

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 17001-23-31-000-2003-00896-01(37485)

Actor: ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: La interpretación de las exigencias de los términos de referencia. Deber de consultar la finalidad de los procesos de selección y la mayor participación de los proponentes. Defectos formales y sustanciales de las propuestas. Causales de rechazo.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 16 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se declararon infundadas las excepciones de falta de estimación razonada de la cuantía e inexistencia de la obligación y se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 633 a 658, c. ppal, segunda instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. solicita la nulidad de la resolución n.º 169 del 3 de junio de 2003, a través de la cual el departamento de Caldas adjudicó el concurso público de méritos n.º S.I. 001 de 2003 al consorcio Alfa, que tenía como finalidad la restauración arquitectónica del Palacio

departamental de la gobernación de Caldas declarado monumento nacional. Como consecuencia de lo anterior, solicita que también se anule el contrato con el mencionado consorcio. Igualmente, pide que se le indemnicen los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de ejecutar el respectivo contrato.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 16 de julio de 2003 (fl. 110, c. ppal), la sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., en adelante A.I.A., en ejercicio de la acción contractual, contenida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del departamento de Caldas (fls. 161 a 189, c. ppal)¹, la que fundamentó así:

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 94 a 99, c. ppal):

1.1.1. El 3 de abril de 2003, mediante resolución n.º 961, el departamento de Caldas abrió el concurso público de méritos n.º S.I. 001-2003 para la restauración arquitectónica del Palacio departamental de la Gobernación de Caldas, declarado monumento nacional, a través del sistema de administración delegada.

1.1.2. El 9 de abril siguiente se llevó a cabo la visita a la obra programada en el numeral 12 de los términos de referencia.

1.1.3. Con posterioridad a la visita de la obra, en los términos de referencia definitivos y en dirección diferente a la versión preliminar de ese documento, la

¹ Mediante auto del 10 de noviembre de 2003, el *a quo* inadmitió la demanda para que se precisara la acción interpuesta, se allegara copia auténtica de la resolución demandada y se adecuara el poder al tipo de acción ejercida (fl. 519, c. ppal). El 20 de noviembre siguiente, la actora precisó que la acción instaurada era la contractual. Manifestó la imposibilidad de allegar copia de la resolución demandada, en tanto el departamento de Caldas aún no la había suministrado, razón por la cual solicitó que se oficiara a dicha entidad antes de admitir la demanda. Por último, anexó el poder corregido de conformidad con la acción ejercitada (fls. 520 y 521, c. ppal). Mediante auto del 23 de abril de 2004, el *a quo* admitió la demanda.

demandada modificó el numeral 12 para exigir que cuando se tratara de personas jurídicas debía asistir el representante legal si era ingeniero o arquitecto, de no ser así, debía asistir la persona que avalara la propuesta.

1.1.4. A esa visita asistió una persona autorizada por el representante legal de la sociedad actora.

1.1.5. El 29 de abril de 2003 se cerró la oportunidad para presentar propuestas. La propuesta de la actora la suscribió el ingeniero Carlos Mauricio Córdoba, representante legal suplente y actuante a la fecha por falta temporal del representante legal principal.

1.1.6. El 13 de mayo siguiente, el comité evaluador de la demandada calificó las propuestas y la sociedad actora obtuvo el primer lugar de elegibilidad con 993.36 puntos.

1.1.7. Una vez formuladas las observaciones a la evaluación, el comité decidió descalificar la propuesta de la sociedad actora, en tanto la visita a la obra no se efectuó según lo exigido en los términos de referencia y, además, dentro de su objeto social no tenía la restauración de obras.

1.1.8. Como consecuencia de lo anterior, mediante resolución n.º 1691 del 3 de junio de 2003, el departamento de Caldas adjudicó el concurso al consorcio Alfa, que era la tercera propuesta en el orden de elegibilidad.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 99 y 100, c. ppal):

1. Decretar la nulidad de la resolución de adjudicación del concurso de méritos S.I. 001-2003 mediante la cual se le adjudicó al consorcio ALFA conformado por los señores FEDERICO ESTRADA JARAMILLO, GERMÁN SALAZAR MEJÍA y JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ FONSECA y cuyo representante legal es el señor GERMÁN SALAZAR MEJÍA, todo ello por ser violatoria de la Constitución, la ley y el pliego de condiciones o términos de referencia.

2. En virtud de la declaratoria de nulidad del acto separable del contrato, esto es, la resolución de adjudicación, solicito al Tribunal

decretar la nulidad absoluta del contrato suscrito con el CONSORCIO ALFA conformado por los señores FEDERICO ESTRADA JARAMILLO, GERMÁN SALAZAR MEJÍA y JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ FONSECA y cuyo objeto es la restauración arquitectónica del Palacio departamental de la Gobernación de Caldas declarado monumento nacional, todo ello por virtud de que el acto de adjudicación es consustancial a la existencia misma del contrato y, en consecuencia, anula el contrato mismo.

3. Por virtud de la nulidad de la resolución de adjudicación del concurso público de méritos S.I. 001-2003, se decrete que conforme a los pliegos, la ley y la Constitución, el real adjudicatorio de dicho concurso era la sociedad A.I.A. representada legalmente por el señor Ricardo Wills Mejía y por ello se ordene el restablecimiento del derecho de la sociedad a la que se le negó la adjudicación en flagrante violación de las normas a las que debió sujetarse la adjudicación.

4. Que como consecuencia de ello, se ordene la indemnización integral de perjuicios a la sociedad, en lucro cesante, en la suma total de los honorarios pactados y que ascendían a \$189.800.000 al día 30 de mayo de 2003.

5. Que se condene al departamento de Caldas a pagar a A.I.A. la suma indicada en el numeral anterior de manera actualizada al pago efectivo.

6. Que se condene en costas al demandado.

1.3. Concepto de la violación

La parte actora (fls. 100 a 107, c. ppal) fundamentó la nulidad deprecada en los siguientes cargos:

1.3.1. Violación de la Constitución, en tanto se rechazó la propuesta de la accionante por defectos formales y se adjudicó a quien no cumplía con las exigencias sustanciales para ejecutar al contrato. Igualmente, advirtió que la imposición de reglas para la visita a la obra, después de efectuada esta, resultó violatorio del debido proceso, hasta el punto que se convirtió en una exigencia de imposible cumplimiento.

1.3.2. Violación de la ley, en este punto se limitó a expresar que con las irregularidades advertidas en los hechos, que configuraron el desconocimiento de las exigencias legales, se eliminó la mejor propuesta y se abrió paso a la selección de un contratista sin el cumplimiento de las exigencias impuestas en los términos de referencia.

1.3.3. Violación de las normas que regulaban la adjudicación. Aquí indicó que en la versión preliminar de los términos de referencia se señaló unas condiciones para la visita a la obra; sin embargo, en los términos de referencia definitivos, que adquirió el contratista después de efectuada la visita a la obra, se modificaron las condiciones de la persona que debía asistir en representación de los proponentes que se presentaron como personas jurídicas, es decir, se impuso una exigencia que no fue conocida a tiempo. En todo caso, la persona que asistió a la diligencia lo hizo por delegación del representante legal y en representación de la sociedad actora.

Igualmente, sostuvo que en el objeto social se consignó que podía realizar todas las labores inherentes al ejercicio de la ingeniería y la arquitectura. La última, según la definición de la Ley 435 de 1998, incorpora la restauración de edificios, razón por la cual es claro que la actora tenía dentro de su objeto social la posibilidad de desarrollar el contrato por celebrar.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. El departamento de Caldas (fls. 585 a 596, c. ppal) sostuvo que las condiciones para visitar la obra fueron conocidas por todos los proponentes desde la publicación de los términos de referencia, que se produjo el 3 de abril de 2003, y, además, estimó que los documentos preliminares son documentos sujetos a modificaciones, razón por la cual sólo los documentos definitivos son los vinculantes para las partes del proceso de selección.

Afirmó que en la demanda no explicaron las normas violadas sino simplemente unas argumentaciones sin respaldo jurídico y probatorio, razón por la cual se impone concluir que no se satisfizo el requisito de la demanda del concepto de la violación.

Aseguró que la exigencia pretendía garantizar la correcta restauración del inmueble, para lo cual se requería de la presencia en la obra de las personas con los conocimientos necesarios para dimensionar el alcance del objeto a contratar.

Propuso como excepciones (i) la inexistencia de la obligación, en tanto las condiciones de los términos de referencia fueron conocidas dentro de la oportunidad, hasta el punto que la publicación de ese documento se efectuó el 3

de abril de 2003, al tiempo que la visita fue el 9 de ese mismo mes y año; (ii) la falta de estimación razonada de la cuantía, por cuanto la actora se limitó a tasarla en \$189.800.000 sin ninguna explicación.

2.2. Los miembros del consorcio Alfa, aunque fueron notificados personalmente de la demanda, no la contestaron (fl. 628, c. ppal)².

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 608 a 621, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 16 de julio de 2009, el *a quo* declaró infundadas las excepciones de falta de estimación razonada de la cuantía e inexistencia de la obligación y negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo (fls. 633 a 658 c. ppal, segunda instancia):

II. Consideraciones

1. LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS

Procede la Sala a resolver las excepciones propuestas por la parte demandada, de la siguiente manera:

“FALTA DE ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA” (...)

Para la Sala no tiene prosperidad esta excepción, dado que, en primer lugar, dicho requisito formal previo y de imprescindible cumplimiento para la admisión de la demanda, fue estudiado al momento procesal correspondiente, el cual se consideró debidamente cumplido sin que, por otro lado, se hubiese interpuesto oportunamente por la parte demandada el recurso procedente contra el auto admisorio de la demanda, esto es, el de reposición, con arreglo al artículo 143 el Código Contencioso Administrativo.

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” (...)

Dado que los argumentos planteados en esta excepción atañen directamente al fondo del asunto, el medio exceptivo será resuelto

² Antes de proferir sentencia de primera instancia, el *a quo* a través del auto del 9 de marzo de 2009 dispuso la vinculación del consorcio Alfa, ganador del proceso de selección cuestionado (fl. 624, c. ppal). Una vez notificados los miembros del consorcio, guardaron silencio (fls. 625 a 628, c. ppal).

conjuntamente con el fondo de la pretensión, en el acápite correspondiente de la presente sentencia. (...)

5. ÍNDOLE JURÍDICA DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA O PLIEGOS DE CONDICIONES (...)

En criterio de la Sala, las causales de nulidad del acto administrativo de adjudicación del contrato invocadas por la parte actora no tienen prosperidad, por las razones que a continuación se sustentan.

1. (...) De modo que sí: es inobjetable lo alegado por la parte actora respecto a que una de las actividades propias de la profesión de la arquitectura, legalmente reconocida, es la restauración de un edificio o un grupo de edificios. Cosa distinta, sin embargo, es que una sociedad comercial que ejerza actividades propias de la arquitectura y que pretenda celebrar un contrato estatal cuyo objeto sea la restauración de un bien inmueble considerado monumento nacional, le sea exigible tener dentro de su objeto social precisamente aquello para lo cual se le contrata, es decir, la restauración de edificaciones, y no por ejemplo, el diseño, la construcción, la ampliación o la alteración de las misma, pues el hecho de que la profesión de arquitecto abarque tan diversas actividades (o especialidades), no basta por sí solo para inferir o establecer que se tienen todas las competencias y, en el caso materia de examen, que el objeto social o actividad mercantil de la cual se ocupa la sociedad oferente es, entre tantas posibles, precisamente la de restauración de edificaciones. En consecuencia, no prospera el cargo formulado.

2. En lo que toca con el incumplimiento de lo establecido sobre la visita al sitio de la obra (...).

Analizados así los hechos, queda establecido que: 1) los pre términos de referencia fueron efectivamente publicados de manera oportuna por parte del Departamento de Caldas en su página web, y a través de ella tuvo conocimiento la parte demandante del proceso contractual en el que finalmente participó a través de la presentación de su propuesta. 2) Está igualmente demostrado, y no ha sido materia de controversia en esta Acción, que el día 3 de abril fueron publicados, por el mismo medio, los términos de referencia definitivos, en los cuales entre otros apartes esenciales, fue modificado el punto 12, referente a la regulación de la visita obligatoria al sitio de la obra y quiénes debían asistir en nombre de los proponentes. 3) Todo apunta a que la Sociedad hoy demandante no consultó dicha publicación y, por consiguiente, no se percató de la modificación que en ella se introdujo a los términos de referencia, razón por la cual no dio cumplimiento a la exigencia señalada en el apartado 12 de aquéllos: acudir en nombre de la Sociedad proponente a la visita al sitio de la obra quien debía hacerlo, pues ha quedado demostrado en el curso de la actuación que quien lo hizo fue un emisario de la Sociedad, bajo la responsabilidad del representante legal de la misma, representante legal que sí tenía la calidad de ingeniero y por tanto ha debido asistir a la visita tantas veces mencionada (hecho 100 de la demanda, folio 96, cuaderno 1).

En conclusión, para la Sala resulta probado que las situaciones invocadas por la parte demandante no se erigen en causal de nulidad

de la Resolución de Adjudicación del Contrato ni, en consecuencia, de nulidad absoluta del contrato para la "Restauración arquitectónica del Palacio Departamental de la Gobernación de Caldas", declarado Monumento Nacional" celebrado entre el CONSORCIO ALFA y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, razón por la cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 5 de agosto de 2009, la parte demandante interpone recurso de apelación (fls. 662, c. ppal, segunda instancia).

Como fundamentos de su apelación (fls. 673 a 681, c. ppal, segunda instancia), sostiene que (i) la persona que asistió a la visita de la obra, además de contar con el título de ingeniero civil, lo hizo en nombre y representación de la sociedad actora, razón por la cual se cumplieron todos los efectos que la demandada perseguía con la exigencia supuestamente incumplida. Afirmar que resultaba excesivamente formal imponer la presencia del representante legal a la visita de la obra, cuando esa función fue delegada en una persona con todas las capacidades y condiciones para comprometer a la actora. Representación que fue confirmada con la presentación de la oferta.

(ii) La actora tenía dentro de su objeto social la restauración de obras como la pretendida contratar. En efecto, entre las actividades que estaban autorizadas a la sociedad se encontraban todas aquellas relacionadas con la ingeniería y la arquitectura, entre otras, la reconstrucción de edificios.

(iii) Finalmente, reitera los fundamentos del concepto de la violación desarrollados en la demanda.

2. ALEGATOS

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 740 a 761, c. ppal, segunda instancia).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. Dado que dentro de la controversia está una entidad estatal³, el departamento de Caldas, el conocimiento de la misma corresponde a esta jurisdicción.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos⁴.

Si bien es cierto la parte demandada propuso como excepción la falta de estimación razonada de la cuantía, vale decir que, además de que dicho medio de defensa fue desestimado por el *a quo*, sin ninguna inconformidad de las partes, ese valor se cuantificó con base en la utilidad esperada, que corresponde a la indemnización que generalmente se reconoce en este tipo de asuntos. En esos términos, la cuantía se estimó en la suma de \$189.800.000, valor que se obtuvo de calcular una utilidad del 12.5% sobre el valor del presupuesto oficial fijado en la suma de \$3.547.125.000. Como se observa la cuantía corresponde a una estimación razonada.

1.1.3. De otro lado, en cuanto a la procedencia de la acción instaurada, debe señalarse que para el año 2003, cuando se presentó la demanda (fl. 110, c. ppal), estaba en vigencia la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por la Ley 446 de 1998, que en su artículo 32 modificó el artículo 87 de la citada codificación para disponer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serían pasibles de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; sin embargo, una vez celebrado el

³ Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: *“Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) (...) los departamentos”*.

⁴ Lo expuesto en atención a que la cuantía fue estimada en la demanda en la suma de \$189.800.000, que corresponde a lo dejado de percibir por honorarios, es decir, la utilidad esperada (fl. 98 y 107, c. ppal, segunda instancia).

respectivo contrato, esos actos sólo podrían demandarse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato.

En el *sub lite* se tiene que la acción intentada fue la contractual, en tanto se demandó la nulidad absoluta del contrato de obra n.º 004-2003 del 5 de junio de 2003 con fundamento en la nulidad del acto de adjudicación, contenido en la resolución n.º 169 del 3 de junio de 2003. Igualmente, así lo precisó la parte actora al subsanar su demanda (fls. 520 y 521, c. ppal). Ahora, presentada la demanda el 16 de julio de 2003 (fl. 110, c. ppal), es clara la procedencia de la referida acción, en tanto para esta última fecha el contrato derivado del proceso de selección cuestionado ya estaba suscrito, razón por la cual la única vía procesal para demandarlo era la acción promovida.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada expidió el acto administrativo cuestionado y su contraparte fue proponente dentro del proceso de selección donde se originó ese acto jurídico.

1.3. La caducidad

Frente a la caducidad de la acción se tiene que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, disponía que una vez celebrado el contrato derivado del acto previo demandado la única acción procedente era la contractual. De lo que se sigue que quedaba suprimida la posibilidad de demandar a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento de manera independiente, de manera que se imponía su acumulación con la acción contractual; ahora, frente al cómputo de la caducidad de esa acción, la Sección advirtió que era necesario demandar el restablecimiento del derecho dentro de los treinta días iniciales contemplados en el citado artículo, so pena de perderlo, en tanto esa pretensión no era propia de la acción contractual. En efecto, así se precisó⁵:

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

*Contrario sensu, es decir, **si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda;** en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante (se destaca).*

En ese orden, como la resolución n.º 169 del 3 de junio de 2003 se adjudicó en audiencia pública realizada en esa misma fecha (fls. 528 a 535, c. ppal) y, por consiguiente, según el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se notificó por estrados en esa oportunidad, es claro que entre ese día y el 16 de junio de 2003, cuando se presentó la demanda (fl. 110, c. ppal), no habían transcurrido

más de los 30 días ni los 2 años de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, reformado por la Ley 446 de 1996, y, por lo tanto, el restablecimiento y la acción contractual fueron intentados de forma acumulada y en tiempo.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El estudio de fondo de la Sala se concretará en determinar (i) si el objeto social de la actora le permitía la celebración y ejecución del contrato en ciernes, y (ii) si cumplió con la visita a la obra. Esta última cuestión, impone determinar el alcance y la finalidad de esa exigencia.

En este punto, vale precisar que si bien el concepto de la violación de la demanda no resulta ser del todo técnico, como lo advirtió la demandada, es suficiente para concluir que la cuestión se reduce a los cargos arriba expuestos, hasta el punto que ambas partes así lo entendieron desde el principio del proceso. Por consiguiente, la Sala se estará al estudio de las anteriores cuestiones como cargos de nulidad.

(iii) Si ambos reparos frente a la legalidad de la resolución de adjudicación están llamados a prosperar se impondrá la nulidad de la misma y, por consiguiente, del respectivo contrato. De no ser así, deberán negarse las pretensiones de la demanda, en tanto la subsistencia de uno de los motivos de rechazo de la propuesta mantendrá incólume la legalidad de la adjudicación; igualmente, habrá que determinarse si la propuesta de la actora fue la mejor, y, de ser así, reconocer los perjuicios correspondientes.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN

3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección

De entrada, precisa advertir que para el 3 de abril de 2003 (fl. 540, c. ppal, texto de la resolución de adjudicación n.º 169 del 3 de junio de 2003), cuando el departamento de Caldas abrió el concurso público de méritos n.º S.I. 001-2003, a

través de la resolución n.º 951, estaba vigente la Ley 80 de 1993⁶, contentiva del régimen jurídico contractual de las entidades estatales, como lo es la demandada, por lo que este es el régimen jurídico aplicable al presente asunto.

3.2. Del trámite del concurso público de méritos n.º 001-2003

De entrada es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Además, las documentales se allegaron en copias auténticas y simples, siendo posible valorar estas últimas de acuerdo a la postura actual de la jurisprudencia de la Sección⁷. De las pruebas aportadas se tiene:

3.2.1. El 3 de abril de 2003, a través de la resolución n.º 961, el departamento de Caldas abrió el concurso público de méritos n.º S.I. 001-2003 para la restauración arquitectónica del Palacio Departamental de la gobernación de Caldas (fl. 540, c. ppal, texto de la resolución de adjudicación n.º 169 del 3 de junio de 2003).

3.2.2. A folios 10 a 58 del cuaderno principal, obra un documento, aportado con la demanda, que se titula como “Concurso de Méritos n.º SI-001-2003” en el que a mano alzada se consignó “PREPLIEGOS”, sin que se pueda determinar el autor de esta inscripción. Como fecha se observa únicamente marzo de 2003. En el capítulo I, numeral 12, de ese documento se consignó (fls. 18 y 19, c. ppal):

⁶ La Ley 80 de 1993 empezó a regir en su integridad desde el 1 de enero de 1994, salvo algunos artículos que comenzaron a regir desde su promulgación y otros un año después de esta última (art. 81 de la Ley 80 de 1993).

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: “(...) si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad substantiam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso. Así las cosas, si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad substantiam actus)”.

12. VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS

Con el fin de que los participantes conozcan el sitio de la obra y en general, todos los factores que pueden influir en los costos y la programación de la misma, se realizará una visita de carácter obligatorio al lugar de la obra, el día 9 de abril de 2003 a las 10:00 a.m. El sitio de la reunión será en El Palacio de la Gobernación de Caldas, ubicado en la cra 21 entre calles 22 y 23, marco de la plaza de Bolívar.

En desarrollo de la visita quien asista, deberá consignar en la planilla acreditada para tal fin su nombre y número de la tarjeta profesional que acredita su condición de Ingeniero Civil o Arquitecto. Los certificados de asistencia a la visita se entregarán en la audiencia.

3.2.3. El 3 de abril de 2003, el demandado publicó los términos de referencia definitivos del concurso de méritos SI-001-2003 (copia simple de los pantallazos del sistema electrónico de registro de los procesos de contratación del departamento de Caldas, fls. 552 a 554, c. ppal).

3.2.4. Junto con la publicación arriba referida en el numeral 3.2.3. *supra*, el demandado aportó los términos de referencia definitivos, pero en forma incompleta (fls. 555 a 582, c. ppal, copia simple)⁸. En ese documento se observa que el costo de los mismos para los oferentes quedó establecido en la suma de \$225.000, además de un pago de 1% y de 0.4% por estampillas prouniversidad y prodesarrollo (fl. 564, c. ppal, numeral 10); en el numeral 12 se consignó (fl. 566, c. ppal):

⁸ De las pruebas allegadas se tiene que a los términos de referencia se le hicieron cuatro adendas, así: **la n.º 1 del abril de 2003** para precisar que los únicos que podían presentar propuestas eran los preseleccionados e informar a su vez quiénes eran (fl. 493, c. ppal); **la n.º 2 del 11 de abril siguiente** para prorrogar el plazo para presentar propuestas o el cierre del proceso de selección hasta el 29 de abril de 2003 (fl. 494, c. ppal); **la n.º 3 del 23 de abril de 2003** para precisar que los oferentes que no fueron preseleccionados podían ser contratados por quienes sí lo fueron, que el plazo de la construcción era de 210 días calendario, que el oferente que ofreciera un plazo mayor sería eliminado, sin que el que ofertara uno inferior tuviera ventaja alguna, los puntos del plazo se trasladaron al enfoque, metodología, cronogramas y plan de calidad y se precisó la metodología para la asignación de ese puntaje, se precisó la experiencia de los profesionales, la aplicación del Decreto 2090 de 1989, los costos directos de la obra y los imprevistos, la exigencia del objeto social de los oferentes, la experiencia exigida, los paz y salvos de las empresas del servicio de salud, la carta de presentación de los consorcios y uniones temporales, se adicionó el numeral 14.2.3.2 de la información contenida en el sobre número 2, numeral 16 y la imposibilidad de presentar dos o más profesionales en una misma propuesta (fls. 495 a 498, c. ppal), y **la n.º 4 del 24 de abril de 2003** que definió los parámetros para demostrar la experiencia específica de los profesionales en restauración (fl. 499, c. ppal). Vale aclarar que aunque estas adendas obran sin firmas de quien las extiende, se tratan de documentos que fueron aportados por la demandada en respuesta al requerimiento hecho por el *a quo* (fl. 118, c. ppal), razón por la cual se entiende que son parte del proceso de selección en estudio.

12. VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS

Con el fin de que los Participantes conozcan el Sitio de la obra y en general, todos los factores que puedan influir en los costos y programación de la misma, se realizará una visita de carácter obligatorio al lugar de la obra, el día 9 de abril de 2003 a las 10:00 a.m. El Sitio de la reunión será en El Palacio de la Gobernación de Caldas, ubicada en la cra 21 entre calles 22 y 23, marco de la plaza de Bolívar

En desarrollo de la visita quien asista, deberá consignar en la planilla acreditada para tal fin su nombre y número de la tarjeta profesional que acredita su condición de Ingeniero Civil o Arquitecto. Los certificados de asistencia a la visita se entregaran en la audiencia.

La visita será de carácter obligatorio, personal, única e intransferible. En el caso de personas jurídicas, asistirá a la visita el representante legal si es Ingeniero o Arquitecto, en caso de no tener una de las dos profesiones mencionadas, asistirá a la visita la persona que avalará la propuesta. En el caso de consorcios y uniones temporales de personas naturales, asistirán a la visita uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal, en el caso de consorcios y uniones temporales de personas jurídicas, asistirá a la visita el que cumpla los requerimientos de persona jurídica antes mencionado (sic).

Igualmente, en los términos de referencia se consignó (fls. 567, 568, 571 y 572, c. ppal):

14. CONDICIONES Y CALIDADES EXIGIDAS

14.1. EN CUANTO A LOS PROPONENTES

14.1.1. PARTICIPANTES

Podrán participar en el presente concurso todas las personas naturales o jurídicas, en forma independiente o en consorcios o uniones temporales, que hayan asistido a la visita la cual es obligatoria, que hayan cancelado los derechos de participación, retirado los términos en forma escrita, que no estén incurso en las inhabilidades o incompatibilidades para contratar dispuestas en la Constitución, en la Ley 80 de 1093, el Decreto reglamentario 1436 de 1998, Decreto 2170 de 2002 y demás normas concordantes para contratar con el Departamento de Caldas y que además se encuentren inscritas, clasificadas y calificadas en el Registro Único de proponentes de la Cámara de Comercio de su domicilio como Constructores, en la especialidad 04, grupo 04. K de contratación: Quince mil (15.000) SMMLV.

Experiencia específica. El proponente será especialista en Restauración de edificaciones, certificar 3.000 m2 en restauración arquitectónica de edificaciones declaradas monumentos nacionales, y

un contrato en conservación, restauración y/o remodelación de edificios en calidad de Gerente de obra o administrador delegado cuyo valor no sea inferior a \$300.000.000. **Si el proponente no es especialista en Restauración**, deberá certificar 6.000 m2 en restauración arquitectónica de edificaciones declaradas monumentos y un contrato en conservación, restauración y/o remodelación de edificios en calidad de Gerente de obra o administrador delegado cuyo valor sea igual o superior a \$300.000.000; dichas experiencias se acreditarán con las certificaciones como contratista de entidades públicas y/o privadas y el título de especialista en Restauración (Si lo tiene).

Para las uniones temporales serán la suma de las experiencias de cada uno sus miembros, de acuerdo con el porcentaje de participación que tuvieron en dichas experiencias cada uno de los integrantes. (...) Entiéndese por certificación, el documento expedido por la entidad estatal o por el particular, o el acta de liquidación final, aprobado por el interventor del contrato ejecutado.

La experiencia ejecutada, se actualizará así: Si se trata de un contrato suspendido se considerarán los M2 y porcentajes ejecutados a la fecha de suspensión; si se trata de contratos en ejecución, se considerará el porcentaje y M2 ejecutado, al momento de expedir la certificación.

Para los contratos ejecutados por administración delegada, se entenderá como experiencia final del contrato, la ejecutada en su totalidad en M2.

Para considerar la experiencia de obra del proponente en ejecución de contratos con particulares, anexará además de la certificación, la copia del contrato suscrito con el particular y acreditar el pago del impuesto de timbre. Si es financiada por una corporación, además de la Licencia y foto de la obra, se anexará la certificación expedida por este organismo donde se indique claramente el objeto de la obra financiada ya construida, el valor financiado o costo de la misma. Si lo tiene, y el período de ejecución, con indicación de la fecha de iniciación y terminación (mes y año); los M2 específicos que se piden como experiencia.

La capacidad residual mínima de contratación requerida a la fecha del cierre del presente concurso como constructor será de diez mil setecientos (10.700) SMMLV. (...)

14.2. EN CUANTO A LA PROPUESTA (...)

14.2.3. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

14.2.3.1. INFORMACIÓN CONTENIDA EN SOBRE No 1

En este sobre el proponente deberá incluir los documentos que se relacionan a continuación y la omisión de aquellos necesarios para la comparación de las propuestas, impedirá tenerla en cuenta para su evaluación y posterior adjudicación, de conformidad con la Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 15, inciso segundo. (...)

5. *Certificado de Existencia y Representación Legal de la firma actualizado y renovado para el año 2003 de igual forma para cada uno de los miembros del Consorcio o de la Unión Temporal, según el caso, con una vigencia no superior a 30 días anteriores al cierre del concurso. **El objeto de la sociedad deberá incluir la restauración de edificaciones** y la duración de la misma contada a partir de la fecha de cierre del plazo del presente concurso público, no será inferior al plazo establecido para el contrato y cinco (5) años más (se subraya y destaca)*

Más adelante, como causal de rechazo se fijó la omisión de alguna de las exigencias necesarias para la comparación de las propuestas, y, además, que la propuesta debía estar avalada por un ingeniero civil o un arquitecto debidamente matriculado (fls. 573 y 574, c. ppal, numeral 14.2.4., literales f y h).

3.2.5. El 9 de abril de 2003, la accionante consignó las sumas de \$225.000, por concepto de “Concurso de Méritos Público SI-01-2003”; igualmente, consignó las sumas de \$2.720 y \$2.250 por estampillas prodesarrollo y prouniversidad, respectivamente, para el mismo proceso de selección (fls. 60 y 61, c. ppal, copias de las certificaciones de la Tesorería General del departamento de Caldas).

3.2.6. El 9 de abril de 2003, en el listado de los asistentes al sitio de las obras se consignó que a nombre de la sociedad actora asistió el señor Jaime Cárdenas, con cédula de ciudadanía n.º 10.212.274 y con tarjeta profesional n.º 723 (fl. 583, c. ppal).

3.2.7. El 23 de abril siguiente, mediante adenda n.º 3⁹, la demandada, frente a la pregunta de uno los proponentes de si el “*ejercicio de la ingeniería en el ramo de la construcción, cumple con el numeral 14.2.3.1. punto 5?*” respondió (fl. 497, c. ppal):

Esta sociedad no cumple con lo estipulado en los términos de referencia porque en su objeto debe incluir la restauración de edificaciones, que es una especialidad dentro del ramo de la construcción, no se puede desvirtuar el objeto del concurso de méritos que es la restauración de un monumento nacional considerado un trabajo artístico.

3.2.8. El 29 de abril de 2003, a las 16:00 horas, se cerró la oportunidad para presentar propuestas (fl. 540, c. ppal, texto de la resolución de adjudicación n.º

⁹ En relación con las demás adendas probadas en el proceso se remite al pie de página n.º 8 de esta providencia.

169 del 3 de junio de 2003). Según lo consignado en la adenda n.º 1 del 8 de abril de 2003 se preseleccionaron 10 propuestas para participar en el concurso, entre ellas, la aquí accionante (fl. 493, c. ppal).

3.2.8. El 13 de mayo siguiente¹⁰, el comité evaluador integrado por la demandada determinó que tres propuestas fueron hábiles para la calificación técnico-económica (fls. 732 a 734, c. pruebas). El consolidado de la evaluación de esos criterios quedó así (fl. 735, c. pruebas):

PROPONENTE	PORCENTAJE ADMINISTRACIÓN	PUNTAJE FÓRMULA	PUNTAJE DE EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE TOTAL
N.º 1 ¹¹	11,622%	291,70	700,00	991,70
N.º 2 ¹²	12,217%	293,36	700,00	993,36
N.º 3 ¹³	12,153%	294,97	650,00	944,97
Presupuesto oficial	12,500%			
Pp	12,181%			
Pb	12,135%			
Pd	11,953%			

3.2.9. Dentro de las observaciones presentadas, están las del proponente consorcio Salvador Vásquez Cía. Ltda.-Fundación Ferrocarril de Antioquia frente a la evaluación de la sociedad actora, así (fls. 916 a 922, c. pruebas):

CUARTA: CONSIDERACIÓN SOBRE LOS REQUISITOS DE FONDO EXIGIDOS EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA Y CONSIDERADOS COMO CUMPLIDOS POR EL PROPONENTE ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. “A.I.A.” (APLICABLE A TODOS LOS OFERENTES)

¹⁰ Vale advertir que este documento aparece firmado a lo largo de su texto, en cada una de sus páginas, pero sin nombres legibles (fls. 732 a 740, c. ppal). Dos de ellas son similares con dos firmas estampadas por los señores William Castrillón García y Roberto Restrepo Ospina en el oficio del 12 de mayo 2003, en el que en su condición de miembros del comité evaluador le solicitaron a uno de los participantes del proceso en estudio que aclarara algunos puntos de su propuesta (fl. 741, c. ppal). Igualmente, esas dos personas fueron designadas como miembros del comité evaluador a través de la resolución n.º 1191 del 29 de abril de 2003 (fl. 540, c. ppal, texto de la resolución de adjudicación n.º 169 del 3 de junio de 2003). Atendiendo lo expuesto, la Sala lo valorará sin limitación alguna.

¹¹ Corresponde al proponente consorcio Salvador Vásquez y Cía. Ltda.-Fundación Ferrocarril de Antioquia (fl. 733, c. pruebas).

¹² Corresponde a la sociedad actora (fl. 733, c. pruebas).

¹³ Corresponde al proponente consorcio Alfa (fl. 733, c. pruebas).

CUARTA A): CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL:

Los términos de referencia en el Nral 14 “CONDICIONES Y CALIDADES EXIGIDAS”, puntos 14.1. “EN CUANTO A LOS PROPONENTES”, 14.1.1. “PARTICIPANTES”, “experiencia específica”, y 14.2.3.1. “INFORMACIÓN CONTENIDA EN EL SOBRE No 1”, Numeral 5, exigen con plena y total claridad, los siguientes aspectos que debe demostrar y soportar en la forma documental solicitada específicamente “CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y LEGAL” el proponente persona jurídica: -Que es persona jurídica debidamente constituida y registrada en una Cámara de Comercio; -El objeto jurídico-social, es decir, cuál es su razón de existencia; -La Naturaleza de la persona jurídica; las reformas que ha sufrido durante su existencia; -Su representante o representantes legales y funciones; -Sus órganos administrativos y sus funciones; -La revisión Fiscal de que es objeto; -La duración de sociedad, las causales de disolución y forma de hacerlo.

El objeto social así demostrado, deberá satisfacer los requerimientos de los términos de referencia, para poder optar a contratar con la Gobernación de Caldas, en la Restauración de la Gobernación, a saber:

Ya desde la Inscripción de los posibles oferentes, los términos de referencia, exigían que “las personas interesadas en participar en el presente concurso de méritos deberán inscribirse en la Secretaría de Infraestructura ubicada (...) y en forma escrita su voluntad de participación, declarar que cumple con el numeral 14.1.1. de los términos de referencia (Experiencia específica), nombre o razón social (...) especialidad (...)”.

Experiencia específica: El proponente (persona natural o jurídica) será especialista en restauración de edificaciones (...) (14.1.1.).

y (sic) certificado de existencia y representación legal de la firma (persona jurídica) actualizado y renovado para el año 2003... con una vigencia no superior a 30 días anteriores al cierre del concurso. El objeto de la sociedad deberá incluir la restauración de edificaciones....”.

Pues bien, el certificado de existencia de (sic) representación legal de ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. A.I.A., expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, el día 15 de mayo de 2003, cuyo original anexo y que hace parte integral de esta formal solicitud, no contempla en ninguno de seis numerales destinados a la relación de su objeto social la restauración de edificaciones. (...)

La restauración no es una labor inherente al ejercicio de la ingeniería y la arquitectura, como si pueden serlo la albañilería, la pintura, la estucada, el revoque. Y tampoco es la restauración, un aspecto o modalidad de dichas disciplinas. La restauración es una especialidad. (...)

Aducir que el Certificado de Inscripción, clasificación y calificación, presentado por A.I.A., por incluir el nral 10404 “Restauración de edificaciones” suple la falencia anotada, no es congruente, porque los términos de referencia, en forma clara, indudable y expresa, solicitan como medio probatorio sobre la calidad de restaurador del proponente el que conste en el objeto social del certificado de existencia y representación legal. (...)

CUARTA B) VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS (...)

Sobre este requisito de asistir a la visita, es menester comprender que esta fue cualificada en la normatividad para las partes, es decir, para la administración departamental y para los oferentes, sobre todo en cuanto hace relación a las personas jurídicas, en los términos de referencia. Y sostenemos que fue cualificada en el sentido de que la administración quería que aquellos directivos de las personas jurídicas conociesen plenamente las características del inmueble a intervenir mediante la restauración convocada, en forma tal que estos, que comprometen como representantes legales a las mismas frente a terceros, supiesen a ciencia y paciencia cuál era el objeto que se proponía intervenir la administración y cuál era igualmente el resultado aspirado por la gobernación. (...)

Dos de los representantes legales de A.I.A. son profesionales en la Ingeniería y por tanto era menester y obligatoria su asistencia a la visita de las obras. No podían delegar en un tercero, tal como lo hicieron, en el ingeniero Jaime Cárdenas Jaramillo.

3.2.10. Aunque no obra la propuesta de la parte actora, la demandada allegó copia simple del certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Medellín del 23 de abril de 2003, en el que se consignó como objeto social de la sociedad actora el siguiente (fls. 849 y 850, c. pruebas 1):

OBJETO SOCIAL: *La empresa que constituye el objeto societario consiste:*

- 1) Todas las labores inherentes al ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura, sus diferentes aspectos y modalidades.*
- 2) Las construcciones, reparaciones, parcelaciones, urbanizaciones, montajes, instalaciones, ornamentaciones y obras complementarias.*
- 3) La promoción de negocios, compra y venta, construcción, administración y custodia de inmuebles, y la compra y venta de materiales y elementos para la construcción.*
- 4) La representación de firmas constructoras nacionales o extranjeras y de firmas nacionales o extranjeras que fabriquen, distribuyan o en cualquier forma se dediquen a la construcción, al diseño, a la arquitectura, o en cualquier forma realicen operaciones con productos, elementos, máquinas o equipos destinados a la construcción.*

- 5) *La participación en licitaciones, invitaciones y concursos públicos y derivados; presentar ofertas en ellos, bien sea a título individual o en consorcio, en uniones temporales o en cualquier otra modalidad de asociación, y celebrar contratos con entidades públicas y privadas tales como consultoría, construcción, concesión, de diseño arquitectónico y demás relacionados con el ejercicio de la ingeniería y de la arquitectura.*
- 6) *La prestación de servicios de gerencia de personas jurídicas, de proyectos, de concesiones y otras que tengan relación directa o indirecta con el ejercicio de la ingeniería y de la arquitectura.*

3.2.11. El 23 de mayo de 2003, el Comité Evaluador de la demandada determinó con relación a la observación del alcance del objeto social de la actora que era procedente, en tanto *“estima que la sociedad AIA no cumple con las calidades exigidas para este concurso porque no tiene en su objeto social la restauración de edificaciones procede entonces a retirar esta propuesta del proceso evaluativo”* (fl. 527, c. pruebas). Ahora, frente a la visita al sitio de la obra, sostuvo que *“una vez verificada toda la documentación presentada por el proponente AIA, se comprobó que esta sociedad, no cumple con este requisito, pues su representante legal CARLOS MAURICIO CÓRDOBA JARAMILLO, acredita ser ingeniero civil y en consecuencia debió presentarse personalmente a la misma, por lo tanto esta propuesta debe retirarse del proceso evaluativo”* (fl. 528, c. pruebas). Después de resueltas las observaciones formuladas por los proponentes, sólo quedaron dos propuestas hábiles (fls. 525 a 534, c. pruebas). Los puntajes fueron los siguientes (fl. 536, c. pruebas):

PROPONENTE	PORCENTAJE ADMINISTRACIÓN	PUNTAJE FÓRMULA	PUNTAJE DE EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE TOTAL
N.º 1 ¹⁴	11,622%	292,13	700,00	992.13
N.º 3 ¹⁵	12,153%	294,52	700,00	994.52
Presupuesto oficial	12,500%			
Pp	12,194%			
Pb	12,117%			
Pd	11,935%			

¹⁴ Corresponde al proponente consorcio Salvador Vásquez y Cía. Ltda.-Fundación Ferrocarril de Antioquia (fl. 535, c. pruebas).

¹⁵ Corresponde al proponente consorcio Alfa (fl. 535, c. pruebas).

3.2.12. El 30 de mayo de 2003, la Secretaría de Infraestructura del demandado ratificó, en lo que respecta a la actora, las anteriores respuestas y el orden de elegibilidad (fls. 516 a 524, c. ppal).

3.2.13. El 30 de mayo de 2003 inició la audiencia de adjudicación del proceso de selección en estudio, la cual se extendió hasta el 3 de junio siguiente, fecha en que se adjudicó dicho proceso al consorcio Alfa (fls. 509 a 514, c. pruebas 1). Respecto de la sociedad actora, en dicha audiencia se consignó (fls. 510 y 512, c. pruebas 1):

*Pide la palabra la abogada Esther Claudia Londoño V. en representación de la firma "AIA" delegada por medio de poder por el representante legal de la firma Dr. Carlos Mauricio Córdoba y manifiesta su total inconformidad con la eliminación de la firma que ella está representando ante la no claridad de los términos para su eliminación, habiendo asistido a la **visita obligatoria por intermedio de un Ingeniero con poder del Representante Legal**. Asimismo, rechaza la evaluación del Comité cuando otra de las causales de su eliminación era la no inclusión en su razón social específicamente la restauración de edificaciones y alega que al figurar las profesiones de Ingeniería, Arquitectura y complementarios, está incluido genéricamente la restauración. La citada abogada da lectura a un documento que previamente había sido registrado en el Despacho de la Secretaría de Infraestructura en forma extemporánea y que por lo tanto, no será tenido en cuenta ni para dar respuesta ni para ser incluido como anexo a la presente acta. La Secretaria de Infraestructura da lectura a los términos de referencia en el numeral 12 (visita obligatoria) recalcando que la visita al sitio de las obras para personas jurídicas, si su representante legal no es Ingeniero o Arquitecto, podía ser delegada; y que revisado el documento expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín para la firma "AIA", se verificó la calidad de Ingeniero Civil del Dr. Carlos Mauricio Córdoba, que asimismo la carta de presentación de la propuesta viene firmada por el Dr. Carlos Mauricio Córdoba, Representante Legal, como Ingeniero Civil con Tarjeta Profesional No 05202-06223, quedando por lo tanto descalificada la firma para continuar dentro del proceso evaluativo, porque ni siquiera cumplió con los requisitos para participar en el proceso. (...)*

Para la firma AIA la administración ratifica la decisión del Comité evaluador de retirarla del proceso evaluativo por NO CUMPLIR con los puntos anteriormente enumerados y ampliamente discutidos (visita obligatoria). Además se trataba de un documento esencial para poder participar en el concurso de méritos exigencias realizadas por la administración desde los prepliegos, pliegos y ratificados durante el momento de la visita de la obra; y la no inclusión en su objeto social de la restauración de edificaciones. Corresponde a la administración señalar las condiciones, pero una vez presentado el proyecto definitivo del concurso, este es ley para las partes y obliga tanto a la administración como a los proponentes. Esto quiere decir, que la

administración tiene en adelante dentro del proceso del concurso una competencia reglada.

3.2.14. Mediante resolución n.º 1691 del 3 de junio de 2003, recogiendo las precisiones del acta de adjudicación, el departamento demandado adjudicó el proceso de selección en estudio al consorcio Alfa (fls. 540 y 541, c. ppal).

3.2.15. El 5 de junio de 2003, el departamento de Caldas y el consorcio Alfa suscribieron el contrato de las obras de remodelación arriba adjudicado, identificado con el n.º 004-2003 (fls. 510 a 518, c. ppal).

3.2.16. Los siguientes testigos declararon ante el *a quo* así: (i) el señor José Gonzalo Botero Jaramillo, representante legal de una de las sociedades participantes en el proceso de selección en estudio, describió la forma en cómo se desarrolló la selección y las condiciones que se exigían para la visita a la obra y el objeto social de los participantes. Calificó la actuación del demandado de transparente y clara (fls. 5 a 12, c. pruebas 3). En sentido similar, declararon los señores (ii) Gabriel Hernán Barreneche Ramos y (iii) Ángela María Vélez Montes, miembros del Comité Evaluador (fls. 13 a 20, c. pruebas 3).

3.3.3. El caso concreto

3.3.3.1. Primer cargo: el objeto social. En este punto se analizará si el objeto de la sociedad actora le permitía llevar a cabo el contrato por celebrarse con el proceso de selección cuestionado.

Para empezar es necesario recordar que en los términos de referencia se exigió que el objeto social de las personas jurídicas debía incluir *“la restauración de edificaciones”* (numeral 5 del ítem 14.2.3.1, fl. 571, c. ppal). En la misma dirección, en el ítem 14.1.1. se estableció que el proponente debía ser especialista en restauración de edificaciones o, de no serlo, debía *“certificar 6.000 m2 en restauración arquitectónica de edificaciones declaradas monumentos y un contrato en conservación, restauración y/o remodelación de edificios en calidad de Gerente de obra o administrador delegado cuyo valor sea igual o superior a \$300.000.000”* (fl. 567, c. ppal).

De lo expuesto es claro que los términos de referencia exigían que el objeto social de las personas jurídicas les permitiera adelantar labores de restauración de

edificaciones, particularmente, de los declarados monumentos. También era posible acreditar la experiencia específica en actividades de conservación, restauración y/o remodelación de edificios. Como se observa era necesario que el objeto social de la sociedad permitiera el desarrollo de esas labores.

El objeto social de las sociedades define su capacidad jurídica. Este puede ser específico o indeterminado. En la legislación comercial colombiana, frente al objeto social de las sociedades comerciales, se adoptó la teoría *ultra vires* u objeto específico, que impone que los estatutos societarios definan de manera precisa las actividades que la sociedad puede desplegar¹⁶.

En efecto, el artículo 99 del Código de Comercio establece:

CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 110 prescribe:

REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...)

4. El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél (...).

De la lectura armonizada de los anteriores artículos se tiene que existe una sanción de ineficacia frente a la enunciación de actividades indeterminadas, atendiendo al criterio de especialidad acogido por el legislador en esta materia, pero con la posibilidad de interpretar como parte de ese objeto las actividades directamente relacionadas con él y los actos que “*que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad*”. En esos términos, aun

¹⁶ Sobre estos conceptos ver las intervenciones de la Universidad de Los Andes y del Rosario consignadas por la Corte Constitucional dentro de la sentencia C-190 del 27 de febrero de 2008, exp. D-6967, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cuando se exige la determinación precisa del objeto social al mismo tiempo se permite darle un alcance integrador, aunque estricto, en tanto se circunscribe a los eventos descritos anteriormente.

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia estableció una clara diferencia entre los diversos tipos de actos que desarrollan el objeto social de una sociedad, así¹⁷:

De acuerdo con el artículo 110 del C. de Co. en su numeral 4º, la escritura pública de constitución de la sociedad debe contener la designación del objeto social, entendiéndose por tal “la empresa o negocio” de la sociedad, sin que a este propósito baste con una alusión de carácter general, puesto que, agrega el precepto, es indispensable que se haga una “enunciación clara y completa de las actividades principales”, condición sobre la cual la norma legal es particularmente exigente puesto que, no contenta con tal puntualización, dispone seguidamente que será “ineficaz” aquella estipulación por cuya virtud el objeto social apunta hacia actividades descritas de manera indeterminada, “... o que no tengan relación directa con el objeto”.

En correspondencia con la norma anterior se halla el artículo 99 ib., en el cual, cuando se dice que la capacidad de la sociedad se desenvuelve dentro del marco trazado por su objeto, se incluyen los siguientes como parte del mismo:

“(...) Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”.

Así, pues, en el punto es indiscutible la perspicacia del legislador al zanzar de antemano cualquier tipo de discusión que al respecto pudiera presentarse: Como es diáfano, la regla comprende dos categorías de actos, la segunda de las cuales ha destacado la Sala. El alcance de la primera es obvio como quiera que el objeto social no puede ser atendido de otro modo más que por medio de aquellos actos que, por su propia naturaleza, son los llamados a concretarlo en cada caso. Más interesante, en cambio, resulta la segunda porque en ella ya no se trata de los actos expresivos del objeto social, sino, de un lado, de los indispensables para que la sociedad pueda existir y, de otro, de los que estén conectados con la actividad social. En esta

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de noviembre de 1998, exp. 4.826, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. En esa oportunidad, el asunto tenía que ver con la pretensión de nulidad absoluta de un contrato de compraventa con pacto de retroventa sobre un bien inmueble, toda vez que el representante legal de la sociedad compradora actuó por fuera de sus facultades, en atención a que el objeto contractual de la sociedad no comprendía el objeto del contrato cuya nulidad absoluta se buscaba. Las sentencias atacadas a través del recurso de anulación negaron las pretensiones de la demanda. La Corte decidió no casar.

última hipótesis, por ejemplo, una sociedad dedicada a la explotación agrícola de un predio estará urgida de muchas cosas para que aquella se realice y sería absurdo, que no pudiera, v.gr., adquirir un vehículo para el transporte de productos o de personal, y, desde luego, de todo lo que se requiera para el funcionamiento del vehículo. Todo ello, a no dudarlo, queda integrado al objeto de la sociedad por mandato legal.

Otro tanto acontece con aquella serie de actos que permiten la existencia de la sociedad y cuya vinculación con su objeto social no es inmediata o directa, pero que hacen posible el desenvolvimiento de ésta en el tráfico jurídico como sujeto de derechos. Tales actos, dada su naturaleza, pueden realizarse sin que, obviamente, sea menester que se encuentren detallados puntualmente como objeto de la sociedad, pues es patente que por expreso mandato legal quedan incluidos en este, lo que quiere decir que aun cuando en la constitución de la sociedad se guarde silencio a su respecto, su ulterior ejecución no podrá ser calificada como algo que se da por fuera de él.

Por eso, cuando la segunda parte del numeral 4º del artículo 110 del C. de Co. tiene como ineficaz la estipulación por cuya virtud el objeto social se extienda a actividades "...que no tengan relación directa" con aquel, se está hablando de algo que debe ser entendido con lo que en realidad constituye el ámbito del objeto, conforme a los aspectos acabados de observar. Y por eso también, cuando el artículo 196 ib. dice en su inciso 2º, que a falta de estipulaciones sobre la materia, los representantes de la sociedad "podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad", no hace más que ser consecuente con lo que ya se había dispuesto en el artículo 99 ib. Criterio con el cual, desde luego, deben ser mirados también los artículos 833 y 840 ib.

Todo lo anterior lleva a concluir que es completamente inexacto el planteamiento del recurrente según el cual "si el objeto social limita la adquisición a los bienes inmuebles RURALES, no podrá ser adquirido un bien raíz URBANO para sede de la persona jurídica o para otros fines de la empresa". Si el objeto está conformado tanto por la actividad prevista por los socios, como por aquellos actos que conciernan a su propia existencia o sean indispensables para el desarrollo de su actividad, la adquisición de un inmueble urbano por parte de una sociedad destinada básicamente a la actividad ganadera, no implica, de suyo, contrariar la norma legal en tanto haya una vinculación con su objeto social puesto que se trataría de un acto que le permite ser a la sociedad (Se subraya).

De lo expuesto se tiene que dentro del objeto social de las sociedades están comprendidos (i) los actos y actividades propias que permiten el desarrollo del mismo, en palabras de la Corte Suprema de Justicia "los actos expresivos del objeto social", (ii) los indispensables para que la sociedad pueda existir y (iii) los

que estén conectados con la actividad social. En el mismo sentido, la doctrina nacional ha precisado¹⁸:

El art. 99 del Código de Comercio comienza por declarar que “la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”. Esto significa que sus propios estatutos delimitan dicha capacidad, conforme al fin perseguido. Y el ordinal 4º del artículo 110 ibídem, se refiere al objeto social, es decir, “la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales”, y sanciona con la ineficacia toda estipulación que incluya actos u operaciones indeterminados o sin relación directa con aquel. De manera que la cláusula contentiva del objeto ha de ser explícita, a fin de evitar interpretaciones acomodaticias acerca de la extensión del objeto.

Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes, y por objeto secundario, la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad, la cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación. Y como en desarrollo de la finalidad primordial la sociedad lleva a cabo actos accesorios, la ley exige que tengan relación de medio a fin con aquella. Sobre el particular, el citado artículo 99 del Código dispone: “Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. Se refiere a aquellos actos que sirven de medios instrumentales para alcanzar el lucro que se aspira a derivar de las actividades enunciadas como principales. De ahí que la diversificación de operación y negocios no relacionados directamente con ellas, aunque sean conexos o complementarios, en rigor jurídico no se ciñen a la especialidad y chocan abiertamente con la idea cardinal del legislador de tutelar a quienes se asocian impulsados por las halagüeñas perspectivas que ofrece el desarrollo de determinada actividad económica. Precisamente a los asociados les interesa saber cuáles con las operaciones o negocios a que se dedicará la compañía, pues su ejecución compromete tanto sus aportaciones como los incrementos patrimoniales del ente social, y en las sociedades de riesgo ilimitado puede afectar sus patrimonios individuales. (...)

En síntesis, el objeto es un conjunto de facultades en potencia, pues se enuncian como posibles. En cambio, el giro social es el desarrollo práctico de los negocios contemplados en la cláusula del objeto, concretados en actos objetivos, subjetivos, unilaterales o mixtos (Se subraya).

¹⁸ Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Ediciones Doctrina y Ley, 7ª Edición, Bogotá, 1996, pp. 119 y 120.

Como se observa la doctrina nacional, a través de la distinción del objeto principal y secundario, coincide con la idea de la jurisprudencia citada y que aquí se recoge. Igualmente, esta Corporación, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver una consulta que giraba en torno al alcance del concepto de los contratos conexos que integran el giro de los negocios de las entidades financieras de carácter estatal, precisó¹⁹:

- *Para que un acto o contrato celebrado por una persona jurídica sea válido debe encontrarse comprendido dentro del objeto señalado bien por la ley o por los estatutos, según el tipo de entidad de que se trate.*
- *El objeto social o de la empresa, se compone, a su vez, de: i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad “(...) ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”.*
- *El objeto principal de una sociedad o de una empresa está integrado por los actos propios de la actividad económica que tal entidad está llamada a desarrollar.*
- *El objeto secundario se compone a su vez, de dos tipos de actos: aquellos que se encuentran en relación directa con la actividad principal del ente social y los que se realizan para ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.*
- *Todos los actos accesorios o que componen el objeto secundario de la actividad social deben tener una relación de medio a fin con el objeto social, so pena de su ineficacia.*

Precisado lo anterior y al descender el presente asunto, la Sala recuerda que dentro del objeto social de la actora quedaron incluidas todas las labores inherentes al ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura, sus diferentes aspectos y modalidades. Igualmente, se incorporó la participación en licitaciones, invitaciones y concursos públicos y derivados; presentar ofertas en ellos, bien sea a título individual o en consorcio, en uniones temporales o en cualquier otra modalidad de asociación, y celebrar contratos con entidades públicas y privadas tales como consultoría, construcción, concesión, de diseño arquitectónico y demás relacionados con el ejercicio de la ingeniería y de la arquitectura.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de mayo de 2003, rad. 1.488, M.P. Susana Montes de Echeverri.

Ahora, es claro que el objeto social de la sociedad actora quedó genéricamente determinado por el ejercicio de la ingeniería y la arquitectura, situación que podría suponer una ineficacia en esa estipulación dada su indeterminación; sin embargo, se trata de una cuestión aparente, en tanto el artículo 1 de la Ley 435 de 1998 complementa el alcance de esa estipulación, así:

DEFINICIONES. Para todos los efectos legales, entiéndase por arquitectura, la profesión a nivel universitario, cuya formación consiste en el arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos, cuyo campo de acción se desarrolla fundamentalmente con un conjunto de principios técnicos y artísticos que regulan dicho arte.

*El ejercicio profesional de la arquitectura es la actividad desarrollada por los arquitectos en materia **de diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios**. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano. En desarrollo de las anteriores actividades, el arquitecto puede realizar estudios preliminares, diseños, modelos, dibujos, especificaciones y documentación técnica, coordinación de documentación técnica y actividades de otros profesionales especializados, planificación, economía, coordinación, administración y vigilancia del proyecto y de la construcción.*

Son profesiones auxiliares de la arquitectura, aquéllas amparadas por el título académico de formación técnica profesional, tecnológica, conferido por instituciones de Educación Superior, legalmente autorizadas y que tengan relación con la ejecución o el desarrollo de las tareas, obras o actividades de la arquitectura en cualesquiera de sus ramas (se destaca).

De lo expuesto, es claro que el objeto social de la actora le permitía ejecutar labores de restauración de edificaciones. En esa línea, la exigencia del numeral 5 del ítem 14.2.3.1. (fl. 571, c. ppal) debía interpretarse en la forma aquí explicada, esto es, en un entendimiento integral del objeto social, el cual incorpora dentro del mismo los “i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad “(...) ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”²⁰; sin embargo, en el acto administrativo demandado se incurrió en un exceso ritual manifiesto al exigir que expresamente se incorporara la labor de restauración de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de mayo de 2003, rad. 1.488, M.P. Susana Montes de Echeverri.

edificaciones en el objeto social de la sociedad actora, cuando un ejercicio interpretativo integrador bastaba para superar esa objeción. Debe recordarse que el rechazo de un proponente se justifica en la imposibilidad de la comparación de las propuestas por cuestiones sustanciales, más no formales (numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993).

Además, según las pruebas, resulta contradictorio, por decir lo menos, que la demandada le evaluara a la actora la experiencia específica en trabajos de restauración, para después terminar diciendo que su objeto social no le permitía el desarrollo de ese tipo de trabajos.

Ahora, la existencia de esta irregularidad es insuficiente para anular el acto administrativo demandado, toda vez que de mantenerse la otra razón del rechazo de la propuesta de la actora se mantendría en pie la decisión que así lo dispuso. Por esa razón, la Sala emprenderá la tarea de estudiar el otro cargo formulado.

3.3.3.2. Segundo cargo: la visita a la obra. Esta exigencia quedó plasmada en el numeral 12 de los términos de referencia así (fl. 566, c. ppal):

12. VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS

Con el fin de que los Participantes conozcan el Sitio de la obra y en general, todos los factores que puedan influir en los costos y programación de la misma, se realizará una visita de carácter obligatorio al lugar de la obra, el día 9 de abril de 2003 a las 10:00 a.m. El Sitio de la reunión será en El Palacio de la Gobernación de Caldas, ubicada en la cra 21 entre calles 22 y 23, marco de la plaza de Bolívar

En desarrollo de la visita quien asista, deberá consignar en la planilla acreditada para tal fin su nombre y número de la tarjeta profesional que acredita su condición de Ingeniero Civil o Arquitecto. Los certificados de asistencia a la visita se entregaran en la audiencia.

La visita será de carácter obligatorio, personal, única e intransferible. En el caso de personas jurídicas, asistirá a la visita el representante legal si es Ingeniero o Arquitecto, en caso de no tener una de las dos profesiones mencionadas, asistirá a la visita la persona que avalará la propuesta. En el caso de consorcios y uniones temporales de personas naturales, asistirán a la visita uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal, en el caso de consorcios y uniones temporales de personas jurídicas, asistirá a la visita el que cumpla los requerimientos de persona jurídica antes mencionado (sic).

Frente a la anterior exigencia debe precisarse que la actora la conoció en oportunidad. En efecto, los términos de referencia definitivos fueron publicados electrónicamente el 3 de abril de 2003 (copia simple de los pantallazos del sistema electrónico de registro de los procesos de contratación del departamento de Caldas, fls. 552 a 554, c. ppal, numeral 3.2.3. *supra*). Ahora, la sociedad actora tan sólo los adquirió el 9 de abril siguiente, tal como lo aceptó en su demanda (fl. 95, c. ppal, hecho n.º 7) y se corroboró con los comprobantes de pago de ese documento y las estampillas correspondientes (fls. 60 y 61, c. ppal, copias de las certificaciones de la Tesorería General del departamento de Caldas, numeral 3.2.5. *supra*). Lo anterior es de vital importancia si se tiene en cuenta que en la misma fecha se llevó a cabo la visita aquí en estudio (fl. 583, c. ppal).

En conclusión, desde el 3 de abril de 2003 los términos de referencia definitivos fueron publicados electrónicamente, razón por la cual se le imponía a la actora su conocimiento, sin que esté probada la imposibilidad de acceder a los mismos. Además, se le reprocha que sólo hasta el día en que se efectuó la visita adquirió el documento esencial que contenía las reglas de su participación. En esos términos, para la Sala no es de recibo el argumento según el cual la actora desconoció la exigencia en estudio.

Ahora, con relación a la persona que debía asistir a la visita de la obra, la Sala recuerda que el numeral 12 en estudio, para el caso de las personas jurídicas, exigió que debía ser el representante legal, claro está, siempre que este fuera ingeniero civil o arquitecto. En caso contrario, debía asistir la persona que avalara la propuesta, que también debía tener alguna de las dos profesiones anunciadas (fl. 574, c. ppal, numeral 14.2.4., literal h).

De la anterior exigencia se desprende una clara intención de que la persona que asistiera a la visita fuera una persona experta y, por consiguiente, capaz de comprender el alcance de la obra a realizar. Esa finalidad resulta proporcionada y razonable; sin embargo, el entendimiento que le dio la demandada en el acto administrativo enjuiciado al considerar que sólo podían acudir el representante legal o el avalista de la propuesta, limitaba de forma excesiva la posibilidad con que cuenta la sociedad y el representante legal de actuar a través de un mandato o una representación, con los cuales bien se pudo satisfacer la finalidad de la exigencia, que no era otra que la comparecencia de personas expertas al sitio de la obra.

En tal sentido, se tiene que el artículo 832 del Código de Comercio regula la representación voluntaria como el acto a través del cual una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. Igualmente, el citado artículo define que el acto a través del cual se otorga dicha facultad se denomina “*apoderar*”, el cual podrá ir acompañado de otros negocios jurídicos²¹. En ese orden, los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con el último en mención (artículo 833 del Código de Comercio). Vale precisar que el ordenamiento jurídico habilita al representante a ejecutar los actos comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios cuya gestión se le haya encomendado, pero requerirá de poder especial para aquellos que la ley así lo exija (artículo 840 *ejusdem*). Ahora, si el representante concluye un negocio en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de este, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado (artículo 838 *ejusdem*).

En el *sub lite* está demostrado que a la visita de la obra asistió el señor Jaime Cárdenas (fl. 583, c. ppal), situación que admitió la demandada, por lo que resulta un contrasentido que desestimara al momento de evaluar. Ahora, si bien no fueron aportados los documentos que probaran la profesión y la representación de esa persona, lo cierto es que en la audiencia de adjudicación la actora, para rebatir su rechazo, puso de presente esas dos circunstancias que se echan de menos, es decir, la representación y la calidad de ingeniero del señor Cárdenas (fl. 510, c. pruebas 1), ante lo cual la entidad demandada se limitó a señalar que como el representante legal de la actora era ingeniero civil “*debió presentarse personalmente a la misma, por lo tanto esta propuesta debe retirarse del proceso evaluativo*” (fl. 528, c. pruebas).

De lo anterior es claro que el motivo del rechazo de la propuesta de la actora se centró en que su representante legal, dada su condición de ingeniero civil, debió comparecer a la visita de la obra, según se interpretó lo imponía el numeral 12 de los términos de referencia tantas veces citado. Siendo ese el único motivo de

²¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *El contrato mercantil, contratos típicos*, Legis, 14ª Edición, 2012, Bogotá, p. 202. El autor afirma: “*En materia mercantil, la representación es accesoria al contrato de mandato, y para que se presente precisa de otro acto jurídico anexo llamado representación, el cual tiene en la legislación una regulación propia e independiente*”.

rechazo, la Sala reitera que es un entendimiento inadmisibile y desproporcionado, en tanto cercena de forma clara la posibilidad legal de comparecer a través del apoderamiento o representación, figuras a través de la cuales la finalidad buscada con la exigencia también se podía cumplir.

En esos términos, como los fundamentos del rechazo resultan ilegales, se impone anular el acto administrativo cuestionado.

3.3.3.3. La mejor propuesta. De entrada debe advertirse que en el proceso no obran todas las propuestas participantes dentro del proceso de selección en estudio. En tal sentido, la demanda se muestra huérfana de una solicitud en tal sentido (fl. 108, c. ppal):

2. DOCUMENTOS QUE SE SOLICITAN:

a. Al Departamento de Caldas, Secretaría de Infraestructura para que envíe copia de los Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia del concurso Público de Méritos S.I 001-2003 y sus cuatro (4) adendos.

b. Al Departamento de Caldas, Secretaría de Infraestructura para que envíe copia de los cuadros de asignación de puntajes de la evaluación del día 23 de mayo de 2003 correspondiente al Concurso Público de Méritos S.I 001-2003 y copia de la asignación definitiva de puntajes.

c. Al Departamento de Caldas, Secretaría de Infraestructura para que envíe certificación en la que explique cómo asignó finalmente los puntajes a las entidades que compitieron finalmente en la adjudicación e igualmente para que certifique los valores de las calificaciones totales a los proponentes antes de la exclusión de A.I.A.

d. Al Departamento de Caldas, Secretaría de Infraestructura para que envíe copia del contrato suscrito con el Consorcio Alfa.

e. Al Departamento de Caldas, Secretaría de Infraestructura para que envíe copia de la propuesta completa de A.I.A en el concurso de méritos S.I 001.2003.

Tampoco la parte demandada hizo lo propio (fl. 595, c. ppal), ni el Tribunal las ordenó de oficio (fls. 599 a 601, c. ppal, auto de pruebas del 25 de octubre de 2004).

De igual forma, es preciso señalar que la parte actora tampoco pidió un dictamen pericial u otras pruebas sobre el particular que permitieran dilucidar la cuestión aquí en estudio (fl. 108, c. ppal).

No obstante, en otras oportunidades, se ha admitido la posibilidad de valerse de las evaluaciones de la entidad demandada, cuando sobre ellas no recae objeción distinta de la que se resuelve en el fondo del asunto, así²²:

En efecto, en el proceso está acreditado que Andina de Construcciones SA., presentó oferta en ese proceso de selección, y que al ser evaluada obtuvo el puntaje que se acaba de indicar, y que los dos (2) puntos que le faltaron para obtener el máximo puntaje en la licitación no los alcanzó porque en el informe de evaluación de ofertas –que obra a fls. 7 a 24 del anexo 1- el Comité Evaluador declaró que se le restaban por la sanción que le impuso el municipio en ese contrato, en el factor de selección denominado “cumplimiento en contratos anteriores durante los últimos cinco años”, que tenía un puntaje máximo de 10 puntos, pero obtuvo 8 por la razón anotada.

En estas condiciones, el informe de evaluación concluyó que el orden recomendado de adjudicación ubicaba en el primer lugar a la Unión Temporal Trainco SA.-Pervel Ltda., con 98,76 puntos; y en segundo lugar al consorcio Andina de Construcciones Ltda.–Concorpe SA., con 98 puntos, y los restantes participantes –siete más- a partir de allí en orden descendente.

En este horizonte, no queda la menor duda de que si al actor no se le hubieran restado los dos (2) puntos habría obtenido el máximo puntaje - 100-, y necesariamente se le habría adjudicado el contrato –no cabe duda de eso-, de allí que no se requieren mayores elucubraciones para entender que la oportunidad perdida por la parte apelante provino de la aplicación de la sanción de multa que le impuso el Municipio de Medellín con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994.

*No obstante, cabe advertir que la tesis general de la Sala, en virtud de la cual quien alega el derecho que tiene a ser indemnizado porque su oferta es la mejor en un proceso de selección debe acreditar tal circunstancia, demostrando con otra evaluación de todas las ofertas que efectivamente debió ocupar el primer lugar²³, **tiene en este caso un matiz que necesariamente hay que aplicar, por lógico.***

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 22.088 y 39.109 (acumulados), M.P. Enrique Gil Botero.

²³ Cita original: Con respecto al tema la Sala ha sostenido: “Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.” –Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8071-.

Esta tesis se reiteró en la sentencia de noviembre 10 de 2005 –Sección Tercera, exp. 14.198-: “4.1.5. Finalmente, la ausencia del pliego de condiciones, y de las ofertas presentadas en la licitación, también determina la imposibilidad para el juez de

En efecto, cuando la misma entidad que hizo la evaluación de las ofertas es quien en el informe respectivo permite inferir este hecho, bien porque el actor ocupa el primer lugar en el proceso o porque es fácil colegirlo –como en el caso concreto-, es innecesario evaluar las demás ofertas que participaron en el proceso de contratación para llegar a esta conclusión, así que resulta inútil, desde el punto de vista probatorio, exigir pruebas adicionales y especiales, pues ésta es suficiente para desentrañar lo ocurrido, toda vez que el juez puede llegar a esa conclusión apoyado en el mismo informe de evaluación, que en el caso concreto ni siquiera es objeto de discusión acerca de la correcta aplicación que hizo de las fórmulas y criterios de evaluación previstos en el pliego de condiciones de la licitación.

Incluso, la parte apelante no discute que la evaluación de las ofertas corresponda a las reglas objetivas previstas en el pliego de condiciones de la licitación No. 024; lo que alega es que por haberse impuesto las multas –finalmente anuladas- no obtuvo el primer lugar; lo que para la Sala no admite duda, por indiscutible y objetivo. De hecho, el municipio, al contestar la demanda, ni siquiera alega que el Área Metropolitana hubiera evaluado mal las ofertas, así que el debate en este proceso no consiste en demostrar algún error en la evaluación de las mismas o en la adjudicación, sino que se contrae a establecer si efectivamente los dos (2) puntos que le restaron al apelante, en esa licitación, le habían permitido o no ocupar el primer lugar en la evaluación y por tanto se le habría adjudicado el contrato, aspecto cuya prueba –se insiste- no necesita de una nueva evaluación de todas las ofertas, y tampoco de un peritazgo para resolver esta cuestión, porque es evidente que la razón por la cual el consorcio Andina de Construcciones-Concorpe SA. obtuvo 98 puntos de 100, fue la reducción de dos (2) puntos por las multas reportadas por el Municipio de Medellín, con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994, y que de no haberse aplicado este castigo habría ocupado el primer lugar en esa licitación, necesaria e inevitablemente, con 100 puntos (Se destaca).

pronunciarse de fondo en el proceso anulando la resolución de adjudicación demandada, porque al no existir estos documentos, no es posible conocer los criterios sobre los cuales se debían evaluar las propuestas, y en general cómo se debía realizar todo el proceso de licitación.

“Este documento, cuya prueba sí se pidió en la demanda –allí se dijo que se solicitaba “...copia del expediente gubernativo relativo y contentivo de la licitación pública No. 002 - SH-88...” (fl. 24, C. 6)-, y que además fue decretada, no fue aportado por el Departamento de Boyacá –pese a habérselo pedido-, luego bien podría acceder la Sala, en principio, a solicitarlo en esta instancia –art. 214, num. 1, CCA-.

“No obstante, ahora resulta del todo inútil contar con esta prueba, pues en nada alteraría el sentido de la decisión, ya que la falta del peritazgo que evalué las ofertas presentadas, por confrontación con el pliego de condiciones, y determine si la oferta alternativa del demandante se ajustaba o no a lo pedido por la Gobernación, además de determinar que hubiere ocupado el primer lugar, de haberse evaluado, hace innecesario contar con esa prueba, pues ninguna utilidad reportará en este instante del proceso.”

En ese orden, al revisar las evaluaciones obrantes en el proceso se tiene que el 13 de mayo de 2003 el Comité de Evaluación determinó el siguiente orden de elegibilidad (fl. 735, c. pruebas):

PROPONENTE	PORCENTAJE ADMINISTRACIÓN	PUNTAJE FÓRMULA	PUNTAJE DE EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE TOTAL
N.º 1 ²⁴	11,622%	291,70	700,00	991,70
N.º 2 ²⁵	12,217%	293,36	700,00	993,36
N.º 3 ²⁶	12,153%	294,97	650,00	944.97
Presupuesto oficial	12,500%			
Pp	12,181%			
Pb	12,135%			
Pd	11,953%			

De la anterior evaluación es claro que el accionante ocupaba el primer lugar; sin embargo, en la evaluación final los puntajes fueron los siguientes (fl. 536, c. pruebas):

PROPONENTE	PORCENTAJE ADMINISTRACIÓN	PUNTAJE FÓRMULA	PUNTAJE DE EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE TOTAL
N.º 1 ²⁷	11,622%	292,13	700,00	992.13
N.º 3 ²⁸	12,153%	294,52	700,00	994.52
Presupuesto oficial	12,500%			
Pp	12,194%			
Pb	12,117%			
Pd	11,935%			

De las anteriores pruebas es claro que la evaluación final del consorcio Alfa y ganador del proceso fue de 994.52 puntos, mientras que en la evaluación del 13 de mayo de 2003 la sociedad actora sólo obtuvo 993.36 puntos. En consecuencia, las anteriores pruebas no son contundentes en indicar que la mejor propuesta sea

²⁴ Corresponde al proponente consorcio Salvador Vásquez y Cía. Ltda.-Fundación Ferrocarril de Antioquia (fl. 733, c. pruebas).

²⁵ Corresponde a la sociedad actora (fl. 733, c. pruebas).

²⁶ Corresponde al proponente consorcio Alfa (fl. 733, c. pruebas).

²⁷ Corresponde al proponente consorcio Salvador Vásquez y Cía. Ltda.-Fundación Ferrocarril de Antioquia (fl. 535, c. pruebas).

²⁸ Corresponde al proponente consorcio Alfa (fl. 535, c. pruebas).

la de la aquí accionante y, en consecuencia, se impone negar las pretensiones de restablecimiento. En todo caso, las dudas que pudieran generar los anteriores documentos sobre el orden de elegibilidad definitivo debieron ser disipadas por la accionante, quien como se vio no cumplió con esa carga.

Por todo lo expuesto, la Sala revocará parcialmente la sentencia de primera instancia para declarar la nulidad de la resolución n.º 1691 del 3 de junio de 2003, por medio de la cual el departamento de Caldas adjudicó el Concurso de Méritos n.º SI-001-2003 al consorcio Alfa. Como consecuencia de lo anterior se declarará la nulidad absoluta del n.º 004-2003 del 5 de junio de 2003 suscrito entre el departamento de Caldas y el consorcio Alfa. Las demás pretensiones se denegarán.

3.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia del 16 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

SEGUNDO: DECLARAR *la nulidad de la resolución n.º 1691 del 3 de junio de 2003, por medio de la cual el departamento de Caldas adjudicó el Concurso de Méritos n.º SI-001-2003 al consorcio Alfa.*

TERCERO: DECLARAR *la nulidad absoluta del contrato n.º 004-2003 del 5 de junio de 2003 suscrito entre el departamento de Caldas y el consorcio Alfa.*

CUARTO: *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

CUARTO: *Sin costas.*

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado