

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE - Niega. No declara nulidad / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE - Contra pliego de condiciones de licitación pública elaborado para ejecutar obras de urbanismo / PLIEGO DE CONDICIONES - Elaborado en cumplimiento de los principios y reglas constitucionales / CONFECCIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES - Facultad de la administración para establecer los criterios de evaluación y adjudicación del contrato / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Cumplimiento / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación en la elaboración de los presupuestos normativos / SUB PRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD O PROPORCIONALIDAD - Aplicación. Criterios y requisitos de selección objetivos y razonables / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Aplicación. Limitaciones impuestas en el pliego de condiciones atendieron a las necesidades de la entidad / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Selección de la oferta más favorable para la entidad / PRINCIPIO DE TRANSPERENCIA - Aplicación. Publicidad y motivación de los actos administrativos, derecho de contradicción y requisitos y reglas de adjudicación

[L]a demandante pretende la declaratoria de nulidad de los pliegos de condiciones expedidos por METRO CALI S.A., dentro de la Licitación Pública No. MC - PU - 01 - 2000, que tenía por objeto llevar a cabo una obra consistente en la construcción de las calzadas de servicio de la calle 70 entre avenida 3 norte y carrera 23, puente vehicular, obras de urbanismo y demás obras complementarias en Santiago de Cali, y además la nulidad del proceso de selección adelantado con base en dichos pliegos (...) [E]l acto administrativo que dio apertura al proceso de licitación fue coincidente en precisar que los estudios previos en que se basó METRO CALI S.A. para dar inicio a la licitación, estuvieron precedidos de investigaciones realizadas por el municipio de Cali y firmas particulares, lo que significa que no fueron improvisados ni inventados, sino el resultado de un arduo trabajo que se realizó por parte del ente territorial para garantizar la construcción de obras que permitieran la adecuada integración del sistema de transporte masivo de la ciudad. (...) [P]ara la Sala es evidente que los pliegos de condiciones elaborados por METRO CALI S.A., resultan jurídicamente admisibles como quiera que no comportan la trasgresión de ninguno de los límites que debe observar y acatar la Administración al ejercer la facultad de confeccionar los referidos actos administrativos, los cuales atendieron al principio de planeación, es decir, a las necesidades del servicio basados en estudios previos idóneos de los diferentes aspectos de la contratación, (...) no hubo violación alguna del principio de igualdad por cuanto dentro del proceso de selección, no se presentó una discriminación injustificada por parte de la entidad demandada, (...) la Sala no encuentra configurada una violación al principio de proporcionalidad al cual está sujeta la administración en materia contractual, en lo que refiere, puntualmente, a la elaboración de los presupuestos normativos que guiarán el procedimiento de selección objetiva del futuro contratista. (...) [E]sta Sala no encuentra argumentos que le lleven a considerar en el sub judice que el pliego de condiciones dictado dentro del procedimiento Licitación Pública MC-PU-01-2000 supone una violación al sub principio de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en estricto sentido; por el contrario, la Sala encontró demostrada que los criterios y requisitos allí fijados fueron producto de los estudios previos acometidos por la Entidad, con antelación a la apertura del proceso de licitación, y son objetivos y razonables (...) [F]rente a la supuesta vulneración del principio de libertad de concurrencia se observa que tampoco se presentó esta situación, debido a que las limitaciones impuestas en el pliego de condiciones atendieron a las necesidades de la entidad (...) Con relación a la violación del principio de selección objetiva esbozada por la accionante, es menester señalar que en atención a que su finalidad es garantizar la selección de

la oferta más favorable para la entidad, atendiendo a las expresas necesidades del servicio, la Sala encuentra que en el caso en comento el pliego de condiciones cumplió a cabalidad con dicha exigencia (...) [T]ampoco hubo transgresión del principio de transparencia, puesto que este implica, i) la publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) el derecho de contradicción de quienes participan en el proceso de contratación; iii) la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la Ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, presupuestos que se cumplieron plenamente y que sin lugar a dudas se garantizaron por la entidad demandada en el presente caso. NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto de la consejera Olga Mérida Valle de De la hoz. A la fecha esta relatoría no cuenta con el medio físico ni magnético de la citada aclaración.

PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS - Fundamentos constitucionales / PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL - Enunciación

[L]a Administración para la selección de los contratistas en la contratación pública, está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1°, (...) existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico - en materia de contratación pública - otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración. (...) [D]urante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general. (...) [E]l artículo 23 de la Ley 80 de 1993 enumera los principios que orientan la contratación estatal, incluyendo dentro de estos los de transparencia, economía y responsabilidad. Por otra parte, la actividad contractual del Estado también se encuentra sometida a la Constitución Política, lo que sin duda se ve reflejado en que uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993 fue, precisamente, adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991, entre los que se encuentran aquellos que en el sub lite fueron señalados como vulnerados por la norma acusada, esto es: los principios de igualdad, libertad de concurrencia, selección objetiva y transparencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 209 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 23

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL - Efectos / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA - Objeto y limitaciones / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA - Alcance. Desarrollo jurisprudencial /

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Consecuencias de su desconocimiento / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Manifestaciones

Al estudiar el principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (artículos 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 5) (...), se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio, enmarcado en el deber de la Administración y en el derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros. (...) [L]os demás principios que rigen dicha actividad, tales como, la selección objetiva, la transparencia, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan indefectiblemente garantizarlo. (...) Principio de libertad de concurrencia: este principio encuentra una relación directa con el principio de igualdad de oportunidades cuyo contenido ya se explicó anteriormente. Así, la libertad de concurrencia apunta a la posibilidad de que cualquier persona que cuente con la capacidad real de ser, eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal pueda asistir al proceso de formación del mismo, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación. (...) [E]l principio de libre concurrencia no es absoluto, pues la entidad pública contratante, en aras de garantizar el interés público, dentro de los límites de la Constitución y la Ley, está facultada para imponer ciertas limitaciones, como por ejemplo, la exigencia de calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la Administración pública. Sin embargo, dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas (...) La transparencia es uno de los principios en los que se fundamenta la Ley 80 de 1993 y está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso. (...) [E]l desconocimiento de la misma durante la formación de los contratos estatales comporta inescindiblemente una violación al principio de selección objetiva y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal surgido en tales condiciones por objeto ilícito (...) El artículo 24 del Estatuto General Contratación de la Administración Pública desarrolla el principio de transparencia, el cual se manifiesta de varias formas: i) en el deber de publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) en el derecho de contradicción que quienes participan en el proceso de contratación; iii) en la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la Ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, salvo las excepciones legales. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con el alcance del principio de selección objetiva, cita sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 21492.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 24 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 30

PLIEGO DE CONDICIONES - Doble naturaleza. Rige el proceso de selección del contratista y es el marco jurídico del contrato / PLIEGO DE CONDICIONES - Carácter vinculante / INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE

CONDICIONES - Consecuencia. Vicio de nulidad / CONFECCIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES - Parámetros generales fijados por la ley y autonomía de la administración para establecer los criterios de evaluación y adjudicación

[L]os pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo. (...) Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas. El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad. (...) En consecuencia, la ley contractual frente a la confección de los pliegos, solo se ha encargado de precisar apenas criterios o parámetros generales, defiriendo la entidad pública contratante, en cada caso concreto, la responsabilidad de su elaboración, para lo cual deberá señalar reglas y criterios objetivos y razonables, que son los que en últimas, habrán de tutelar el proceso de selección. Así pues, la Administración cuenta con autonomía para establecer los criterios de evaluación y adjudicación de los procesos de contratación, claro está, sin que de ninguna manera, se puedan establecer reglas irracionales, desproporcionadas o arbitrarias y siempre en aras de la satisfacción del interés público y del cumplimiento de los fines del Estado.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES - Subprincipios o etapas / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Elementos / DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA CONFECCIONAR EL PLIEGO DE CONDICIONES - Poder decisorio limitado por el principio de proporcionalidad

Para cumplir los fines del Estado, los servidores públicos deben armonizar la autonomía que tienen las entidades territoriales en los procesos contractuales y el interés público, teniendo como fundamento el principio de la proporcionalidad, como instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública (...) [D]icho postulado presenta tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el primero, sería el de adecuación, de idoneidad o de congruencia de las medidas adoptadas para obtener el objetivo buscado por la Administración; el segundo, de necesidad, intervención mínima o menor lesividad para satisfacer el interés público y por último, el de proporcionalidad traducido en el equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho que se limita y el beneficio para los fines estatales. (...) [E]laboración de los elementos de la proporcionalidad. (...) i) Que las exigencias planteadas en el pliego de condiciones se encuentren dirigidas, en general, a la consecución de los fines estatales que se persiguen con la contratación pública y, en particular, para satisfacer la necesidad requerida por la Entidad y el interés general. Tal sub-principio de idoneidad desecha, por desproporcionados, aquellos requisitos que no persiguen un fin jurídicamente legítimo o que no tienen la aptitud o capacidad para alcanzar o realizar tal fin, lo que para el caso sub judice implica juzgar que estos requisitos guarden relación

con lo pretendido por la Administración y que no devengan en inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que no contribuyen a la selección objetiva del futuro contratista. ii) De igual forma, el marco normativo fijado en el pliego de condiciones debe avenirse con un segundo elemento del principio de proporcionalidad, cual es el sub-principio de necesidad. iii) Finalmente, y en el tercer escenario, el sub-principio de proporcionalidad stricto sensu informa sobre la necesidad de llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro. (...) [L]a discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública (...) Ahora bien, para concluir con lo dicho sobre la discrecionalidad que posee la administración pública en el tema particular atinente a la confección de los pliegos de condiciones, la jurisdicción contenciosa administrativa ha determinado que el control judicial se encuentra limitado a los señalamientos que sean desproporcionados o irracionales.

ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE - Presupuestos para su procedencia. Causal de nulidad y normas transgredidas / ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE - Carácter rogado de la jurisdicción

[E]n la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando se pretende la nulidad de actos administrativos, es deber del demandante trazar un hilo conductor entre las normas que específicamente se estiman violadas y el concepto de la violación, es decir, el sentido de la infracción, las razones o motivos por los que considera que se configura la violación de normas superiores. Esto es así, porque, como lo ha sostenido la Corporación, en los procesos contencioso administrativos, en atención al carácter rogado de esta jurisdicción, no se da un control general de legalidad y, por tanto, el juez no tiene que entrar a analizar motivos diferentes a aquellos alegados por el actor y sólo debe examinar las normas que éste estimó como vulneradas; de lo contrario, estaría modificando la demanda en su causa petendí. Bajo esta óptica, los requisitos previstos en el artículo 137 numeral 4º del C.C.A se cumplen cuando, al menos, en la demanda se cita alguna de las normas que sirven de fundamento a las pretensiones y se explican algunas de las razones por las cuales se considera transgredida dicha normatividad; así como también, la forma en que se materializa el vicio invalidante. (...) De manera que, para la prosperidad de las pretensiones dentro de una acción de nulidad, el accionante deberá presentar de manera precisa la causal de nulidad que desvirtúa la legalidad del acto administrativo proferido por la entidad estatal y las normas del ordenamiento jurídico que considera quebrantadas, para que el Juez administrativo pueda realizar el estudio respectivo, no hacerlo, significa que la demanda no fue presentada en debida forma.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 137, NUMERAL 4

PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Carga de la prueba / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA - Concepto y finalidad

[Q]uien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro

lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda. (...) [E]l concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadernamiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. Las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre del dos mil quince (2015).

Radicación número: 76001-23-31-000-2000-00785-01(31915)

Actor: OLGA GONZÁLEZ DE NARANJO

Demandado: METRO CALI S.A.

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE (APELACIÓN SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Presunción de legalidad de los pliegos de condiciones / Restrictor: Fundamentos constitucionales del proceso de licitación para la selección de contratistas en la contratación pública - Principios que rigen la contratación estatal - Pliegos de condiciones - Principio de proporcionalidad respecto de los pliegos de condiciones - Acción de nulidad simple - Presunción de legalidad de los actos administrativos - Carga de la prueba.

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de abril de 2004, proferida por el Tribunal

Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido.

El 20 de febrero de 2000¹, **OLGA GONZÁLEZ DE NARANJO** con fundamento en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A, presentó demanda contra **METRO CALI S.A.**, solicitando que se declarara la nulidad de los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. MC-PU-01-2000, elaborados y expedidos por la entidad demandada con el objeto de llevar a cabo una obra consistente en la construcción de las calzadas de servicio de la calle 70 entre avenida 3 norte y carrera 23, puente vehicular, obras de urbanismo y demás obras complementarias en Santiago de Cali, al considerar que los factores de evaluación para seleccionar la mejor propuesta vulneraron las normas y principios de la Ley 80 de 1993 y de la Constitución Política.

Así mismo, pidió que de acuerdo con lo anterior, se decretara la nulidad de todo el proceso de selección de propuestas adelantado mediante Licitación Pública No. MC-PU-01-2000.

Y por último, requirió que se diera traslado a las autoridades de control para que iniciaran las investigaciones pertinentes sobre la responsabilidad relacionada con la actividad contractual de conformidad con lo establecido en los artículos 26, 54 y 55 de la Ley 80 de 1993.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

Mediante aviso de convocatoria publicado en el Diario el País de Cali, el 13 de enero de 2000, se hicieron públicas las condiciones básicas para participar en la Licitación Pública No. MC-PU-01-2000, para la construcción de las calzadas de servicio de la calle 70 entre avenida 3 norte y carrera 23, puente vehicular, obras de urbanismo y demás obras complementarias en Santiago de Cali.

La fecha de apertura se fijó para el 26 de enero de 2000 y la fecha de cierre, fue prorrogado mediante adenda, hasta el 24 de febrero de 2000 a las 4:00 p.m.

¹ Fls. 22 a 45 C. 1.

Luego de modificado el plazo mediante adenda, se fijó para la consulta y venta de pliegos los días 26 de enero, 2 y 3 de febrero de 2000. La visita al sitio de las obras se estableció para el 28 de enero del año 2000.

La audiencia para la aclaración de pliego se fijó para el 1° de febrero de 2000, pero fue modificada mediante aviso en el diario El País para el 31 de enero del mismo año. Celebrada la audiencia se produjeron las adendas Nos. 1 y 2 de febrero de 2000.

Se presentaron siete (7) propuestas, y el término para su evaluación fue de 90 días calendario, contados a partir del cierre de la licitación y las observaciones al informe evaluativo debía presentarse dentro de los 5 días hábiles siguientes.

Finalmente, el plazo de adjudicación fue de 20 días calendarios, contados a partir del momento en que venciera el término para las observaciones al informe evaluativo de las propuestas.

En cuanto a las condiciones y requisitos para participar en la licitación indicó la actora, que el valor de los pliegos de condiciones era de seis millones de pesos y una copia adicional era de cuatro millones de pesos. A pesar de que la obra estaba dividida en 4 grupos, y que podía presentarse a uno o varios, los costos de los pliegos no se discriminaban para quienes no estuvieren interesados en la totalidad de los grupos.

En la audiencia para la aclaración de pliegos, se presentaron muchas observaciones a las exigencias y criterios de los factores de evaluación y la mayoría coincidían en señalar que estas exigencias eran notablemente excesivas.

La entidad hizo las aclaraciones a las preguntas formuladas el día 1° de febrero de 2000, y se respondió con la modificación introducida a los pliegos mediante adenda No. 1. En realidad se produjeron dos adendas modificando algunos criterios, pero conservando exigencias desproporcionadas.

Indicó la parte demandante que durante el tiempo que transcurrió entre la apertura y el cierre de la licitación se produjeron cuatro adendas. La No. 3 del 7 de febrero de 2000, que modificó aspectos relativos a los factores de evaluación sin ninguna

motivación, ya que las aclaraciones, modificaciones y cuestionamiento hechos en la audiencia de aclaración fueron resueltos mediante la adenda No. 1. Con estas modificaciones, a pesar de disminuir algunas exigencias de los factores de evaluación, continuaron siendo desproporcionadas.

La Comisión de Presupuesto del Concejo Municipal de Santiago de Cali celebró una audiencia el 10 de febrero de 2000, en donde se citó a la Presidenta de Metro Cali y allí se cuestionó el valor de los pliegos de condiciones y las exigencias contenidas en los factores de evaluación. Pese a ello, se mantuvo el pliego, de acuerdo con las modificaciones efectuadas en la adenda No. 3 y el proceso continuó su curso.

El día de la presentación de las propuestas, esto fue el 24 de febrero de 2000, varios ingenieros independientes y algunos representantes de las empresas, mediante derecho de petición solicitaron la revocatoria de los pliegos de condiciones. Sostuvo la parte actora, que a la fecha de la presentación de la demanda, el proceso de selección se encontraba en curso.

2.1 Normas violadas y concepto de la violación.

2.1.1. Violación del artículo 22 de la Ley 80 de 1993 al Decreto 92 de 1998.

El numeral 22.3 de la Ley 80 de 1993 establece que la calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todos los órdenes, lo que en este caso fue burlado por la entidad.

Por su parte, el Decreto 92 de 1998 establece los parámetros para la calificación y clasificación de los inscritos en el RUP y como resultado de la aplicación de dichos parámetros, se obtiene la capacidad de contratación.

En el pliego en cuestión se desconoce la capacidad de contratación acreditada, al exigir una mayor para poder presentar las propuestas. En el pliego se indicó lo siguiente:

GRUPO DE OBRA	Kr (Capacidad de contratación Residual – SMLV)	Presupuesto Oficial en SMLV	Porcentaje de exigencia
---------------	--	-----------------------------	-------------------------

GRUPO 1	41.333	12.525	330%
GRUPO 2	25.968	7.869	330%
GRUPO 3	36.769	11.142	330%
GRUPO 4	21.243	6.437	330%
TOTAL	125.313	37.973	330%

2.1.2. Violación del principio de transparencia consagrado en el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993.

2.1.2.1 Violación del literal a) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Los pliegos demandados son violatorios de esta norma porque exigen muchos más requisitos objetivos para participar en el proceso de selección.

Por ejemplo, en el pliego se exige una capacidad residual equivalente a 125.313 SMLV para cuatro grupos de obras, siendo que el total del valor del objeto a construir según el presupuesto oficial es sólo de 37.973 SMLV. Conforme a lo anterior, elevar así la exigencia de capacidad disponible, no tiene justificación legal y con ello se restringe la oportunidad de participar a proponentes capaces de ejecutarlo. Con este requisito se vulnera el derecho a la igualdad, esto es, un trato igual dentro de condiciones similares.

De modo semejante se exigen 201.000 SMLV para obtener los 200 puntos de capacidad de organización, siendo que ella hace parte de la calificación para obtener el RUP. A juicio de la parte actora, quien demuestre un K de contratación estará probando la capacidad operativa del constructor.

No es legal exigir el triple o cuádruple de dicha capacidad, porque se están desconociendo los criterios del legislador al expedir la Ley 80 de 1993 y el reglamento 92 de 1998.

Cuestionó el numeral 2.4.3 del pliego de condiciones demandado que estableció lo siguiente:

“(...) En el evento en que el oferente participe en varios grupos, la capacidad de la organización como constructor, de los grupos anteriores donde quede el primero se acumulará y se resta este valor de la capacidad de la organización como constructor del oferente, quedando este excedente como valor residual que se utiliza para la evaluación del grupo siguiente. En este caso los puntos de este indicador varían secuencialmente para cada grupo.

A juicio de la demandante, para que un proponente que se presente a los 4 grupos, si no quiere perder los puntos en este indicador, deberá tener por lo menos 402.000 SMLV, es decir, que debe haber acreditado ante el RUP ingresos brutos por

concepto de construcción de obras, la suma de \$104.560.200.000, porque si se le adjudica el primer grupo, para competir con los demás en los siguientes, se le restará a su capacidad operativa el valor del contrato que le será adjudicado y deberá entonces seguir contando con un mínimo con 201.000 SMLV para entrar a aspirar al segundo grupo asegurando el puntaje máximo y así consecutivamente.

2.1.2.2. Vulneración del literal b) numeral 5, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no se establecieron reglas objetivas, justas, claras y completas que aseguraran una escogencia objetiva.

Por ejemplo, se exige evaluar la capacidad financiera, siendo que ésta hace parte de los elementos que tienen en cuenta para obtener la capacidad de contratación en el RUP.

En este caso, se exigen valores exagerados con relación al capital de trabajo, al índice de endeudamiento y al índice de capacidad de pago. Argumenta que se trata de una obra en donde la misma se ejecutará con recursos de la entidad y no del contratista, que serían exigencias que podrían requerirse en el caso por ejemplo de una concesión.

Así mismo, en el indicador de capital de trabajo, el mínimo para aceptar una propuesta será del 20% del presupuesto oficial de cada grupo, pero para obtener el puntaje que permita aspirar a la adjudicación, se debe tener en cuenta el siguiente cuadro:

CAPITAL DE TRABAJO	PUNTOS
Mayor del 50% del valor del presupuesto oficial	60.0
Entre el 40% y el 49.99% del presupuesto oficial	40.0
Entre el 30% y el 39.99% del presupuesto oficial	20.0
Entre el 20% y el 29.99% del presupuesto oficial	20.0
Menor que el 20% del presupuesto oficial	Se rechaza la oferta para el grupo

Conforme a lo anterior, quien participe en los cuatro (4) grupos debe tener como mínimo un capital de trabajo de \$4.500.000.000 para ejecutar una obra apenas el doble de esa cifra, siendo que el contratista no tendrá que asumir, ni siquiera, una parte de la financiación, tal como lo establece el numeral 1.4 de los pliegos de condiciones.

Así mismo, indicó que para obtener 150 puntos de la experiencia del proponente, se exige haber construido 600.000 M2, cuando el objeto a construir en los cuatro grupos es tan sólo de una décima parte de esa cifra.

Por último, indicó que en las obras de pavimento rígido o de asfalto, se está exigiendo una experiencia equivalente a cuatro veces el volumen a ejecutar, y además, sólo se tienen en cuenta los contratos con un área mayor a 5.000 M2, dejando de lado obras de menor área que constituyen precisamente el caso más frecuente en los asuntos de pavimentación.

2.1.2.3. Vulneración del numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En el presente asunto les está prohibido a las autoridades, eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en la Ley.

2.1.2.4. Violación del numeral 9 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Según la parte demandante, si bien se trata de una violación subsanable, desconocieron el precepto legal de no incluir en los avisos el nombre o cargo de los servidores públicos. En la adenda No. 3 se incorporó la obligación relativa a que en la valla informativa que el contratista colocaría, debía estar el nombre de Ricardo Cobo – Alcalde.

2.1.3. Vulneración del artículo 25, numeral 12 en concordancia con el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. La actora sostuvo que la entidad no tenía la potestad de modificar hasta el último momento los pliegos de condiciones, porque con dicha actitud lo que demuestra es que los mismos fueron incompletos, confusos, etc. La potestad de modificarlos se obtiene únicamente como resultado de lo debatido en la audiencia o por circunstancias impredecibles ocurridas con posterioridad a la entrega de pliegos.

En el presente asunto, los pliegos fueron modificados por diversas adendas, entre ellas la No. 1 y 3, en relación con criterios para aplicar los factores de selección, lo cual demostró improvisación en el asunto.

2.1.4. Vulneración del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, por cuanto se violó el derecho a la igualdad frente a los otros posibles proponentes porque se fijó una capacidad residual (Kr) mínima exagerada, de tal manera que no pudieron participar del proceso de selección debido a esa condición.

2.1.5 Violación del artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Deber de selección objetiva. A juicio de la parte demandante, el hecho de que la entidad estableciera la forma de evaluación de los factores como lo hizo en los pliegos, equivale a limitar la posibilidad de recibir las ofertas solamente en empresas grandes en detrimento de las medianas.

2.1.6 Vulneración del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Los principios de libre concurrencia e igualdad son el fundamento de la licitación, y por ende son de la esencia jurídica de la formación de la voluntad contractual del Estado. Conforme a lo anterior, en el presente asunto la libertad de concurrencia ha sido violentada con las exigencias desproporcionadas que limitan la posibilidad de presentar propuestas con lo que a su vez atenta contra el principio de igualdad.

Acerca del valor de los pliegos, a juicio de la parte demandante se estaba violando el derecho a la igualdad, como quiera que un precio tan elevado sólo permitía, que quienes los adquirieran, fueran determinadas firmas. Así mismo teniendo en cuenta que la obra se encontraba dividida en cuatro (4) grupos, el costo de los pliegos no se discriminó para quienes no estuvieran interesados en la totalidad de los grupos.

2.1.7 Violación de los artículos 2, 6, 21 y 209 de la Constitución Política. Los fines de la contratación también se encuentran incluidos dentro de lo establecido en el artículo 2 de la Carta Política. Así mismo, indicó que la actuación de la entidad demandada se apartó de los principios de igualdad, equidad y eficiencia.

3. El trámite procesal.

Admitida la demanda² el 19 de octubre de 2000, fue notificada al representante de Metro Cali S.A. el auto admisorio³, quien contestó en forma extemporánea⁴.

Después de decretar⁵ y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión⁶, oportunidad que fue aprovechada por las partes⁷.

² Fls. 245 y 246 C.1.

³ Fl. 250 C.1.

⁴ De acuerdo con informe secretarial visto a folio 268 C.1.

⁵ Fls. 270 a 272 C.1.

⁶ Fl. 289 C.1, de fecha 3 de junio de 2003.

La entidad demandada en sus alegatos expuso de manera general que de los cuadros descritos por la actora en la demanda, sólo variaron los factores correspondientes al índice de endeudamiento, capacidad de pago y capital de trabajo, con el propósito de dar mayor participación, teniendo en cuenta la crisis económica que atravesaba dicho sector y por lo tanto, se disminuyeron los porcentajes de ponderación de los factores.

Así mismo, sostuvo que el pliego de condiciones elaborado por la entidad estuvo ajustada a las exigencias establecidas en la Ley 80 de 1993 y que sus modificaciones se ciñeron a lo establecido en el artículo 30 de la misma Ley, bien como resultado de lo debatido en la audiencia o cuando resultara conveniente.

Por su parte, la demandante en sus alegatos de conclusión reiteró en su gran mayoría, los argumentos expuestos en el escrito de demanda.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 19 de abril de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca⁸ resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Para tomar esta decisión, el Tribunal indicó que de acuerdo con la confrontación del pliego de condiciones impugnado con las normas que la parte demandante señaló como infringidas y otras que resultaban de la aplicación del principio *iura novit curia*, la entidad demandada se ajustó a los lineamientos, criterios y principios jurídicos que gobiernan la contratación estatal. Posiblemente los pliegos no se encontraban hechos a semejanza de todos los que quisieron participar y querían ser adjudicatarios del contrato, pero su nivel de imperfección, no hizo resaltar causales de ilegalidad que tornen inválido el proceso licitatorio.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de alzada⁹. El argumento principal consistió en que el Tribunal no se pronunció sobre cada una de las normas violadas y simplemente consideró que no existía vulneración entre

⁷ La parte demandante presentó escrito de alegatos el 20 de junio de 2003 (Fls. 290 a 299 C.1); por su parte, la entidad demandada presentó alegatos el 24 de junio del mismo año visto a folios 300 a 306 C.1.

⁸ Fls. 307 a 321 C. ppal.

⁹ Fls. 324 a 332 C. ppal con fecha de 19 de julio de 2005.

el pliego de condiciones y las disposiciones que la parte actora había considerado que sí habían sido violentadas.

Trajo ejemplos similares a los expuestos en el escrito de demanda, en cuanto a los requisitos desproporcionados que el pliego de condiciones exigía para quienes participaron en el proceso de selección mediante Licitación Pública.

Concedido el recurso por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca¹⁰, esta Corporación lo admitió¹¹ y finalmente ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran los alegatos de conclusión y el concepto de rigor, respectivamente¹².

La parte demandante presentó los alegatos¹³ reiterando los mismos argumentos expuestos a lo largo del proceso. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte accionante, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) Fundamentos constitucionales del proceso de licitación para la selección de contratistas en la contratación pública; 2) Principios que rigen la contratación estatal; 3) Pliegos de condiciones; 3.1) Principio de proporcionalidad respecto de los pliegos de condiciones; 4) Acción de nulidad simple; 5) Presunción de legalidad de los actos administrativos; 6) Carga de la prueba; y 7) Caso concreto.

1) Fundamentos constitucionales del proceso de licitación para la selección de contratistas en la contratación pública.

De manera general, la Administración para la selección de los contratistas en la contratación pública, está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales

¹⁰ Fls. 335 y 336 C. ppal.

¹¹ Fl. 340 C. ppal.

¹² Fl. 355 C. ppal.

¹³ Fls. 357 a 368 C. ppal.

establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1º, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2º a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional¹⁴, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

Resulta evidente, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción¹⁵.

Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del

¹⁴ Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

¹⁵ Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

Estado¹⁶, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación¹⁷ de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general¹⁸.

Así lo ha señalado, en su jurisprudencia el Tribunal Supremo de lo Constitucional, al ahondar en el desarrollo de la función administrativa y determinar su alcance tendiente a la consecución de los fines del Estado, tal y como se describe a continuación:

“El artículo 209 de la Constitución Política señala que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”. Añade también que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.””

De otra parte, es claro también que la Carta autoriza expresamente a las autoridades para que en el cumplimiento de la función pública, acudan a la celebración de contratos. A dicha posibilidad se refieren expresamente el numeral 23 del artículo 188 superior que faculta al presidente de la República para ello, y el inciso final del artículo 150 ídem que, dentro del marco de la cláusula general de competencia que le corresponde al Congreso Nacional, le atribuye la función de “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, y en especial la administración nacional.” Justamente, en ejercicio de esta atribución dicho órgano legislativo expidió la ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, del cual forman parte las disposiciones impugnadas en esta causa.

¹⁶ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

¹⁷ Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1º de febrero de 2012, exp. 22464.

¹⁸ “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (...) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (...) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339.

*Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe que la contratación administrativa persigue “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 ellos en la consecución de dichos fines.” Y el inciso segundo de esta misma norma, indica con claridad lo siguiente: “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. (...)”*¹⁹

Aunado a lo expresado, esta Corporación ha indicado que debe existir un acompasamiento entre la autonomía que tienen las entidades territoriales en los procesos contractuales y el interés público para cumplir los fines del Estado, bajo los lineamientos de la Ley 80 de 1993, así:

*“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 1993²⁰, 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”*²¹.

(...)

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

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1999

²⁰ 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 5 del artículo 24 y el numeral 2 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.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL T-147 de 17 de abril de 1996. Actor: Carlos Eduardo Robledo y otro. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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^{22, 23}

2) Principios que rigen la contratación estatal.

Para abordar el análisis de los cargos esbozados por la parte actora, tanto en el escrito de la demanda como en la apelación, la Sala hará referencia a los principios que en criterio de la accionante resultaron vulnerados con el acto administrativo acusado.

Así pues, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 enumera los principios que orientan la contratación estatal²⁴, incluyendo dentro de estos los de transparencia, economía y responsabilidad.

Por otra parte, la actividad contractual del Estado también se encuentra sometida a la Constitución Política, lo que sin duda se ve reflejado en que uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993 fue, precisamente, adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991²⁵, entre los que se encuentran aquellos que en el *sub lite* fueron señalados como vulnerados por la norma acusada, esto es: los principios de igualdad, libertad de concurrencia, selección objetiva y transparencia²⁶.

De manera que, la Sala considera relevante hacer una breve referencia a la manera como han sido concebidos estos principios:

²² Marienhoff Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A, contratos administrativos*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1983. Pág. 155.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. 15.188

²⁴ De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”*.

²⁵ *“Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias (...)”*. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992. Tomado de CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

²⁶ Reiteración de lo dicho en la sentencia del 29 de agosto de 2013. Exp: 39.005.

2.1) Principio de igualdad: Al estudiar el principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (artículos 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 5) toda vez que para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la Administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad²⁷.

Así, sin duda, se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio, enmarcado en el deber de la Administración y en el derecho de quienes pretenden contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros.

Como se observa, resulta imposible señalar mediante una lista cerrada el contenido del principio de igualdad en la contratación estatal y por lo tanto, esto sólo puede hacerse de modo ejemplificativo. Sin embargo, lo cierto es que este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, tales como, la selección objetiva, la transparencia²⁸, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan indefectiblemente garantizarlo.

La Sala Plena de esta Corporación, ha destacado la preponderancia de este principio rector, referenciando que:

“(...) El postulado en consecuencia gira en torno a la igualdad ante la ley, la igualdad de protección y la igualdad de trato por las autoridades, así como, el deber del Estado de adecuar las condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva, todo momento y lugar. Implica por elemental garantía, que todo criterio diferenciador tan solo puede provenir de la voluntad general depositada bajo esquemas democráticos en el legislador²⁹.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324.

²⁸ “(...) [E]l principio de igualdad en las actuaciones contractuales lleva implícitos elementos básicos de los principios de transparencia y de selección objetiva, postulados cuya efectividad depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la Administración.” CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp: 15324.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999: “El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C. N. 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

Como lo destaca la Corte Constitucional, el legislador “está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros”³⁰ Lo que significa por otra parte que las autoridades administrativas en su trato con las personas deberán dispensar a todas ellas el mismo trato y protección, en los términos de la Constitución y la ley, no estableciendo limitaciones ni restricciones más allá de las previstas de manera proporcional por el legislador.

En este sentido el principio constitucional de igualdad, regulado en el artículo 13 de la Carta, que engendra el derecho fundamental de esta misma denominación, en concordancia con el artículo 5 de la misma norma superior³¹, incorpora a nuestro ordenamiento el de la proscripción a la discriminación, que afecte o vulnere los derechos, libertades y oportunidades de las personas, lo que trasladado al ámbito de la libre competencia económica significa, la tacha absoluta al tratamiento diferente, injustificado y desproporcionado y sin fundamento legal que trunque la realización efectiva, real y oportuna de los presupuestos básicos del principio de la libre competencia, tales como los de concurrencia, y conformación competitiva de los precios, transparencia y los demás que se desprendan del contexto de las normas objeto del presente análisis.”³²

Así también lo ha desarrollado la Sección Tercera de esta Corporación al hacer alusión a este principio:

“El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

Por ende, este principio implica, entre otros aspectos³³, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable

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. En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes está plenamente justificado por cuanto: a. La situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales; b. El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c. El trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es, la garantía de la prevalencia del interés general...”

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588 de 1992.

³¹ Constitución Política de Colombia. “ARTÍCULO 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

³² CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012. Exp. 38.924

³³ Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: “1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su

para que los interesados puedan preparar sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación³⁴, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración³⁵; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso³⁶.

Así las cosas, el principio de igualdad implica la garantía para las personas naturales y jurídicas que pretendan contratar con el Estado de que las oportunidades para todos serán las mismas y que el Estado, finalmente, elegirá la oferta más favorable para la Administración³⁷.

De manera que, "(...) el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable"³⁸.

oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior." Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del éste, todos los licitadores o oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 13355.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447)

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037 y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-887 de 22 de octubre de 2002.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

Por ende, como lo ha destacado esta Corporación bajo el derrotero de la jurisprudencia constitucional, el juicio de igualdad hace referencia a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, en el entendido que *“debe revestir una intensidad diversa, en función del grado de amplitud del margen de valoración que el ordenamiento atribuya a la autoridad pública de la cual se trate, para adoptar la decisión controlada, de suerte que a mayores márgenes de relativa libertad de decisión, menor debería ser, en principio, la intensidad del control judicial. (...)”*³⁹

2.2) Principio de libertad de concurrencia: este principio encuentra una relación directa con el principio de igualdad de oportunidades cuyo contenido ya se explicó anteriormente⁴⁰. Así, la libertad de concurrencia apunta a la posibilidad de que cualquier persona que cuente con la capacidad real de ser, eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal pueda asistir al proceso de formación del mismo, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación.

En este sentido se ha pronunciado la Sala Plena de esta Corporación:

*“ (...) el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante”*⁴¹.

El postulado, así visto, se funda igualmente en consideraciones profundamente inspiradas en la cláusula constitucional de la democracia, tales como la competencia, la concurrencia participativa y plural de actores del mercado interesados en relacionarse con la administración pública, lo que permite sostener la necesaria convivencia de un sistema económico democrático, fundado en la libre competencia plural como interés de la colectividad. La jurisprudencia constitucional así lo ha entendido de manera pacífica:

“...Dichos elementos constitutivos de la libertad de concurrencia económica dan lugar a un andamiaje jurídico que cristaliza en dos vertientes normativas,

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008, Exp. 8431

⁴⁰ La Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos: *“(...) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración (...)”* *“Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión (...)”* *“Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que, tal como se ha señalado en el apartado anterior, tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal (...)”*, Sentencia C- 815 de 2001.

⁴¹ MORENO MOLINA, José Antonio. *“Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas”*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, Pág. 47.

*por un lado la legislación dirigida a reprimir la competencia desleal, la cual mediante la limitación de la autonomía de la voluntad de los agentes del mercado protege los derechos económicos subjetivos de los empresarios; la segunda, la legislación antitrust, elimina las barreras que puedan constituir una afrenta a la competencia como tal y contra el interés público que ella salvaguarda, contra los derechos de los consumidores y su bienestar...*⁴²⁴³

Ahora bien, el principio de libre competencia no es absoluto, pues la entidad pública contratante, en aras de garantizar el interés público, dentro de los límites de la Constitución y la Ley, está facultada para imponer ciertas limitaciones, como por ejemplo, la exigencia de calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la Administración pública. Sin embargo, dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas, de tal forma que no impidan el acceso al proceso de selección; pues de lo contrario, también se afectarían los derechos económicos de la entidad contratante que no podría gozar de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato⁴⁴.

En definitiva, el principio de libre competencia se manifiesta en la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración, pues la libre competencia plural de interesados al mercado, busca ante todo determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y, por lo tanto, óptima para la Administración pública contratante⁴⁵.

2.3) Principio de selección objetiva: La Sala Plena del Consejo de Estado ha precisado el alcance de este postulado, al manifestar:

“El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1125 de 2008.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012. Exp. 38.924

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037 y Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero del 2012, Exp.: 38924.

arbitrario o corrupto de los servidores públicos⁴⁶.

De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante.

Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad⁴⁷.⁴⁸

Además esta Corporación en sentencia del 30 de enero de 2013, sostuvo que⁴⁹:

“15. El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-⁵⁰, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. “De dichos textos se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual”.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1999. “...el principio contemplado en el artículo 3.º del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita. 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 o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público...”

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012. Exp. 38.924

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp: 21.492.

⁵⁰ Ahora en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, norma que no resulta aplicable por ser posterior a los hechos que se juzgan art. 38 de la Ley 153 de 1887.

selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad⁵¹”.

2.4) Principio de transparencia: Esta Corporación en Sala Plena, al referirse a este principio rector de la contratación estatal, ha indicado:

“ (...) la transparencia dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones.

Significa referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general. Bajo las estructuras de nuestro sistema jurídico, la gran regla general dominante, enseña que quienes ejercen el poder, al igual que cualquiera de los servidores públicos de cualquier orden, “... no deben tener apenas secretos para los ciudadanos, por lo mismo que éstos son los auténticos titulares y propietarios de aquel. Es notorio, por otra parte, que los sistemas autoritarios o totalitarios tienden naturalmente a levantar un velo impenetrable de misterio sobre la actuación de sus poderes: el secreto, ciertamente, incrementa la eficacia de las técnicas de dominación y control social...”⁵².

Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina.

En este sentido, toda lectura de la norma en comento nos acerca de manera inevitable a la realización de procesos ante todo públicos, transparentes, vertidos al ámbito de la publicidad y por lo tanto garantes de la igualdad y la concurrencia.”⁵³

La transparencia es uno de los principios en los que se fundamenta la Ley 80 de 1993⁵⁴ y está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de diciembre de 2007, procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Fundamentos de derecho administrativo I”. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991. Pág. 251.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero del 2012, Exp.: 38924.

⁵⁴ “En cuanto principio rector de la actividad pública, el legislador ha querido llevar la transparencia a los procedimientos y actuaciones del orden público relacionadas con los contratos estatales; con este fin lo incorpora como un principio imperativo, inderogable, inmodificable, vinculante, y por lo tanto requisito legal esencial para la escogencia de los contratistas por parte de las entidades estatales, que se concreta en la obligación de desarrollar procedimientos administrativos previos a la celebración del contrato tendientes a procurar, en un plano de igualdad, la participación de todos aquellos que puedan proponerle a la Administración bienes, servicios o el objeto que requiera para la satisfacción del interés general.

actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso⁵⁵.

Como es apenas obvio, la máxima en comento reviste una especial importancia frente a la actividad contractual de la Administración pública, por cuanto el desconocimiento de la misma durante la formación de los contratos estatales comporta inescindiblemente una violación al principio de selección objetiva⁵⁶ y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal surgido en tales condiciones por objeto ilícito, pues de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; y además, al celebrar un contrato sin observancia del principio de selección objetiva se presentaría un abuso o desviación de poder⁵⁷.

Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo

De otra parte los procedimientos que se desarrollen para la escogencia de contratistas deben caracterizarse, si realmente se adecuan al contenido básico de la transparencia, por estar acompañados de principios inmediatos y consustanciales a la misma, tales como: debido proceso, publicidad, controversia, objetividad, motivación. En concreto, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 desarrolla estos presupuestos conceptuales de la transparencia, haciendo énfasis en su carácter imperativo para efectos de consolidarla realmente en los procesos contractuales que desarrollen las autoridades públicas". Ibid., pp. 191 a 192.

⁵⁵ Sobre el principio de transparencia como instrumentos para combatir la corrupción véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp.: 17088.

⁵⁶ *"El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos.*

De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante. Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad". CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Exp: 38.924.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp.: 15324. En este sentido véase también la Sentencia del 28 de marzo de 2012. Exp: 22471.

con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses⁵⁸.

El artículo 24 del Estatuto General Contratación de la Administración Pública desarrolla el principio de transparencia, el cual se manifiesta de varias formas: i) en el deber de publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) en el derecho de contradicción que quienes participan en el proceso de contratación; iii) en la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la Ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, salvo las excepciones legales⁵⁹.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

⁵⁹ Ley 80 de 1993, artículo 24. *Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio:*

1. *Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007*

2. *En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.*

3. *Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.*

4. *Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.*

5. *En los pliegos de condiciones:*

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

b) *Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.*

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

6. *En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones se señalarán las reglas de adjudicación del contrato*

7. *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.*

8. *Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.*

9. *Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.*

Parágrafo 1 (Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).

Parágrafo 2. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de

Ahora bien, el principio de transparencia mantiene estrechas relaciones con los demás principios a los que se ha hecho referencia en esta providencia, relaciones a las que se ha referido esta Subsección en oportunidades precedentes, puntualizando:

“De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.”⁶⁰

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,⁶¹ la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,⁶² la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.”⁶³

En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos, que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados.

3) Pliego de condiciones⁶⁴.

El pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y *“constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la*

esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal, so pena de su nulidad.

Parágrafo 3. Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates”.

⁶⁰ Artículo 209 de la Constitución Política.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002.

⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, Exp.: 12037.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plenade lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Exp.: 18118.

⁶⁴ Reiteración de la jurisprudencia Consejo de Estado del 13 de febrero de 2015, Exp: 30.161 y del 11 de mayo de 2015, Exp: 34.510

*administración y de las necesidades reales de la comunidad*⁶⁵, quedando por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes sometidos imperativamente a él, en virtud de lo contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo⁶⁶.

Sobre la doble naturaleza de los pliegos, la doctrina ha dicho lo siguiente:

“(...) Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación⁶⁷ (...)”

Componente importante de los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta es el que se relaciona con el establecimiento de factores y demás reglas pertinentes para permitir ofrecimientos coherentes dentro del respectivo procedimiento de escogencia de contratistas. Según el literal b del 24.5 de la Ley 80 de 1993, las variables que se deben utilizar para la escogencia de contratistas, que necesariamente deben ser el producto de toda la experiencia decantada en el proceso de planeación y fundamentalmente a partir del proyecto definido en este proceso, deben quedar expresas en estos documentos básicos del contrato estatal. Según la disposición enunciada, en los pliegos de condiciones o términos de referencia “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. (...)”

A más de la garantía de objetividad de las reglas y variables incorporadas en estos documentos, el legislador exige que las mismas sean: claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la

⁶⁵ *Ibídem.*

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

⁶⁷ José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones “... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella...”.

administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título. (...)

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar "... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...", esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993)."⁶⁸

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas.

El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad. Así lo ha referido la doctrina:

*"El desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa"*⁶⁴⁶⁹.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado algunas pautas interpretativas en torno al entendimiento de las nulidades de los pliegos; al respecto ha sostenido:

Empero, ninguna de las irregularidades que revela el expediente sobre el mero trámite de esa licitación alcanza a ser un verdadero vicio que afecte su validez. Ya en otras ocasiones la Sala ha dicho que no toda irregularidad, falla o

⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia

⁶⁹ "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 (...)"

tropiezo en que la administración incurra cuando adelanta los procedimientos administrativos, y la licitación lo es, sirve para sustentar la invalidez del acto que culmina la actuación. Se precisa que esa irregularidad afecte de manera ostensible el derecho de defensa, o, para el caso de la actuación contractual, el principio de selección objetiva. La Sala, para discernir si una determinada irregularidad, no tipificada como causal de nulidad por el procedimiento especial donde se haya producido el acto cuestionado, alcanza realmente a ser vicio suficiente que afecte la validez del acto debe preguntarse si de no haberse presentado la falencia o el yerro otra hubiere sido la decisión administrativa, y en caso afirmativo podría pensarse que, en efecto, se impone la nulidad del acto. Pero si, para las actuaciones precontractuales, a pesar de las irregularidades, la selección fue objetiva y el mejor postor fue el escogido, el acto de adjudicación debe salir avante...⁶⁵⁷⁰.”⁷¹

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que se contienen precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cubre imperativamente a todo el *iter* contractual⁷².

3.1) Principio de proporcionalidad respecto de los pliegos de condiciones.

Para cumplir los fines del Estado, los servidores públicos deben armonizar la autonomía que tienen las entidades territoriales en los procesos contractuales y el interés público, teniendo como fundamento el principio de la proporcionalidad, como instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, y que tiene necesaria presencia en todo el ámbito de aplicación de la actividad estatal y particularmente en el contexto de la contratación estatal.

La jurisprudencia contenciosa administrativa, ha precisado sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el marco de las relaciones del poder público y los ciudadanos que este:

“ (...) se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 11324.

⁷¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia

⁷² Ver CONSEJO DE ESTADO Sentencias del 22 de mayo de 2013 y 12 de febrero de 2014. Exps. 25592 y 25751 respectivamente.

los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego. Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija.”⁷³

Sobre el punto, debe precisarse que dicho postulado presenta tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el primero, sería el de adecuación, de idoneidad o de congruencia de las medidas adoptadas para obtener el objetivo buscado por la Administración; el segundo, de necesidad, intervención mínima o menor lesividad para satisfacer el interés público y por último, el de proporcionalidad traducido en el equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho que se limita y el beneficio para los fines estatales.

Entonces, corresponde a *“un principio general del derecho derivado de la idea de justicia material a través del cual se busca fundamentalmente que las restricciones estatales de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas – subjetivos – sea realmente útil, imprescindible, necesaria y sobre todo equilibrada y fundada en razones de interés general especialmente dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad”⁷⁴.*

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de

⁷³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de diciembre de 2006. Exp. 13.084

⁷⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Próximo a ser publicado, p. 447.

juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública, así se ha sostenido:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho⁷⁵, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público. (...)”⁷⁶

⁷⁵ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

⁷⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de

Ahora bien, para concluir con lo dicho sobre la discrecionalidad que posee la administración pública en el tema particular atinente a la confección de los pliegos de condiciones, la jurisdicción contenciosa administrativa ha determinado que el control judicial se encuentra limitado a los señalamientos que sean desproporcionados o irracionales:

“Lo dicho conduce a concluir que, en principio y dado que los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones —pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas—, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración para establecer los factores de escogencia entre los ofrecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios elegidos en sede administrativa por los que él considerare más apropiados o más convenientes para el interés general”⁷⁷(...)”⁷⁸

4) Acción de nulidad simple.

Dispone el artículo 84 del C.C.A. que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración *“(...) cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de*

su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

⁷⁷ Se estaría, en estos casos, en el terreno del control judicial de las decisiones administrativas basadas en criterios técnicos o en el de lo que ha dado en denominarse “discrecionalidad técnica”, asunto del cual se ocupó la Sala en reciente pronunciamiento en el cual fijó algunos parámetros relacionados con los alcances de la fiscalización judicial de este tipo de decisiones. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008, Exp. 8431

audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

De manera que, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando se pretende la nulidad de actos administrativos, es deber del demandante trazar un hilo conductor entre las normas que específicamente se estiman violadas y el concepto de la violación, es decir, el sentido de la infracción, las razones o motivos por los que considera que se configura la violación de normas superiores. Esto es así, porque, como lo ha sostenido la Corporación⁷⁹, en los procesos contencioso administrativos, en atención al carácter rogado de esta jurisdicción, no se da un control general de legalidad y, por tanto, el juez no tiene que entrar a analizar motivos diferentes a aquellos alegados por el actor y sólo debe examinar las normas que éste estimó como vulneradas; de lo contrario, estaría modificando la demanda en su *causa petendi*⁸⁰.

Bajo esta óptica, los requisitos previstos en el artículo 137 numeral 4º del C.C.A se cumplen cuando, al menos, en la demanda se cita alguna de las normas que sirven de fundamento a las pretensiones y se explican algunas de las razones por las cuales se considera transgredida dicha normatividad; así como también, la forma en que se materializa el vicio invalidante.

Ahora, si bien es cierto que la acción de nulidad no es un recurso de casación que exige unas formalidades muy precisas, pues al ser una acción pública permite a cualquier ciudadano acceder a la Administración de justicia en búsqueda de preservar el orden jurídico y al juez pronunciarse con la misma finalidad⁸¹, esto no es óbice para que la Ley establezca ciertas exigencias mínimas y razonables, que antes de restringir el núcleo esencial del derecho de acceso a la Administración de

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de abril de 2001. Expediente: 6536; Sentencia del 27 de noviembre de 2003, Expedientes: 8456 y 7777; Sentencia de 17 de agosto de 2006, Expediente: 5195-05; Sentencia de 16 de noviembre de 2006, Expediente: 5688-05; Sentencia de 28 de enero de 2010. Expediente: 0503-01; Sentencia del 18 de febrero de 2010. Expediente: 33934

⁸⁰ Al respecto resulta relevante tener presente que la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del numeral 4º del artículo 137 del C.C.A, declaró la constitucionalidad condicionada de este precepto, en el entendido de que los requisitos allí establecidos no limitan los poderes del juez administrativo, aun cuando en la demanda no se hubiesen señalado las normas violadas y el concepto de violación, pues cuando éste advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata o la incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica de inferior jerarquía; en el primer supuesto, deberá proceder a la protección del derecho vulnerado; y en el segundo, a la aplicación del artículo 4º de la Constitución. *Cfr.* Sentencia C-197 de 1999. En este sentido véase también las Sentencias C-131 de 1993 y la SU 039 de 1997.

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente: 15685.

Justicia, permiten que el juez pueda pronunciarse de fondo en el asunto que se le plantea.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al considerar que el ciudadano demandante, al formular los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad, debe exponer con *“(...) certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia, las razones por las cuales estima que el precepto acusado vulnera las normas constitucionales o legales que estima violadas (...)”*. Así mismo, la acusación formulada *“(...) debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma impugnada, de tal manera que se inicie realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad o legalidad que ampara a toda norma legal (...)”* y hace necesario un pronunciamiento por parte del juez competente para ello, y por último, *“(...) las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad deben ser ciertas, lo que implica que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente y no simplemente deducida por el actor, o implícita (...)”*⁸².

De manera que, para la prosperidad de las pretensiones dentro de una acción de nulidad, el accionante deberá presentar de manera precisa la causal de nulidad que desvirtúa la legalidad del acto administrativo proferido por la entidad estatal y las normas del ordenamiento jurídico que considera quebrantadas, para que el Juez administrativo pueda realizar el estudio respectivo, no hacerlo, significa que la demanda no fue presentada en debida forma.

5) Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1052 de 2001.

Con relación al principio de legalidad, éste determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”*⁸³ de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”*⁸⁴ y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”*⁸⁵

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”*⁸⁶

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*

⁸³ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 42.

⁸⁵ *Ibíd.*, p.43.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 54-55.

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

6) Carga de la prueba.

Con relación a la carga de la prueba tuvo oportunidad de pronunciarse esta Corporación en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera el 18 de febrero de 2010⁸⁷, en donde se refirió a la noción de *carga* como “*una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto*”⁸⁸. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la Ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.

⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp: 18.076. Reiterado mediante sentencia del 25 de marzo de 2015, Exp: 31.662.

⁸⁸ HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.

En ese orden de ideas, el concepto de *carga de la prueba* se convierte en **(i)** una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, **(ii)** en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las *reglas de la carga de la prueba* se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico⁸⁹. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

Las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta⁹⁰, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «*non liquet*» le obliga a resolver, en todo caso.

⁸⁹ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.968, p. 312.

⁹⁰ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 318.

Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues:

“[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.

Por otro aspecto, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión: “sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza”⁹¹.

El precepto que en el derecho positivo colombiano gobierna el tema, tratándose de los procedimientos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por virtud de la incorporación que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo efectúa respecto de las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan materias no desarrolladas en aquella codificación, es el artículo 177 del citado Estatuto Procesal Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

⁹¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2.002, pp. 429-430.

La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: *“incumbit probatio qui dicit non qui negat”*. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su *onus probandi*, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación en la sentencia, de su *causa petendi*; si es el demandado, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso a sus intereses.

Los planteamientos que se han dejado expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el *thema probandum* del proceso —es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la *necesidad* de su demostración—, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la *carga* de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandada.

Con base en los anteriores lineamientos, se realizará el análisis del caso concreto.

7) Caso concreto.

En el caso que aquí se estudia, la demandante pretende la declaratoria de nulidad de los pliegos de condiciones expedidos por METRO CALI S.A., dentro de la Licitación Pública No. MC – PU – 01 – 2000, que tenía por objeto llevar a cabo una obra consistente en la construcción de las calzadas de servicio de la calle 70 entre avenida 3 norte y carrera 23, puente vehicular, obras de urbanismo y demás obras complementarias en Santiago de Cali, y además la nulidad del proceso de selección adelantado con base en dichos pliegos, por valor de \$9.877.158.019, dividida en cuatro (4) grupos.

Para sustentar su petición, la accionante presenta una serie de cargos contra el pliego de condiciones, que la Sala resume así:

1. Violación del artículo 22 de la Ley 80 y del Decreto 92 de 1998: manifiesta la actora que el numeral 22.3 de la Ley 80 de 1993 establece que la calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante las entidades estatales de todos los órdenes, presupuesto que en este caso fue burlado por la entidad.

Frente al Decreto 92 de 1998, aduce que este establece los parámetros para la calificación y clasificación de los inscritos en el RUP y como resultado de la aplicación de dichos parámetros, se obtiene la capacidad de contratación, postulado que igualmente considera fue vulnerado, por cuanto el pliego en cuestión desconoce la capacidad de contratación acreditada, al exigir una mayor para poder presentar las propuestas.

2. Violación del principio de transparencia consagrado en el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, precisamente en cuanto:

- Al literal a) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ya que exigen muchos más requisitos objetivos de los necesarios para participar en el proceso de selección.

- Al literal b) numeral 5, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no se establecieron reglas objetivas, justas, claras y completas que aseguraran una escogencia objetiva.

- Al numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, disposición que indica que le está prohibido a las autoridades, eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en la Ley.

- Al numeral 9 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, debido a que, se desconoció el precepto legal de no incluir en los avisos el nombre o cargo de los servidores públicos. En la adenda No. 3 se incorporó la obligación relativa a que en la valla informativa que el contratista colocaría, debía estar el nombre de Ricardo Cobo – Alcalde.

3. Vulneración del artículo 25, numeral 12 en concordancia con el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en razón a que los pliegos fueron modificados por diversas adendas, entre ellas la No. 1 y 3, en relación con criterios para aplicar los factores de selección, lo cual demostró improvisación en el asunto. Mencionando la actora que la entidad no tenía la potestad de modificar hasta el último momento los pliegos de condiciones, porque con dicha actitud lo que probó es que los mismos fueron incompletos, confusos, etc.

Aduce que la potestad de modificar los pliegos, se obtiene únicamente como resultado de lo debatido en la audiencia de comentarios al pliego o por circunstancias impredecibles ocurridas con posterioridad a la entrega de los mismos.

4. Vulneración del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, por cuanto violó el derecho a la igualdad frente a los otros posibles proponentes por cuanto fijó una capacidad residual (Kr) mínima exagerada, de tal manera que no pudieron participar del proceso de selección personas que no tenían tanta capacidad.

5. Violación del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, sobre el deber de selección objetiva. A juicio de la parte demandante, el hecho de que la entidad estableciera la forma de evaluación de los factores como lo hizo en los pliegos, equivale a limitar la posibilidad de recibir las ofertas solamente a empresas grandes en detrimento de las medianas.

6. Vulneración del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que regula los principios de libre concurrencia e igualdad como fundamento de la licitación, y esencia jurídica de la formación de la voluntad contractual del Estado. Conforme a lo anterior, en el presente asunto la libertad de concurrencia ha sido violentada con las exigencias desproporcionadas que limitan la posibilidad de presentar propuestas, con lo que a su vez se atenta contra el principio de igualdad.

7. Violación de los artículos 2, 6, 21 y 209 de la Constitución Política, al considerar que la actuación de la entidad demandada se apartó de los fines del Estado y de los principios de igualdad, equidad y eficiencia.

De manera que, lo pretendido por la actora al presentar los anteriores cargos era desvirtuar la legalidad del acto administrativo del pliego de condiciones dentro de

la Licitación Pública No. MC – PU – 01 – 2000, siendo su deber demostrar a través de los diferentes medios de prueba aceptados que las aseveraciones hechas son ciertas.

Así pues, la Sala analizará el material probatorio arrimado al expediente para así poder determinar si le asiste razón a la parte accionante, o si por el contrario, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del pliego de condiciones dentro de la mencionada licitación.

Conforme a lo anterior, la Subsección encuentra demostrado que METRO CALI S.A dio apertura al proceso de Licitación Pública No. MC - PU – 01 – 2000 mediante Resolución No. 02 del 12 de enero de 2000⁹² y previo al mismo, analizó la conveniencia de la citada contratación para la construcción del proyecto de la calle 70 entre Av. 3N y Cra. 23 , mediante documento de fecha 11 de enero de 2000⁹³, en donde se señaló:

“De acuerdo con las instrucciones del Gobierno Nacional y dando cumplimiento al documento Conpes 2932 de junio 25 de 1997 y a los convenios financieros en el marco de la Ley 310 de 1996 y de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, METRO CALI S.A. está adelantando la contratación de las obras de la Plataforma Urbana que servirá para facilitar el acceso de los demás sistemas de transporte a las instalaciones del Metro Ligero de Cali, con base en la información técnica y los antecedentes administrativos respectivos, entregada por la SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION MUNICIPAL. Por ello, y dada la magnitud de la obra que se va a licitar, es necesario se (sic) realizar una Licitación Pública en cuatro (4) grupos (...)

El análisis de conveniencia para el desarrollo y ejecución de los estudios de la presente contratación, se realizó teniendo en cuenta las anteriores consideraciones:

1. Que en el documento CONPES 2932 de junio 25 de 1997, se incluyó la obra de la calle 70 entre Av. 3N y Cra. 23, como parte de las obras de plataforma urbana, las cuales serán financiados (sic) con recursos de la Nación y del Municipio de Cali.

2. Que el proyecto del Sistema Integrado de Transporte Masivo hace parte del desarrollo del Municipio de Santiago de Cali aprobado por el Concejo Municipal, mediante el Acuerdo 05 de 1998.

3. De igual manera el proyecto de la calle 70 entre Av. 3N y Cra. 23 hace parte del Acuerdo 05 de mayo de 1998 en lo concerniente al programa de Infraestructura Vial, subprograma vías, metas 1998 – 2001, numeral 19.

(...)

5. Que de acuerdo con las prioridades establecidas por el Gobierno Nacional mediante oficio No.000738 de julio 1 de 1999, se debe adelantar entre otros el

⁹² Fls.133 a 136 T.1

⁹³ Fls.127 a 130 T.1

proceso licitatorio de la calle 70 entre Av. 3N y Cra. 23, obra que hace parte de la Plataforma Urbana del Sistema Integrado de Transporte Masivo, para ello se requiere ejecutar los diseños existentes realizados por la SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION MUNICIPAL y complementados por GEICOL LTDA, con el propósito de conformar las obras de Plataforma Urbana que hacen parte del proyecto Sistema Integrado de Transporte Masivo.

(...)

8. Que en la actualidad con los siguientes estudios suministrados por la SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA VIAL Y VALORIZACION MUNICIPAL:

- Estudio de suelos*
- Diseño de pavimentos*
- Diseño estructural del puente sobre el rio Cali, ubicado en la calle 70 con cra. 9N.*
- Diseño paisajístico*
- Estudio de tráfico*

Estos estudios fueron realizados a través del contrato No. SIVV – VA – 10 – 99, suscrito el 9 de junio de 1999, entre la SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION Y I.E.S DE OCCIDENTE LTDA.

9. Que los anteriores estudios se han complementado y estructurado técnicamente para realizar los diseños faltantes como son Acueducto, Alcantarillado, Energía, Teléfonos, Señalización entre otros, con el propósito de tener un proyecto integral y así lograr una reducción de sobrecostos y una estructuración técnica adecuada que evite retrasos en la ejecución de las obras a licitar posteriormente.

Estos estudios fueron realizados a través del contrato No. MT – 01 – 99, suscrito el 19 de noviembre de 1999, entre la (sic) METRO CALI S.A. Y GEICOL LTDA.

De acuerdo con lo anterior, es necesario realizar la contratación con una persona natural o jurídica que por la experiencia de sus profesionales pueda realizar la ejecución de la construcción de los diseños elaborados para los diferentes grupos de trabajo, de tal forma que tenga una construcción idónea.”

Igualmente, reposa en el expediente copia auténtica del análisis económico para la contratación por Licitación Pública de la construcción de la calle 70 entre Av. 3N y Cra. 23 de conformidad con el artículo 3 del Decreto reglamentario No. 855 de 1.994. Licitación Pública No. MC – PU – 01 – 2000, de fecha 11 de enero de 2000⁹⁴, del cual se destaca lo siguiente:

“ En consideración a los requisitos de la presente contratación, se realiza el análisis económico teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. La determinación del presupuesto oficial, tuvo como referencia los precios comerciales existentes en el mercado, obtenidos mediante cotizaciones

⁹⁴ Fls.131 y 132 T.1

particulares de obra a diferentes proveedores y profesionales del ámbito local. El presupuesto oficial se anexa discriminado por grupos. (Anexo 1).

2. La estructura del personal requerido, se diseñó atendiendo a los alcances definidos en el pliego de licitación para dicha contratación y a la necesidad de contar en el desarrollo del contrato con profesionales cuyo (sic) necesidad de contar en el desarrollo del contrato con profesionales cuyo perfil técnico pueda brindar un eficiente y eficaz resultado al objeto contractual.

(...)”

Del mismo modo, se encuentra demostrado mediante Resolución No.002 del 12 de enero de 2000, que se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. MC – PU – 01 – 2000⁹⁵, la cual en su parte considerativa señaló:

“EL PRESIDENTE DE METRO CALI S.A., en uso de sus atribuciones legales y especialmente de las conferidas en la Ley 80 de 1993, y

CONSIDERANDO

- Que en documento CONPES 2932 de junio 25 de 1997, se incluyó la obra de la calle 70 entre Av. 3N y Cra 23, como parte de las obras de Plataforma Urbana, las cuales serán financiadas con recursos de la Nación y del Municipio de Cali.*
- Que el proyecto de Sistema Integrado de Transporte Masivo hace parte del plan de desarrollo del Municipio de Santiago de Cali aprobado por el Concejo Municipal, mediante Acuerdo 05 de 1998.*
- De igual manera el proyecto de la calle 70 entre Av. 3N y Cra 23 hace parte del acuerdo 05 de mayo 29 de 1998 en lo concerniente al plan de Infraestructura Vial, sub-programa vías, metas 1998 – 2001, numeral 19.*
- Que para el desarrollo del proyecto del Metro de Cali, se suscribieron dos convenios, uno para la financiación del Tren Ligero del Municipio de Santiago de Cali y la adquisición de los predios requeridos para su desarrollo y otro para la financiación de la Plataforma Urbana, firmados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Santiago de Cali.*
- Que de acuerdo con las prioridades establecidas por el Gobierno Nacional mediante oficio No.000738 de julio 1 de 1999, se debe adelantar entre otros, el proceso Licitatorio de la Calle 70 entre Av. 3N y Cra 23, obra que hace parte de la Plataforma Urbana del Sistema Integrado de Transporte Masivo.*

(...)

- Que los trabajos objeto de esta licitación configuran el contrato de obra de que trata el artículo 1º del Título III de la Ley 80 de 1993, sometiéndose por tanto a*

⁹⁵ Fls.133 a 136 T.1

Licitación Pública para la selección del contratista de conformidad con el numeral 1º del artículo 24 de la Ley citada.

- *Que dada la magnitud de la obra que se va a licitar, se realizará una Licitación Pública con cuatro (4) grupos, a saber:*

GRUPOS	DISPONIBILIDADES		
	NUMERO	FECHA	VALOR
GRUPO 1	1	11 de enero de 2000	\$3,257,875,321,00
GRUPO 2	2	11 de enero de 2000	\$2,046,782,415,00
GRUPO 3	3	11 de enero de 2000	\$2,898,116,440,00
GRUPO 4	4	11 de enero de 2000	\$1,674,383,843,00

(...)

- *Que de conformidad con el artículo 25, numeral 12º de la misma Ley 80 de 1993, se han efectuado los estudios y se han elaborado los Pliegos de Condiciones correspondientes; además, se hizo el análisis de conveniencia y necesidad de llevar a cabo la Contratación”.*

Como se observa de los anteriores medios probatorios, la entidad demandada abrió el proceso licitatorio No. MC – PU – 01 – 2000, con base en la información técnica y antecedentes administrativos entregados a METRO CALI S.A. por la Secretaría de Infraestructura Vial y Valorización Municipal de Santiago de Cali y complementados por GEICOL LTDA, con el propósito de conformar las obras de Plataforma Urbana que hacen parte del proyecto Sistema Integrado de Transporte Masivo.

Dentro de los estudios realizados se encuentran los de suelos, el diseño de pavimentos, el diseño estructural del puente sobre el río Cali ubicado en la calle 70 con Cra. 9N., el diseño paisajístico y estudio de tráfico⁹⁶, los cuales también fueron complementados y estructurados técnicamente, con el propósito de tener un proyecto integral y así lograr la reducción de sobrecostos y retrasos en la ejecución de las obras⁹⁷.

De manera que, dentro del análisis de conveniencia realizado por la demandada para el inicio de la licitación, se dijo que era necesario realizar la contratación con una persona natural o jurídica que por la experiencia de sus profesionales pudiera

⁹⁶ Estos estudios fueron realizados a través del contrato No. SIVV – VA – 10 – 99, suscrito el 9 de junio de 1999, entre la SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION Y I.E.S DE OCCIDENTE LTDA.

⁹⁷ Estos estudios fueron realizados a través del contrato No. MT – 01 – 99, suscrito el 19 de noviembre de 1999, entre la (sic) METRO CALI S.A. Y GEICOL LTDA.

realizar la ejecución de la construcción de los diseños elaborados para los diferentes grupos de trabajo, de tal forma que tuviera una construcción idónea.

En el mismo sentido, se refirió la entidad en el documento de análisis económico en donde se señaló que la estructura del personal requerido fue diseñada atendiendo a los alcances definidos en el pliego de licitación para dicha contratación y a la necesidad de contar en el desarrollo del contrato con profesionales cuyo perfil técnico pudiera brindar un eficiente y eficaz resultado en la ejecución del objeto contractual.

De este modo, el acto administrativo que dio apertura al proceso de licitación fue coincidente en precisar que los estudios previos en que se basó METRO CALI S.A. para dar inicio a la licitación, estuvieron precedidos de investigaciones realizadas por el municipio de Cali y firmas particulares, lo que significa que no fueron improvisados ni inventados, sino el resultado de un arduo trabajo que se realizó por parte del ente territorial para garantizar la construcción de obras que permitieran la adecuada integración del sistema de transporte masivo de la ciudad.

Es de anotar, como lo ha expresado nuestro máximo Tribunal constitucional que para asegurar el cumplimiento de los fines estatales, del interés general y común, es de vital importancia que se resalte en forma preponderante la figura del contratista que celebrará negocio con el Estado, *“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”⁹⁸.*

En consecuencia, la ley contractual frente a la confección de los pliegos, solo se ha encargado de precisar apenas criterios o parámetros generales, defiriendo la entidad pública contratante, en cada caso concreto, la responsabilidad de su elaboración, para lo cual deberá señalar reglas y criterios objetivos y razonables, que son los que en últimas, habrán de tutelar el proceso de selección. Así pues, la Administración cuenta con autonomía para establecer los criterios de evaluación y adjudicación de los procesos de contratación, claro está, sin que de ninguna manera, se puedan establecer reglas irracionales, desproporcionadas o arbitrarias

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C- 400 de 2 de junio de 1999

y siempre en aras de la satisfacción del interés público y del cumplimiento de los fines del Estado, tal y como se indicó en el acápite 3.1.

Así las cosas, para la Sala es evidente que los pliegos de condiciones elaborados por METRO CALI S.A., resultan jurídicamente admisibles como quiera que no comportan la trasgresión de ninguno de los límites que debe observar y acatar la Administración al ejercer la facultad de confeccionar los referidos actos administrativos, los cuales atendieron al principio de planeación, es decir, a las necesidades del servicio basados en estudios previos idóneos de los diferentes aspectos de la contratación, de manera que, si la demandante Olga González de Naranjo quería controvertir los requerimientos exigidos, pues en su criterio los consideraba exagerados o desproporcionados frente a la magnitud de la obra a realizar, debió cuestionar la idoneidad de los documentos que sirvieron de soporte a la demandada para dar inicio al proceso de licitación, para de esta manera desvirtuar la presunción de legalidad del pliego de condiciones y así lograr la prosperidad de los cargos y pretensiones esbozados en la demanda.

De lo expuesto, la Sala de Subsección concluye que no hubo violación alguna del principio de igualdad por cuanto dentro del proceso de selección, no se presentó una discriminación injustificada por parte de la entidad demandada, todos los oferentes tuvieron los mismos plazos para participar, los términos establecidos en los pliegos de condiciones se aplicaron por igual a todos y además de ello, como se señaló en los párrafos anteriores, los criterios usados para la construcción del pliego de condiciones fueron objetivos, razonables y proporcionales, ya que estuvieron basados en estudios realizados previamente al proceso de licitación y dentro de la autonomía de la administración. De manera que, los interesados contaron con las mismas oportunidades dentro del proceso y esto garantizó que la administración tuviera una pluralidad de propuestas, en total 7, de acuerdo con lo señalado en la resolución de adjudicación No. 069 del 26 de mayo de 2000 de la Licitación Pública MC-PU-01-2000⁹⁹, que le permitió a la entidad contratante escoger objetivamente las mejores propuestas para cada uno de los cuatro (4) grupos proyectados y así alcanzar los fines de la contratación, como se extracta del acto administrativo de adjudicación.

Vale precisar, como ya se dijo *supra*, que la Sala no encuentra configurada una violación al principio de proporcionalidad al cual está sujeta la administración en

⁹⁹ Fls. 63 a 90 T.1

materia contractual, en lo que refiere, puntualmente, a la elaboración de los presupuestos normativos que guiarán el procedimiento de selección objetiva del futuro contratista. Sobre el particular, esta Sala de Subsección tomó nota de la siguiente elaboración de los elementos de la proporcionalidad.

i) Que las exigencias planteadas en el pliego de condiciones se encuentren dirigidas, en general, a la consecución de los fines estatales que se persiguen con la contratación pública y, en particular, para satisfacer la necesidad requerida por la Entidad y el interés general. Tal sub-principio de idoneidad desecha, por desproporcionados, aquellos requisitos que no persiguen un fin jurídicamente legítimo o que no tienen la aptitud o capacidad para alcanzar o realizar tal fin, lo que para el caso *sub judice* implica juzgar que estos requisitos guarden relación con lo pretendido por la Administración y que no devengan en inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que no contribuyen a la selección objetiva del futuro contratista¹⁰⁰. Dicho con otras palabras, la competencia atribuida a la Administración para establecer los requisitos para que los proponentes puedan hacer parte del procedimiento contractual debe ser ejercida en consonancia con los principios convencionales, constitucionales y legales que dan fundamento a la función administrativa y, en particular, a la contratación estatal; por consiguiente, no cabe duda que *“sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que puedan frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes”*¹⁰¹.

ii) De igual forma, el marco normativo fijado en el pliego de condiciones debe avenirse con un segundo elemento del principio de proporcionalidad, cual es el sub-principio de necesidad. En virtud de este, resulta claro que las restricciones al derecho que tienen, potencialmente, todos los actores interesados en participar en los procedimientos contractuales promovidos por el Estado deben ser aquellas que resulten menos lesivas o invasoras de tal derecho de libertad; de modo tal que se juzgará como desproporcionados aquellas exigencias o requisitos que superen el umbral de lo que *necesariamente* se demanda para satisfacer el interés general. Este subprincipio implica valorar si las hipotéticas medidas alternas revisten el

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 1° de octubre de 2014, exp. 30614. Igualmente véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B Sentencia de 29 de julio de 2015, exp. 40660.

¹⁰¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación indebida. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 178-179.

mismo grado de idoneidad de aquella juzgada y afecta en menor grado el derecho o libertad intervenida.

iii) Finalmente, y en el tercer escenario, el sub-principio de proporcionalidad *stricto sensu* informa sobre la necesidad de llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de *ponderación*¹⁰², en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos¹⁰³ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro. Para el caso tratado, es claro que los principios enfrentados no son otros que la libre competencia e iniciativa privada, la cual *“opera en el marco del derecho general de libertad, que supone, sin ser absoluto, la posibilidad de los interesados de tomar parte y ejercerlo libremente conforme a sus pareceres, intereses y preferencias”*¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ y por el otro lado viene a enfrentar los fines constitucionales del Estado y la primacía del interés general, pues resulta claro que *“no puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o satisfacción de los intereses generales. (...) En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho”*¹⁰⁶. Solamente allí donde se pueda justificar la satisfacción del interés general y los fines constitucionales de la contratación sobre la libre competencia e iniciativa privada es que se podrá concluir que tales exigencias normativas del pliego de condiciones resultan, *stricto sensu*, proporcionales y, por ende, ajustadas a las competencias convencionales, constitucionales y legales de la Administración Pública.

¹⁰² La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

¹⁰³ A través de una escala trídica de leve, medio o intenso.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente de 4 de septiembre de 2015, Exp. 54549.

¹⁰⁵ Sobre algunas de las particularidades de la libre competencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha precisado: “La libre competencia económica implica necesariamente para un bien o servicio determinado, que existe una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada. La libertad económica establecida en el artículo 333 constitucional comporta la libertad de elegir. A los agentes económicos del mercado se les reconoce el derecho de elegir”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de febrero de 2012, Exp. 3894 (IJ).

¹⁰⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. No. 1, 2009 enero-junio, p. 23-24.

Contrastadas tales premisas normativas con el acervo probatorio y los demás elementos de juicio, esta Sala no encuentra argumentos que le lleven a considerar en el *sub judice* que el pliego de condiciones dictado dentro del procedimiento Licitación Pública MC-PU-01-2000 supone una violación al sub principio de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en estricto sentido; por el contrario, la Sala encontró demostrada que los criterios y requisitos allí fijados fueron producto de los estudios previos acometidos por la Entidad, con antelación a la apertura del proceso de licitación, y son objetivos y razonables, de donde se sigue, entonces, que son proporcionales conforme a los fines constitucionales de la función pública y en concreto respecto de la necesidad que se pretende satisfacer.

Ahora bien, frente a la supuesta vulneración del principio de libertad de concurrencia se observa que tampoco se presentó esta situación, debido a que las limitaciones impuestas en el pliego de condiciones atendieron a las necesidades de la entidad, la cual buscaba que la persona que desarrollara el contrato, fuera aquella que contara con las mejores calidades para hacerlo, circunstancia que como bien se dijo en el acápite 2.2 de esta providencia corresponde a una manifestación de dicho principio. De esta manera, se evidencia la Sala que no se quebrantó lo preceptuado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, como lo pretendía hacer ver la parte accionante.

Con relación a la violación del principio de selección objetiva esbozada por la accionante, es menester señalar que en atención a que su finalidad es garantizar la selección de la oferta más favorable para la entidad, atendiendo a las expresas necesidades del servicio, la Sala encuentra que en el caso en comento el pliego de condiciones cumplió a cabalidad con dicha exigencia, por cuanto como quedó demostrado con el material probatorio antes mencionado, las especificaciones allí señaladas fueron producto de un análisis detallado que realizó el municipio de Cali con apoyo de firmas privadas, hecho que demuestra que los criterios y requisitos que se establecieron para la selección de los contratistas, no fueron arbitrarios, ni discriminatorios, ni caprichosos y muchos menos subjetivos. Por el contrario, se garantizó que las ofertas seleccionadas fueran aquellas que atendieran de la mejor manera las necesidades públicas.

Finalmente, tampoco hubo transgresión del principio de transparencia, puesto que este implica, i) la publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la

Administración; ii) el derecho de contradicción de quienes participan en el proceso de contratación; iii) la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la Ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, presupuestos que se cumplieron plenamente y que sin lugar a dudas se garantizaron por la entidad demandada en el presente caso.

De todo lo anterior, se colige por la Sala que no hubo violación del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 como lo sustenta la recurrente, por cuanto el pliego de condiciones fue elaborado por la entidad accionada, teniendo en cuenta reglas objetivas, claras, justas y completas y los requisitos exigidos a los proponentes, tales como, capacidad residual, capacidad de organización, capital de trabajo, experiencia del proponente, entre otros, estuvieron dentro del marco de lo razonable, en el aras de la consecución de los fines contractuales perseguidos y en el escenario de la prevancia del interés general.

Igualmente, es menester señalar que no hubo quebrantamiento de lo consagrado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el numeral 5º del artículo 24 y con el numeral 4º del artículo 30, por cuanto como bien lo manifiesta la demandada en el escrito de alegatos de conclusión, *“se considera que existe una contradicción en lo manifestado por la demandante por cuanto dice que la Entidad no tiene potestad de modificar los pliegos hasta último momento y sin embargo invoca normas que si lo permite tal como el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues la audiencia de aclaración de pliegos permite que como resultado de lo debatido se expidan modificaciones y si fuera necesario se prorrogara el plazo de la licitación o concurso, hasta por seis días hábiles tal como ocurrió, lo que produjo el adendo No.4 del 14 de febrero de 2000”*. Adicionalmente, la Sala pudo constatar que las adendas que surgieron en el curso del cuestionado proceso de selección, estaban referidas a la modificación de los requisitos financieros y técnicos que fueron objeto de observación en la audiencia de aclaración de pliegos celebrada el 31 de enero de 2000, en el sentido de hacerlos más lapsos, lo cual permitía ampliar, más no restringir la participación de los futuros oferentes.

Por otra parte, la demandante manifiesta en sus escritos que Metro Cali desconoció lo establecido en el Decreto 92 de 1998 “Por el cual se reglamenta la

clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones”, debido a que en su juicio el pliego de condiciones consagró una capacidad de contratación mayor a la señalada en la norma, afirmación esta, que la Sala no comparte por cuanto el mencionado decreto en su artículo 3, estableció las condiciones generales para que el proponente se inscriba, clasifique y califique en el registro único de proponentes. Lo cual no obsta, para que METRO CALI S.A. al estructurar los pliegos de condiciones fije los parámetros para la selección objetiva, teniendo en cuenta el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80/93, circunstancia que de manera alguna quebranta los principios que erigen la contratación estatal, por el contrario, se convierte en una manifestación de los mismos.

La Sala de Subsección reitera lo anotado en líneas precedentes, en el sentido que la persona que va a contratar con el Estado debe reunir las condiciones y garantías que aseguren a la entidad pública contratante la obtención de las finalidades superiores, entre ellas, lo relacionado con el registro único de proponentes que lleva la Cámara de Comercio, y que permite conocer la idoneidad moral, técnica y financiera del contratista, así como lo pertinente a su experiencia. Es por lo tanto, en el momento de la evaluación de las propuestas, donde se verifica por parte de la administración y mediante la comparación de las mismas, cual de ellas ofrece las mejores condiciones bajo los requerimientos previamente establecidos en los pliegos de condiciones. Dando cumplimiento de esta forma, a los fines del Estado y a los principios de la contratación pública.

Ahora bien, también aduce la recurrente que hubo violación del numeral 9 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al desconocer el precepto legal de no incluir en los avisos el nombre o cargo de los servidores públicos. En la adenda No. 3 se incorporó la obligación relativa a que en la valla informativa que el contratista colocaría, debía estar el nombre de Ricardo Cobo – Alcalde, a lo cual anota que es un vicio subsanable sin la entidad suficiente para producir la nulidad solicitada.

Indicó la actora, que en cuanto a las condiciones y requisitos para participar en la licitación, específicamente a lo atinente al valor de los pliegos de condiciones, no estaba de acuerdo por ser desproporcionado, a lo cual la entidad demandada en las respuestas a las observaciones realizadas en la audiencia, manifestó *“no se acepta su petición porque el valor se estimó de acuerdo con los costos de preparación de la Licitación”*

De manera que, era deber de la accionante desvirtuar la presunción de legalidad que pesaba sobre el acto administrativo cuya nulidad pretendía, y para esto contaba con los diferentes medios de prueba establecidos por el legislador. No obstante, observa la Sala que brillan por su ausencia las pruebas idóneas que le permitan a este juzgador conceder el pedimento de la demanda; por el contrario, lo que se evidencia es que METRO CALI S.A. garantizó el cumplimiento de los principios que inspiran la contratación estatal, al pretender contar con un contratista (s) de las mejores calidades que por la envergadura de las obras a realizar y el tiempo programado para su ejecución, le proporcionara un alto grado de seguridad en la ejecución idónea y cabal de las mismas, comportamiento que se acompasa plena y armónicamente con los fines y principios de la contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993 y la Constitución Política.

Así las cosas, la Subsección concluye que la demandante incumplió con la carga de la prueba establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que supone que quien afirma un hecho debe probarlo; lo anterior significa que, quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan las pretensiones, al demandante.

De tal forma que, si no se cumple con el deber de probar, la consecuencia es la desestimación de las súplicas de la demanda (acápito 6), tal y como ocurre en el presente caso, en donde la accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el pliego de condiciones proferido dentro de la Licitación No. MC – PU – 01 – 2000, en los términos antes señalados.

En consecuencia, la Subsección confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las pretensiones de la demanda, por las razones antes expuestas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2004, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala
Aclaró voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente