fijación por la Administración Licitante del número máximo de consorciados o de uniones temporales, como se hizo en los actos acusados expedidos por el Gobernador del Tolima, no contraviene las normas superiores invocadas por el actor (arts. 5º y 7º L. 80/93 y 3ºD. 679/94). Este Decreto Reglamentario 679 de 1994 en consonancia con la Ley 80 de 1993 desarrolla las previsiones legales de determinación de reglas objetivas en los pliegos de condiciones y términos de referencia, necesarias para la participación de los oferentes, dentro de ratio juris y dentro del criterio objetivo del proceso de selección del contratista, “[] para efectos de la

participación de consorcios o de uniones temporales”, requisitos que podrán dar lugar a determinar cuál será el número de personas, **dos o más**.

Por demás los actos acusados, en ese aspecto, no son irracionales: no están por fuera de la *ratio juris* del proceso de selección, ni están alejados del criterio objetivo que debe imperar para la selección del contratista estatal.

c. ¿ES LEGAL LA EXIGENCIA DE “CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN DEL 51.1% EN UNO DE LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO O DE LA UNIÓN TEMPORAL?”:

LA DEMANDA edificó jurídicamente la censura sobre las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993 que aluden al criterio objetivo que debe caracterizar a todo proceso licitatorio:

“ART. 22.3.—De la clasificación y calificación de los inscritos. *La clasificación y calificación la efectuarán las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que expida el gobierno nacional, en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos y se presentará a la respectiva cámara de comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción. La entidad contratante se reservará la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la cámara de comercio y en el formulario de clasificación y calificación.*

La capacidad financiera del inscrito se establecerá con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos para las personas nacionales y en los documentos equivalentes a los anteriores, para las personas extranjeras.

La calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todos los órdenes y niveles.

ART. 24.—Del principio de transparencia. *En virtud de este principio: [...]*

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 (en Sentencia C-721 de 1999, la Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar sobre el literal a) por ausencia de cargos).*

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

ART. 28.—De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

El aparte subrayado se declaró exequible en Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999.

“ART. 3º—De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, **las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales**, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Por su parte, EL DEMANDADO justificó la fijación sobre el porcentual mínimo de la capacidad de contratación de uno de los integrantes del

consorcio o de la unión temporal, en los actos demandados, en la previsibilidad administrativa porque esa fijación satisface el principio de planeación contenida **en el numeral 12 del artículo 25 Ley 80 de 1993** y garantiza que quien vaya a ejecutar el objeto del contrato, sí tenga la capacidad financiera que le permita desarrollarlo sin que se presenten percances de tipo económico, que paralicen las actividades y le causen perjuicio.

Y EL CONSEJO DE ESTADO CONSIDERA, con base en la Ley 80 de 1993, que el legislador determinó como deber de las entidades estatales la selección objetiva del contratista entendiendo por ésta la escogencia de aquél a partir del ofrecimiento más favorable tanto a la entidad como a los fines que busca (num. 1º art. 25), para excluir de la escogencia todos los factores subjetivos de quien selecciona y contrata. La selección objetiva está integrada por factores que la misma Ley 80 de 1993 enuncia en forma no taxativa:

- el cumplimiento,
- la experiencia,
- la organización,
- los equipos,
- el plazo,
- el precio,

y la ponderación precisa, detallada y concreta, de acuerdo con lo estrictamente determinado en los pliegos de condiciones y/o a los términos de referencia, según su caso. Igualmente la Ley 80 de 1993 dispone que la comparación entre las diferentes ofertas se hará conforme con los precios o condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello (art. 29).

Dentro de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en la Gaceta del Congreso N° 75 del 23 de septiembre de 1992⁽²⁵⁾, se destacaron los aspectos generales sobre la selección objetiva, frente a lo cual se aludió a la realidad histórica pasada en la cual la falta de claridad sobre los fines de la contratación estatal y la excesiva tramitología hacían que pasaran, en varios casos, entre 3 y 4 años entre la apertura de la licitación y la iniciación de la obra, aspecto también reseñado en la ponencia para segundo debate⁽²⁶⁾; por eso se planteó la necesidad de simplificar trámites, requisitos y procedimientos y el deber de escogencia OBJETIVA DEL CONTRATISTA, como regla general; y se destacó el

firme y explícito propósito de garantizar el derecho a la igualdad, el objetivo de permitir a la administración que escoja a quien ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción del interés público, dentro de los principios de eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y responsabilidad e indicó

“en ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas y subjetivas y que, por lo tanto sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público...”

En orden, pues, a garantizar que la decisión de la administración sobre esa importante materia, se produzca en forma tal que apunte exclusivamente al cabal cumplimiento de tales propósitos, el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del actual estatuto, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, los factores determinantes de la escogencia. Adicionalmente el aludido artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste en forma clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones, cuadernos de requisitos o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección. Con ese mismo propósito la prenombrada disposición establece que la favorabilidad de la propuesta no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los referidos documentos contentivos de requisitos y condiciones o fundamentada exclusivamente en alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos”.

Y luego, como consta en la misma Gaceta del Congreso, se hizo referencia a que lo que busca el procedimiento de selección objetiva es recolectar una serie de principios y de reglas generales en pro de agilizar y hacer eficiente la actuación de la administración en la contratación;

“se regula en el artículo 30 un procedimiento de selección que comprende las etapas estrictamente necesarias para asegurar la objetividad de la escogencia pero en un marco de flexibilidad en lo relativo al trámite del proceso que busca un doble propósito: de una

parte, facilitar la aplicación del estatuto a situaciones diversas, derivadas de los sujetos, del objeto y de las modalidades de la contratación y, de otra, asegurar la permanencia y consolidación de los nuevos principios, criterios y directrices de la actividad contractual de la administración que en él se consagran. En consecuencia, atendiendo a la naturaleza del objeto a contratar, las reglas de la recta e idónea administración y a los principios y finalidades de la ley, las entidades estatales podrán ajustar los términos y condiciones pertinentes que aseguren la selección imparcial, objetiva y ágil del contratista,..."⁽²⁷⁾.

La Sala ha reiterado que la enumeración de los ítems que relaciona el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 es enunciativa y por lo cual la entidad licitante puede implementar en los pliegos los requisitos que le permitirán seleccionar al contratista idóneo, dentro de todos los proponentes, y de acuerdo con el ofrecimiento más favorable. Tal derrotero está previsto en forma expresa para la contratación directa en el Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993 que, para el año 1995 de expedición de los actos acusados, prescribía: *"la solicitud de oferta... deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, término para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende"*.

Los PROPONENTES ASOCIADOS, a través de consorcio o de uniones temporales, se constituyen en instrumento de fortalecimiento para aquellas personas que individualmente no alcanzan a ofertar, por sus condiciones propias, o para aquellas personas que teniendo suficiente posibilidad de oferta pretenden mejorar y aumentar sus condiciones; o como instrumento de dispersión del riesgo para amainar los efectos bien de no ser adjudicatario o bien de ser contratista del Estado. Pero no sólo estas figuras presentan ventajas para una sola cara de la situación, pues desde el punto de vista de la entidad contratante y en desarrollo del principio asociativo que une a los integrantes del consorcio o de la unión temporal siempre se destaca un presupuesto y es la **solidaridad** para el consorcio y para las uniones temporales frente a todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, como así lo señala el artículo 7-1 de la Ley 80 de 1993; salvo, en relación con las uniones temporales, en cuanto hace a las sanciones por incumplimiento que se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de los integrantes individualmente considerados; de ahí, que en este último evento se exija en forma expresa, en el artículo 7-2

ibídem, la determinación de los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución⁽²⁸⁾.

Desde otro punto de vista, se observa que la declaratoria de exequibilidad de los artículos 24 (principio de transparencia), 25 (principio de economía), 28 (interpretación de las reglas contractuales) y 29 (deber de selección objetiva) de la Ley 80 de 1993, en sentencia de la Corte Constitucional C- 400 de 2 de junio de 1999⁽²⁹⁾ y en cuanto hace a los apartes en los cuales se hacía referencia a esa objetividad en la selección de los contratistas así lo precisó. En ese juicio de constitucionalidad se acusaron esas disposiciones por ser, a consideración del actor, violatorias del principio de igualdad y por prever criterios subjetivos de escogencia con el siguiente argumento: *“de antemano establece que sólo unos pocos, los aptos, pueden ser objeto de escogencia, al paso que los demás no tienen realmente esta posibilidad”*. Y la Corte constitucional respondió que el asegurar el cumplimiento de los fines estatales, del interés general y común hacen que se resalte en forma preponderante la figura del contratista que celebrará negocio con el Estado, por ende *“la administración no puede exponer la cabal obtención de aquel interés general, confiando la ejecución de los objetivos contractuales en manos de personas que no reúnan las garantías y condiciones suficientes. Es más se le impone un celo especial en la selección de aquella persona que mejores condiciones y garantías presenta”*.

De tal suerte que siguiendo los postulados de la Ley 80 de 1993 se devela la necesidad de la autonomía de la voluntad del licitante para cumplir con los fines estatales que se deben lograr en materia contractual con la escogencia de la persona más idónea para la ejecución del objeto contractual pretendido; esta es entonces la *ratio juris* del proceso de selección del contratista en Colombia, pues en otros países como Argentina y en palabras de Marienhoff, esa razón jurídica está dada bajo una doble finalidad, una, asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato y dos, para evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación⁽³⁰⁾.

Ahora, descendiendo a las normas reglamentarias, vigentes para la época — **año de 1995**— algunas de ellas apoyaban a la entidad licitante en la selección idónea del contratista:

- EL DECRETO 1584 DE 25 DE JULIO DE 1994⁽³¹⁾, que reglamentó la Ley 80 de 1993 en cuanto a **la clasificación y la calificación en el registro de proponentes**, dispuso respecto de los oferentes constructores, entre otros oferentes, que se autocalificarían mediante los siguientes factores: experiencia (E), con máximo puntaje total de 100 puntos, capacidad financiera (Cf), con máximo de 300 puntos, capacidad

técnica (Ct), con 100 puntos y capacidad de organización (Co), con base en los cuales se establecerán el monto **máximo de contratación (K)** para un año en términos de salarios mínimos. Señaló que dentro del procedimiento de calificación están: LA CAPACIDAD FINANCIERA, que se establece con base en el patrimonio, a partir de la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente; y del nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total, con base en la última declaración de renta y el último balance comercial. LA CAPACIDAD TÉCNICA, que se determina conforme al personal vinculado y a los socios o dueños de la empresa. LA CAPACIDAD DE ORGANIZACIÓN, que se evalúa conforme con los ingresos operacionales (art. 9). Y LA CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN⁽³²⁾, que resulta de la suma de puntajes obtenidos al evaluar los factores de experiencia, capacidad financiera y capacidad técnica (E+Cf+Ct), al aplicarlos a la capacidad de organización y se determina conforme con la siguiente fórmula: $K = 0,8 \times (Co) [1 + (E+Cf+Ct)]$

1,000

• Luego, con EL DECRETO REGLAMENTARIO 194 DE 25 DE ENERO DE 1995⁽³³⁾, ese factor multiplicador de **0,8**, contenido en la anterior fórmula, se modificó por **1,5**, al disponer:

*“ART. 1º—A partir de la vigencia del presente decreto elimínese el factor multiplicador **0,8** de la fórmula adoptada en el artículo 10 del Decreto 1584 de 1994.*

“ART. 2º—Como un factor de compensación de la capacidad no utilizada de los proponentes-constructores, estos multiplicarán la capacidad máxima de contratación por 1.5 para la inscripción, renovación o actualización que efectúen a partir de la vigencia del presente decreto y durante el año de 1995”.

Ahora, desde otro punto de vista, la ponderación porcentual de algún ítem frente a uno de los asociados, como requisito de habilitación (financiero), era punto que ya trataba la normatividad contractual para el año 1995 **—fecha de expedición de los actos acusados—**. Tal aserto tiene apoyo en el mismo **Decreto Reglamentario 1584 de 25 de julio de 1994**, pues en su articulado se evidencia que para el operador del poder reglamentario no era impensable determinar porcentajes que de una u otra manera garantizaran la contratación estatal con la persona idónea, en tanto dado que la norma reglamentada no traía, por ser directriz general, determinaciones ni limitaciones exactas y particularizadas al respecto; así se evidencia del ítem sobre la capacidad de organización en materia de contratistas asociados. En efecto:

“ART. 4º—A partir del 1º de marzo de 1995, las sociedades que no tengan más de cuatro (4) años de constituidas, cuyos socios personas jurídicas inscritas en el registro de proponentes en la misma actividad para la cual pretende su registro posean, en su conjunto, por lo menos el 51% de su capital social, su capacidad de organización se determinará así:

a) Si el porcentaje de capital social de los socios personas jurídicas inscritas en el registro de proponentes en la misma actividad está entre el 51% y el 70%, la capacidad de organización de la nueva sociedad será un 25% de la suma de las capacidades de organización de cada uno de ellos;

b) Si el porcentaje de capital social de los socios personas jurídicas inscritas en el registro de proponentes en la misma actividad es superior al 70% y hasta el 90%, la capacidad de organización de la nueva sociedad será un 30% de las sumas de las capacidades de organización de los aludidos socios;

c) Si el porcentaje de capital social de los socios personas jurídicas inscritas en el registro de proponentes en la misma actividad es superior al 90%, la capacidad de organización de la nueva sociedad será un 35% de la suma de las capacidades de organización de cada uno de ellos”.

Ahora bien, el demandante pretende convencer al juez, en sus argumentos de nulidad de los actos acusados, desde dos flancos: **el de la ilegalidad** de ambos requisitos exigidos por la entidad contratante que no se dio desde el punto de vista de las normas superiores invocadas, punto estudiado antes, y **el de la imposibilidad de cumplimiento** para los ingenieros del Departamento Tolima, lo cual no puede instituirse en criterio de anulación del acto de apertura ni del pliego de condiciones, porque jurídicamente la licitación no se abre para favorecer territorialmente a los contratistas de una región, sino para llevar a feliz término el objeto del contrato.

Por tanto, aplicar un criterio como el alegado por el demandante sería traer a la selección del contratista un factor subjetivo proscrito dentro de los principios de la selección objetiva y del cual el mismo demandante se queja; además de que como la acción que se ejercitó fue la simple de nulidad, la Sala no tiene por qué entrar en análisis subjetivos.

Por consiguiente, la Sala considera **hoy** que con los actos acusados no se vulneraron las normas superiores invocadas, constitucionales: 2 (fines del Estado), 6 (principio de responsabilidad jurídica), 38 (derecho de asociación), 121 (principio de legalidad), 122 (desempeño de la función pública), 123 inciso 2º (servidores públicos) y 333 (iniciativa privada y empresa) y legales: artículos 2 (entidades estatales en materia contractual), 3 (fines de la contratación estatal), 6 (capacidad para

contratar), 7 (definición de consorcios y uniones temporales), 22.3 (clasificación y calificación de inscritos), 24 (principio de transparencia) y 28 (interpretación de las reglas contractuales) y 84 del Código Contencioso Administrativo (desviación de poder), como tampoco el principio de razonabilidad que debe caracterizar las medidas que adopte la entidad licitante en el proceso de selección de su contratista. Y se afirma así porque no son ciertas las acusaciones del demandante sobre: el exceso en el ejercicio de las funciones por parte del Gobernador del Tolima, las irregularidades de la licitación y la desviación de poder de los actos acusados. Por el contrario, las medidas administrativas contenidas en los actos acusados, tanto la de limitar el número máximo de consorciados o unidos temporalmente, como la determinación de la capacidad de contratación a razón de 51.1% frente a uno de los asociados responden al deber de planeación y de previsibilidad que debe tener en cuenta la entidad contratante a fin de seleccionar objetivamente al contratista.

En consecuencia, se levantará la medida cautelar de suspensión provisional que decretó el Consejo de Estado, se denegará la excepción propuesta y se revocará la sentencia del Tribunal en cuanto declaró la nulidad de algunos apartes de los actos acusados.

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

FALLA:

1. LEVÁNTASE la suspensión provisional de las expresiones “*de hasta cinco personas*” contenida en el numeral 2º del Decreto Departamental del Tolima N° 522 de 13 de junio de 1995, que dictó el Gobernador del Tolima.

2. SE DECLARA NO PROBADA LA EXCEPCIÓN de acción indebida, que propuso el Departamento del Tolima.

3. REVÓCASE la sentencia que profirió el 27 de abril de 1998 el Tribunal Administrativo del Tolima, **en cuanto anuló** las expresiones “*de hasta 5 personas*” y “*teniendo uno de ellos al menos el cincuenta y uno punto uno por ciento (51.1%) del K exigido*”, contenidas en el artículo 2º del Decreto 522 de 1995, que expidió el Gobernador del Tolima, y por medio del cual modificó el artículo 4º del Decreto 470 del mismo año y de los numerales 2.2.2 y su nota y 3.2.2 de la licitación pública DTST N° 007 de 1995. En consecuencia:

4. DENIÉGANSE TODAS LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Consejeros: *María Elena Giraldo Gómez* Presidenta—*Ruth Stella Correa Palacio*—*Alier Eduardo Hernández Enríquez*—*Ramiro Saavedra Becerra*.

1 Sección Cuarta, sentencia de 18 de octubre de 1996, Exp. 7934, Actor: Banco de la República, C.P. Consuelo Sarria Olcos. Ver en el mismo sentido: fallo de la Sección Tercera, de 25 de octubre de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 24.610.

2 Exp. C-171. Conflicto de competencias judiciales. Actor: Sociedad Murrie y Rodas Ltda., C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

3 Exp. 9899. Actor: Edgar Vergara Figueroa Casa de Córdoba, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

4 Exp. 13.495. Actor: Sociedad Tolimense de Ingenieros, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

5 Exp. 10.065. Actor: Sociedad José Vicente Torres Osorio y Cía. Ltda., C.P. Ricardo Hoyos Duque.

6 Exp. 9.118. Recurso ordinario de súplica. Actor: Antonio José de Irisarri, C.P. Juan de Dios Montes. Con sala del consejero Daniel Suárez Hernández, quien aclaró el voto y el conjuez Hugo Palacios Mejía.

7 Esta vez con ponencia del consejero Ricardo Hoyos Duque y con la Sala conformada por los consejeros Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Daniel Suárez y Juan de Dios Montes.

8 Exp. 9.807. Actor: Martha Cediél de Peña y otro, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

9 Sección Tercera, Exp. 13.495. Actor: Sociedad Tolimense de Ingenieros, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

10 Exp. 9.807. Actor: Martha Cediél de Peña y otro, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

11 Sobre el tema de la impugnación de los actos separables DROMI, en la obra La licitación pública expresa:

“...las consecuencias jurídicas que resultan de señalar que la licitación es ‘un acto único’ o ‘un conjunto de actos’ son varios y de relevante significación. Si se afirma que los actos integrativos del procedimiento licitatorio no son separables (tout indivisible), no son autónomos ni independientes entre sí y que se encuentran incorporados al contrato de manera unitaria, se restringe en grado sumo la protección jurídica de los oferentes, pues sólo será impugnabile el contrato y no sus actos preparatorios, preliminares, componentes e integrativos; por tanto, sólo las partes contratantes, o sea el ente público licitante y el adjudicatario (no los demás oferentes), estarán legitimados sustancial y procesalmente para impugnarlo. Los oferentes no adjudicatarios no pueden impugnarlo por cuanto no son partes en el contrato, no intervienen en el vínculo jurídico bilateral, son ajenos a la negociación administrativa. Por el contrario, si se separa el contrato de los ACTOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS que contribuyen a su constitución (actes détachables), y se les confiere individualidad y autonomía jurídica a esos actos integrativos del procedimiento licitatorio preparatorio de la voluntad contractual, será más amplia la protección jurídica de los oferentes. Aún antes del contrato y de modo independiente de la impugnación contractual, cualquier oferente puede impugnar el acto de admisión, inadmisión, rechazo de ofertas, adjudicación, etc.”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985, págs. 129 a 130.

12 Declarados exequibles en Sentencia C- 949 de 5 de septiembre de 2001. Actor: Humberto Longas Londoño, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Sobre los consorcios y uniones temporales ver sentencia de la Sección Tercera de 15 de mayo de 2003, Exp. 22.051. Actor: Unión Temporal La 41, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Y autos de 16 de marzo de 2005, Exp. 28.382. Actor: Unión Temporal Plusalud, C.P. María Elena

Giraldo Gómez, de 3 de marzo de 2005, Exp. 23.875. Actor: Consorcio Zanja Honda, C.P. Ramiro Saavedra; de 6 de noviembre de 2003, Exp. 25.265. Actor: Consorcio Comfanorte Comeda, C.P. Ricardo Hoyos; de 23 de mayo de 2002, Exp. 17.588. Actor: José Rafael Pardo Ruiz, C.P. María Elena Giraldo; de 13 de diciembre de 2001. Actor: Unión Temporal Red de Salud, C.P. Alier Hernández.

14 Gaceta del Congreso # 75 de 23 de septiembre de 1992, pág. 15.

15 Gaceta del Congreso 23 de septiembre de 1992, pág. 11.

16 BENAVIDES en el libro *“El contrato estatal”* refiere al marco general y de directriz que establece la Ley 80 de 1993, cuando dice: *“REGLAS GENERALES DE LA LEY 80. Bajo esta concepción las entidades de todo orden elaboran sus pliegos de condiciones según las directivas legales muy generales. En efecto, el numeral 5º del artículo 24 y el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 se limitan a establecer las líneas directrices para la buena formulación de las necesidades de la administración, el contenido del contrato, el respeto de la libre competencia y los parámetros de selección de los contratistas que permitan una selección objetiva, sin determinar en forma alguna tipos específicos ni contenido de pliego de condiciones”*. U. Externado de Colombia. 2ª ed. 2004, pág. 292.

Y ERNESTO MATALLANA en el *“Manual de contratación de la administración”* dice que *“para efectos de determinar quiénes serían los más idóneos para participar y posteriormente contratar con el Estado, se le permite a las entidades estatales que establezcan las condiciones técnicas, económicas y financieras que deban cumplir aquellos que están interesados en ofertar, para que así, sobre unas reglas justas y objetivas, se pueda obtener la oferta más favorable para los intereses públicos; lo cual no implica que la administración pública esté autorizada para limitar de tal manera la participación que no permita el ingreso de aquellos que podrían prestar los bienes y servicios que el Estado requiera, pues en este caso se estaría en presencia de vicios que generarían la violación del procedimiento licitación”*. U. Externado de Colombia. 1ª ed. 2005, pág. 184.

17 Corte Constitucional T-147 de 17 de abril de 1996. Actor: Carlos Eduardo Robledo y otro, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Consulta N° 1373. Solicitante: Ministro de Justicia.

19 [NOTA AL PIE, en el texto transcrito]: *“Debe tenerse en cuenta que la igualdad, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no consiste en dar un trato idéntico a todos los individuos. “El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho —esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga— sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.*

Corte Constitucional. Sent. C-530 de 1993. Esta tesis fue reiterada en la Sentencia C-400/99, en la cual se declararon exequibles apartes de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993, en cuanto se consideró que no existe en ellos violación al principio de igualdad”.

20 Sobre el tema ver DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Segunda Edición. Legis. 2ª edición. 2003, págs. 230 y sigs.

21 DROMI considera que los requisitos deben dividirse en subjetivos (conciernen al oferente), objetivos (contenido de la oferta) y formales (trámite, documentación e instrumentación de la propuesta). *Licitación pública*, ib., págs. 336 a 337.

MARIENHOFF señala que las condiciones de idoneidad para contratar con el Estado se fincan en tres aspectos: moral, técnico y financiero *“la idoneidad moral se presume; la falta de este tipo de idoneidad debe ser probada por quien la alegue. Como bien se ha dicho, en este orden de ideas debe admitirse cierta presunción favorable a quien desee inscribirse en el registro de contratistas estatales... En cambio la idoneidad técnica y financiera deben ser probadas por el*

interesado en la inscripción. Ellas no se presumen. Trátase de hechos positivos que pueden ser fácilmente justificados por quien tenga interés en ello. Por lo demás, la idoneidad técnica y la financiera, contrariamente a lo que ocurre con la idoneidad moral, no implica condiciones innatas en el hombre, requiriéndose por ello la prueba de su existencia. La intuición popular corrobora esto: un viejo refrán dice que 'nadie nace sabiendo'. Si el licitador reúne todos los requisitos de idoneidad —moralidad, eficacia técnica y solvencia económica— su derecho a ser admitido en la licitación es obvio. Trátese de un 'derecho', propiamente tal. Cuando no existe reparo alguno en el orden administrativo, cabe advertir que la prerrogativa de una persona o entidad para intervenir en una licitación no es otra cosa que una manifestación o reflejo de su derecho a trabajar, a ejercer toda industria lícita y a comerciar". Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1983, págs. 219 a 220 y 223.

22 ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis. 1ª ed. 1999, págs. 154 a 155.

23 En palabras de Dromi, "los pliegos de condiciones deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, lo que no excluye que se establezcan ciertas preferencias a favor de determinadas categorías de oferentes, por ejemplo, preferencias por las firmas nacionales, o por productos nacionales, o por empresas radicadas en el país". Aunque luego reconoce que también debe contener disposiciones especiales para regir el contrato a celebrar y ejecutar LICITACIÓN PÚBLICA. *Ibidem*, págs. 137 a 138 y 194.

24 Rodrigo Escobar Gil en *Teoría general de los contratos de la administración pública*, sobre los efectos de implementar para la contratación estatal las figuras de los consorcios y uniones temporales dice: "La participación de dos o más contratistas en una licitación o en un concurso, a título de consorcio, le otorga a sus miembros una mayor idoneidad y solvencia para efectos de la evaluación y adjudicación. En efecto, la calificación y clasificación que las entidades le exigen a los interesados en participar en una convocatoria pública, se acredita con la sumatoria de las capacidades técnicas, económicas y financieras de todos los miembros del consorcio y no simplemente con la evaluación aislada que le corresponde a cada uno de ellos, precisamente porque el ordenamiento positivo les permite unirse para acceder a la ejecución de las grandes obras, que de otra manera quedarían reservadas a las pocas empresas que contarán con la capacidad de contratación para realizar estos proyectos". Legis. 1ª ed. 1999, pág. 154.

25 Pág. 17. Exposición de motivos por el entonces ministro de obras públicas y transporte ante el Senado de la República.

26 Gaceta 160 de 28 de mayo de 1993. En Cámara, suscriben los representantes Héctor Anzola Toro, Iván Lozano Osorio, Jorge Ariel Infante Leal, Edgar Papamija Diago, Luis Fernando Almario y Raúl Rueda Maldonado, págs. 10 y 11.

27 Pág. 19. Gaceta del Congreso N° 75 de 23 de septiembre de 1992.

28 En España, las figuras asociativas son nominadas indistintamente como unión de empresarios, en la cual cada uno de los empresarios que componen la agrupación acredita la capacidad de obrar y cada uno debe acreditar su respectiva solvencia "y cuando fuere exigible la clasificación y concurren en la unión de empresarios nacionales, extranjeros no comunitarios y comunitarios, los dos primeros deberán acreditar su clasificación y los últimos, en defecto de ésta, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional (arts. 24 a 26 del TRLCAP y art. 52 del Reglamento de este último). No obstante, cualquier circunstancia incapacitadora para contratar que afecte alguna de las empresas que forman la unión temporal repercutirá en la agrupación" FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María. *Contratación Administrativa*. Ed. Bosch. Barcelona España. 2003, págs. 150 a 151.

29 Actor: Juan Carlos Morales Trujillo, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

30 Marienhoff Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III-A, contratos administrativos. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1983, pág. 155.

31 Publicado en Diario Oficial N° 41.465 de 29 de julio de 1994 y que fue derogado mucho después, por el decreto 92 de enero de 1998 (Diario Oficial 43.217 de 9 de enero de 1998.)

32 Sobre la capacidad de contratación y la capacidad residual, ver sentencias Sección Tercera, de 3 de mayo de 2003, Exp. 14.945. Actor: Inesco Ltda., C.P. Ricardo Hoyos Duque y de 26 de junio de 2003, Exp. 13.354. Actor Corema Ltda., C.P. María Elena Giraldo Gómez.

33 Rigió a partir de su publicación, D. O. 41.689 de 26 de enero de 1995, pág. 3.