

T-1096



Soluciones jurídicas en línea

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Referencia:	Expediente n.º 21321
Radicación:	25000 2326000 199902118 01
Actor:	Consortio Unión Temporal F.M.
Demandado:	Instituto de Desarrollo Urbano IDU
Naturaleza:	Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 5 de julio de 2001, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1999, el Instituto de Desarrollo Urbano adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-014-199 utilizando el mecanismo contemplado en el pliego de condiciones en caso de empate, consistente en favorecer la oferta que se acercara más al 95% de la media geométrica de los precios ofertados. El demandante adujo que una de las ofertas presentadas debió ser rechazada y que de haberlo sido, la suya habría sido la más cercana a tal porcentaje y por lo tanto, merecedora de la adjudicación.

2.3. Excepcionalmente, el proponente Unión Temporal LV debió ser descalificado, ya que presentó errores en su propuesta no subsanables.

**ANTECEDENTES****I. Lo que se demanda**

1. El 29 de julio de 1999, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los señores José Morguenszter Aizemberg y Carlos Augusto Dussán, integrantes del consorcio Unión Temporal FM, presentaron oportunamente demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyas pretensiones fueron (f. 2, c. 1):

PRIMERA: Que es nula la Resolución No. 0722 de 29 de junio de 1999, expedida por el IDU, por medio de la cual se adjudicó al CONSORCIO ALBERTO CÁRDENAS Y JULIO DURÁN el contrato para Construcción de Vías Diagonal 36 sur de Avenida el Ferrocarril hasta la Transversal 52. Transversal 70 B de la Calle 1ª a la Diagonal 3ª, en la localidad de Kennedy y Calle 33 A de la Carrera 100 a la 102 en Santafé de Bogotá, objeto de la licitación pública IDU-LP-DTC-014-1999.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca el derecho de José Morguenszter Aizemberg y Carlos Augusto Dussán, integrantes del Consorcio UNIÓN TEMPORAL FM, el cual se había hecho merecedor de la adjudicación, ordenando que el IDU les pague la utilidad legítima dejada de percibir, la cual se estima en la cantidad histórica de cien millones de pesos (\$100'000.000,00). Esta cifra deberá actualizarse con índices IPC para el momento de la condena.

2. La demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, que mediante resolución n.º 0722 del 29 de junio de 1999, el Instituto de Desarrollo Urbano IDU adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-014-1999 al consorcio Alberto Cárdenas y Julio Durán a pesar de que el consorcio Unión Temporal FM debió ser la favorecida con la adjudicación.

2.1. Explicó que el proponente Unión Temporal L.V. debió ser descalificado, ya que presentó errores en su propuesta no subsanables,



según lo establecido en el numeral 3.2.9 del pliego de condiciones, de acuerdo con el cual la omisión, defectos, deficiencias o errores en las cifras del balance general, del estado de resultados y/o declaración de renta, no son subsanables y generarán el rechazo de la propuesta. Por su parte, el numeral 4.6.3 del mismo pliego, establece que el Instituto verificará, con base en los documentos presentados por el proponente, la consistencia entre las partidas de los estados financieros y la declaración de renta, descalificando los proponentes que presenten diferencias mayores al 0,5%, no explicadas a través de la conciliación de renta fiscal. Y en el presente caso, el proponente Unión Temporal L.V. presentó múltiples diferencias entre las cifras de los estados financieros y las de las declaraciones de renta de 1996 y 1997 del señor Pedro Latiff Restrepo, sin que ante estos errores se hubiera presentado la correspondiente conciliación de renta fiscal a la que estaba obligado¹.

2.2. A pesar de que se trataba de errores y omisiones no subsanables, el IDU permitió su corrección por parte del proponente. Pero si se hubiera cumplido con lo establecido en el pliego de condiciones, los

¹ El demandante adujo: "El proponente UNIÓN TEMPORAL L.V. presentó los siguientes errores en su propuesta, no subsanables al tenor del punto 3.2.9 de los pliegos de condiciones: // 1. En los folios Nos. 0032, 0033 y 0037 correspondientes a los estados financieros y declaración de renta del año 1997 del señor Pedro Latiff Restrepo existen las siguientes diferencias no explicadas en sus cifras: // a) patrimonio bruto \$ 156'234.000.00 en declaración de renta, contra \$ 157'233.816.00 en el Balance General. // b) Patrimonio líquido \$ 153'956.000.00 en declaración de renta, contra \$ 154'955.816.00 en el Balance General. // c) El Balance General registra cuentas por cobrar por \$ 47'817.836.00 mientras que la misma partida en la declaración de renta es de \$ 107'818.000.00. // d) El Balance General registra inversiones en CDT por \$ 60'000.000.00 mientras que la declaración de renta no registra nada. // e) El proponente ante estos errores no presentó la correspondiente conciliación de renta fiscal a la que estaba obligado. // 2. La declaración de renta del año 1996 correspondiente al señor Pedro Latiff Restrepo no coincide en NINGUNA DE SUS CIFRAS con las de los estados financieros del mismo año y concretamente en los siguientes casos: // a) Ingresos en la declaración de renta por \$ 9'800.000.00 contra \$ 4'881.000.00 en el estado de pérdidas y ganancias. // b) Costos de \$0.00 en declaración de renta contra \$4'881.000.00 en el estado de pérdidas y ganancias. // c) Impuesto de Renta en declaración de renta por \$150.000.00 contra \$ 1.708.350.00 en el estado de pérdidas y ganancias. // d) El estado de pérdidas y ganancias del año 1996 está claramente mal elaborado pues contiene errores aritméticos. // e) en este caso el proponente tampoco presentó conciliación de renta fiscal pese a los errores cometidos".



demandantes habrían obtenido el mayor puntaje y por lo tanto ocuparían el primer lugar en el orden de elegibilidad, con lo cual se habrían hecho merecedores de la adjudicación, puesto que el orden habría sido:

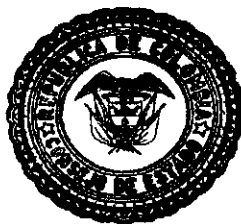
Primero:	Unión Temporal F.M	=	\$ 379 926 314,00
Segundo:	Consorcio Quidumel	=	\$ 384 000 310,00
Tercero:	J.M.V-Ing. Ltda. y otros	=	\$ 385 688 495,00

2.3. Para el demandante, la entidad demandada violó los artículos 6 y 122 de la Constitución Política y los artículos 26 ordinal 4º, 30 ordinal 2 y 24 ordinales 4 a 6 y 8 de la Ley 80 de 1983 al negarse a rechazar la propuesta del referido consorcio, a pesar de haberse dado uno de los motivos establecidos en el pliego de condiciones para ello. También violó el artículo 13 de la Constitución Política y los ordinales 6 y 8 y el párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues desconoció el principio de igualdad de oportunidades y libre competencia al permitir que el proponente que incurrió en tales errores motivo de rechazo, los corrigiera.

II. Actuación procesal

3. La entidad pública demandada **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que carecen de fundamento fáctico y legal (f. 57, c. 1).

3.1. Adujo que la conciliación fiscal de renta y patrimonio es un documento contable que permite aclarar las diferencias presentadas entre las cifras registradas en los estados financieros de un periodo y la declaración de renta del mismo periodo, "(...) *por cuanto existen partidas que tienen un carácter contable y no fiscal, verbigracia las valorizaciones, gastos no deducibles, ingresos no constitutivos de renta*



ni ganancia ocasional y cualquiera otra partida que no forme parte de la base gravable para determinar el impuesto de renta y complementarios. En este orden de ideas se puede manifestar que la Entidad demandada al realizar la evaluación correspondiente; al aclarar estas partidas mediante la conciliación, rechaza a quienes presenten diferencias mayores al 0.5% no explicadas, además al verificar la consistencia entre las partidas de los estados financieros y la declaración de renta, calculará los indicadores financieros que exija el proceso licitatorio, anotando dentro de este proceso, que un indicador financiero es aquel que mide algún aspecto de la capacidad financiera del proponente”.

3.2. Aceptó el contenido del numeral 3.2.9 del pliego de condiciones relativo a los defectos, omisiones errores y deficiencias no subsanables en las cifras del balance general, del estado de resultados y/o declaración de renta, aunque aclaró que se entiende contablemente como error “(...) cuando las partidas registradas en los documentos citados, no cumplen con las normas contables correspondientes o se presentan cifras no sustentadas o cuando se emplea una norma o un principio de contabilidad de manera equivocada”.

3.3. Sobre las diferencias advertidas en la demanda, manifestó que no eran ciertas las afirmaciones en cuanto al numeral 1 literales a) y b), por cuanto “(...) la diferencia presentada entre patrimonio bruto de \$156'234.000.00 en la declaración de renta contra \$ 157'233.816,00 del total de los activos del balance general a 31 de diciembre de 1999 (sic), se debe a la partida de superávit por valorizaciones, la cual no se debe registrar fiscalmente (declaración de renta)” y que el proponente aclaró a satisfacción del IDU las diferencias entre patrimonio fiscal y el total de activos del Balance General a 31 de diciembre de 1999.

3.4. En relación con los literales c) y d), manifestó que las cifras dadas por la demanda son ciertas, pero lo que sucede es que en el balance general de Pedro Latiff a 31 de diciembre de 1997 se registra de manera



abierta en cuentas por cobrar \$ 47 817 836,00 e inversiones por \$ 60 000 000,00 y la partida registrada en la declaración de renta de \$ 107 818 000,00 corresponde al resultado de sumar estas dos partidas "(...)" y obedece a reclasificación de partidas que el proponente realiza para efectos fiscales, tal y como quedó indicado en el documento correspondiente a las respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes (...)" y que además no puede considerarse un error la diferencia de \$ 999 816,00 entre el total del patrimonio bruto presentado en la declaración de renta de 1997 y el registrado en el balance general a 31 de diciembre del mismo año, pues la misma corresponde al superávit mencionado, también explicado en la conciliación fiscal pedida por la entidad al proponente.

3.5. En cuanto al numeral 2 literal a), sostuvo que esa diferencia no afecta el cálculo de los indicadores financieros tomados para efectos del resultado evaluativo del proceso licitatorio, ya que corresponde a partidas del año 1996, no siendo por lo tanto relevantes; en cuanto al literal b), no era cierto, toda vez que los costos en la declaración de renta son \$ 0,00 y en el estado de pérdidas y ganancias es \$0,00 y se aprecia que el demandante confundió, "(...) debido a la presentación del estado de ganancias y pérdidas, los costos de administración total de ingresos, lo cual es diferente". Respecto del literal c), sostuvo que la partida de \$ 1 708 350,00 registrada en el estado de pérdidas y ganancias a diciembre 31 de 1996 corresponde a la provisión del impuesto de renta que se hace para el ejercicio contable del año respectivo y la partida de \$ 150 000,00 reflejada en la declaración de renta del mismo año resulta de la aplicación de las tablas fiscales sobre impuesto de renta gravable, aclarando que la provisión es un estimativo contable que busca establecer una partida razonablemente suficiente para cubrir el valor del hecho probable, sin que necesariamente sea éste igual al impuesto por pagar que se registre en la declaración de renta del año fiscal. Negó que fuera cierto lo sostenido en el literal d), pues la entidad verificó



exhaustivamente que el estado de pérdidas y ganancias correspondiente al año 1996 aportado por el proponente Pedro Latiff Restrepo se encontraba bien elaborado y no contenía errores aritméticos. Y sobre el literal e), la entidad manifestó que no se le solicitó al proponente subsanar esa situación, ya que de ningún modo se afectó la evaluación financiera, insistiendo en que la información presentada para el año 1996 era de carácter informativo y no tenía relevancia en el resultado final de la evaluación financiera, por cuanto los indicadores financieros que determinan la evaluación "(...) se toman con relación a los estados financieros de 1997, los cuales se aportaron de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones". Concluyó la demandada, que no era cierto que el balance general, el estado de resultados y la declaración de renta correspondiente al año 1997, fundamento de la evaluación financiera llevada a cabo por la entidad y presentados por el proponente favorecido, presentaran errores o deficiencias.

3.6. Propuso las excepciones de i) ineptitud de la demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario activo, pues el acto administrativo de adjudicación favoreció al consorcio Alberto Cárdenas y Julio Durán, con quienes debe integrarse el contradictorio y de ii) legalidad del acto administrativo demandado, pues la entidad se ciñó en su expedición a las normas de la Ley 80 de 1993 y del pliego de condiciones de la licitación y ella no encontró motivos para rechazar la oferta de la unión temporal L.V. y por eso se tuvo en cuenta para el cálculo de la media geométrica, tal y como lo indicó el pliego de condiciones, hecho que incidió en la selección objetiva del proponente, toda vez que el que sale favorecido es el que más se acerca al porcentaje exigido en el mismo pliego.

4. El 5 de julio de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual declaró no probadas las excepciones propuestas



por la demandada y negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró (f. 94 a 116, c. ppl.):

4.1. En relación con las primeras, que carece de soporte válido la excepción de inepta demanda, pues si bien era cierto que la sentencia que declare la nulidad del acto administrativo demandado afecta directamente al consorcio beneficiario de la adjudicación que no fue demandado, lo cierto es que el defecto fue corregido por el tribunal, que ordenó la vinculación al proceso del consorcio Alberto Cárdenas y Julio Durán y sus integrantes fueron legalmente notificados para integrar el contradictorio; por otro lado, la excepción de ilegalidad del acto demandado, en realidad el medio de defensa no tiene tal carácter, pues no está encaminado a enervar las pretensiones de la demanda sino a negar los supuestos jurídicos y fácticos soporte de la demanda, en uso del derecho genérico a oponerse a su prosperidad, lo cual es precisamente la materia del debate y del pronunciamiento de fondo de la sentencia.

4.2. En cuanto a las pretensiones, el *a-quo* estimó que de la diferencia advertida por la parte actora en la cuantificación de las partidas de los estados financieros y la declaración de renta de uno de los miembros del Consorcio L.V., "(...) no se puede deducir, sin fórmula de juicio, la presencia de errores, omisiones o defectos en el Balance General o la Declaración de Renta que impliquen el rechazo de la propuesta dada la diversa naturaleza, contable y fiscal, de los documentos que no implica por sí que deba existir identidad total en las cifras correspondientes a cada partida (...)", porque si ello fuera así, resultaría innecesaria la presentación de ambos y además, las diferencias son explicables en términos contables y fiscales y lo fueron, por parte del proponente, a solicitud de la entidad, concluyendo que "(...) en el caso del integrante del Consorcio L.V, a que se refiere la demanda no existían errores,



diferencias o defectos en el Balance General a la Declaración de Renta de 1997 que dieran lugar al rechazo automático de la propuesta, se presentaron diferencias en las cifras correspondientes a algunas partidas sin que por ello se pueda afirmar válidamente que contenían defectos, errores u omisiones pues tales diferencias eran perfectamente explicables y las explicaciones se dieron dentro de la oportunidad legal, de suerte que no se presentaba razón alguna para que la propuesta fuera rechazada”, sin que por otro lado fuera cierto, como lo sostuvo el demandante, que el IDU no podía pedir al proponente explicaciones para solucionar dudas en relación con los documentos de la propuesta pues era posible a la luz de lo dispuesto por el artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 de 1993, sin que ello implique violación de los derechos de los demás proponentes.

4.3. En conclusión, para el *a-quo* los criterios de adjudicación de la licitación pública IDU-LP-DTC-014-99 fueron aplicados correctamente por la entidad y el acto de adjudicación se produjo conforme a las normas legales reguladoras de la materia y el pliego de condiciones, por lo cual no se encuentra viciado de nulidad.

5. Inconforme con la decisión, el 12 de julio de 2001 la parte actora interpuso en su contra **recurso de apelación** en el que solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto a su juicio es errada la afirmación del *a-quo* en el sentido de que las diferencias halladas entre los estados financieros y la declaración de renta de uno de los proponentes son subsanables, pues se trata de inconsistencias que fueron establecidas en el pliego de condiciones como causales de rechazo de las propuestas (f. 118 y 125, c. ppl.).



CONSIDERACIONES

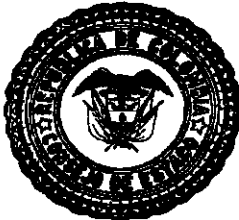
I. La competencia

6. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1999 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$4 312 000,00 y en el presente caso, la parte actora estimó la mayor de sus pretensiones en la suma de \$ 100 000 000,00 por concepto de lucro cesante.

II. Hechos probados

7. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis²:

² De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La Sala valorará los documentos presentados en copia simple, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció: *"Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas"*.



7.1. Mediante resolución n.º 0320 del 6 de abril de 1999 el director general del Instituto de Desarrollo Urbano IDU ordenó la apertura de la licitación pública IDU-LP-DTC-014-1999 cuyo objeto fue contratar la construcción de vías: diagonal 36 sur de avenida El Ferrocarril a transversal 52; transversal 70 B de calle 1 a la diagonal 3 en la localidad de Kennedy y calle 33 A de la carrera 100 a la 102 en la localidad de Fontibón (f. 593, folder anexo).

7.2. En la licitación se presentaron 22 propuestas, entre ellas las de la unión temporal F.M., conformada por José Morgensztern Aizemberg, Carlos Augusto Dussan Alvarez y Luis Eduardo Rojas Botia (f. 348 y 527 a 530, folder anexo).

7.3. El pliego de condiciones que rigió la licitación estableció, entre otras cosas, las siguientes (f. 413 a 471, folder anexo):

7.3.1. Dentro de los documentos de la propuesta, el numeral 3.2.9 exigió los estados financieros básicos, en los siguientes términos:

Toda la información financiera deberá ser presentada en moneda legal colombiana.

Se deberá presentar Balance General y Estado de Resultados con sus respectivos anexos a diciembre 31 de 1997. Estos estados financieros serán presentados en forma comparativa con los de 1996, acompañados de sus respectivas notas, las cuales deberán especificar las principales políticas y prácticas contables y administrativas, y hacer claridad sobre las principales cuentas del balance en concordancia con el artículo 114 del decreto reglamentario 2649 de 1993.

El Balance General debe discriminar los Activos en Corrientes, Fijos y Otros Activos, y los Pasivos en Corrientes y a Largo Plazo.

Toda la documentación debe estar firmada por el Representante Legal, el Contador y el Revisor Fiscal, si lo requiere, de acuerdo con lo establecido en los artículos 37 y 38 de la ley 222 de 1995.



Si el proponente tiene fecha de constitución posterior al 31 de diciembre de 1997 deberá presentar estados financieros hasta el fin de mes anterior a la presentación de la propuesta.

La omisión, los defectos, deficiencias o errores en las cifras del Balance General, del Estado de Resultados y/o de la declaración de renta, no serán subsanables y generarán el rechazo de la propuesta. El resto de la información financiera así como la omisión de las firmas del Contador y/o Revisor Fiscal y Representante Legal, en los mismos documentos será subsanable, a solicitud del IDU, dentro del término que este señale so pena de rechazo.

En caso que el proponente no haya tenido que declarar renta con anterioridad, en reemplazo de este documento debe anexar una carta aclaratoria de su situación financiera y el certificado de ingresos y retenciones de 1997.

7.3.2. En el capítulo de análisis de las propuestas, el numeral 4.6.3 establece:

Con base en los documentos presentados por el proponente, el Instituto verificará la consistencia entre las partidas de los Estados Financieros y la Declaración de Renta, descalificando los proponentes que presenten diferencias mayores al 0.5%, no explicadas a través de la Conciliación de Renta Fiscal. Posterior a dicha verificación, el Instituto calculará los siguientes indicadores financieros y verificará el cumplimiento de las condiciones que se detallan a continuación; en caso de no cumplir alguna, se rechazará la propuesta.

a. Con base en el Balance General a 31 de diciembre de 1997 se determinarán:

. Capital de Trabajo (...).

. Solvencia: (...).

. Nivel de endeudamiento (...)

. Relación Patrimonial (...)

En caso de Uniones Temporales o Consortios los indicadores se calcularán con base en la suma aritmética de las partidas de cada uno de los integrantes.



7.3.3. En los factores y criterios de evaluación y adjudicación, el pliego de condiciones estableció:

El contrato se adjudicará a la propuesta mejor calificada y que se estime más conveniente para la entidad.

Las propuestas serán evaluadas teniendo en cuenta los siguientes factores de evaluación, sobre una asignación máxima total de MIL (1000) puntos.

EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE	380 PUNTOS
EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES	420 PUNTOS
PRECIO	200 PUNTOS

Los proponentes que obtengan menos de 560 PUNTOS en la sumatoria de los siguientes factores EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE Y EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES, se considerarán RECHAZADOS.

(...)

4.7.3. PRECIO = 200 PUNTOS

El factor precio tendrá una asignación de 200 puntos (200) como máximo distribuidos así:

Se determinará la media geométrica (G) teniendo en cuenta los valores totales de las propuestas hábiles. El presupuesto oficial se incluirá para el cálculo de las Media Geométrica una vez por cada cuatro propuestas hábiles, por lo tanto la siguiente fórmula se ajustará con base en el criterio anterior, así: (...)

Una vez obtenida la media geométrica se procederá de la siguiente manera:

A.1 Propuestas con valores totales inferiores al ochenta y cinco por ciento (85%) de la media geométrica (G), tendrán cero puntos.

A.2 Propuestas con valores totales que estén comprendidos entre el ochenta y cinco por ciento (85%) y el noventa y cinco por ciento (95%) de la media geométrica (G), tendrán entre cero (0) puntos y doscientos (200) puntos, utilizando una relación lineal.

A.3 Propuestas con valores totales que estén comprendidos entre el noventa y cinco por ciento (95%) y el cien por ciento



(100%) de la media geométrica (G), tendrán doscientos (200) puntos.

A.4 Propuestas con valores totales que estén comprendidos entre el cien por ciento (100%) y el ciento quince por ciento (115%) de la media geométrica (G), tendrán entre doscientos (200) puntos y cero (0) puntos, utilizando una relación lineal.

A.5 Propuestas con valores totales que sean superiores al ciento quince por ciento (115%) de la media geométrica (G), tendrán cero (0) puntos.

(...)

4.9 DE CUANDO SE PRESENTAN EMPATES

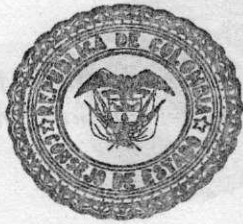
Para el caso de empate entre varias propuestas, se preferirá al proponente que tenga la mayor calificación en el factor EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE, si subsiste el empate se preferirá al proponente que tenga el precio más cercano al 95% de la media geométrica.

(...)

4.11 ADMISIÓN O RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

Una propuesta será admisible cuando haya sido presentada oportunamente y se halle ajustada al pliego de condiciones. Se considera ajustada al pliego de condiciones la propuesta que cumpla todos y cada uno de los requisitos objetivos establecidos y no se halle comprendida en uno de los siguientes casos:

- a) Cuando el proponente se halle incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar establecidas en la Constitución o en la ley.
- b) Cuando la propuesta sea presentada por personas jurídicamente incapaces para obligarse o que no cumplan todas las calidades y condiciones de participación indicadas dentro de estos pliegos de condiciones.
- c) Cuando el valor de la propuesta exceda el presupuesto oficial, artículo 1º Decreto 287/96, estimado indicado en estos pliegos; o cuando el valor total corregido de la propuesta tenga una diferencia mayor del cinco por ciento (5%), en más o menos, en relación con el valor original de la misma.
- d) Cuando el proponente no esté inscrito en el Registro Único de Proponentes en la actividad, especialidad, y grupo



requeridos o no posea la capacidad de contratación disponible (KDC) solicitada en el presente Pliego de Condiciones; o cuando la persona jurídica extranjera no cumpla con lo previsto en el numeral 22.4 de la ley 80 de 1993.

- e) Cuando el proponente no posea el capital de trabajo solicitado en estos pliego y no cumpla con todos y cada uno de los parámetros financieros establecidos en estos pliegos.
- f) Cuando existan varias propuestas presentadas por el mismo proponente para esta misma licitación.
- g) Cuando la propuesta esté incompleta por no incluir alguno de los documentos exigidos en el numeral respectivo de estos pliegos o cuando contengan defectos insubsanables, de acuerdo con lo previsto en el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.
- h) Cuando no se suscriba la Carta de Presentación de la Propuesta por la persona natural proponente o por el representante legal de la sociedad proponente o cuando éste no se encuentre debidamente autorizado para presentar la propuesta de acuerdo con los estatutos sociales.
- i) Cuando la propuesta no cumpla con la integridad del objeto de la presente licitación, es decir, se presente en forma parcial.
- j) Las propuestas alternativas, cuando no se formule simultáneamente la propuesta básica.
- k) Cuando el proponente manifieste y/o acredite en su propuesta que no ha sido sancionado y el IDU corrobore que dicha información no es veraz (...).
- l) En los demás casos expresamente establecidos en los presentes pliegos de condiciones.

7.4. Los documentos presentados en la licitación por Pedro Latiff Restrepo, integrante de la unión temporal L.V., presentan las siguientes diferencias (f. 152 a 158, c. 2):

Para el año 1996:



- Ingresos:

En la declaración de renta:	\$ 9 800 000
Estado de pérdidas y ganancias:	\$ 4 881 000

Para el año 1997:

- Patrimonio bruto:

En el balance general a diciembre:	\$ 157 233 816
En la declaración de renta:	\$ 156 234 000

- Patrimonio líquido:

En el balance general a diciembre:	\$ 154 955 816
En la declaración de renta:	\$ 153 956 000

- Cuentas por cobrar:

En el balance general a diciembre:	\$ 47 817 836
Declaración de renta:	\$ 107 818 000

- Inversiones en CDT:

En el balance general a diciembre:	\$ 60 000 000
Declaración de renta:	-0-

7.5. El IDU ofició a la unión temporal L.V el 31 de mayo de 1999 y le solicitó el envío de la conciliación fiscal del patrimonio bruto (f. 159, c. 2).



287

7.6. A solicitud de la entidad licitante, la unión temporal L.V. remitió la conciliación fiscal del patrimonio bruto del integrante Pedro Hernán Latiff Restrepo, en la cual se lee (f. 337 a 340, folder anexo)³:

PATRIMONIO CONTABLE A 31-12-96	\$ 148.544.000
PATRIMONIO FISCAL A 31-12-96	148.544.000
DIFERENCIA	0
PATRIMONIO CONTABLE A 31-12-97	\$ 157.233.816
PATRIMONIO FISCAL A 31-12-96	156.234.000
DIFERENCIA-SUPERAVIT POR VALORIZACIÓN	999.816

EN DECLARACIÓN SE ENCUENTRA A COSTO HISTÓRICO

³ La entidad licitante, para la evaluación de las ofertas, solicitó aclaraciones y documentos faltantes en las mismas a varios proponentes y entre ellos, esta clase de información sobre estados financieros y declaraciones de renta. Es así como le solicitó a la unión temporal Viacol la conciliación de renta fiscal que explique las diferencias entre la utilidad del estado de resultados y la renta líquida de la declaración de renta de 1997; al consorcio Sacón, la conciliación de renta fiscal que explique las mismas diferencias que el anterior y además, los anexos que discriminen e identifiquen las partidas de clientes, anticipos y avances, obligaciones financieras, cuentas corrientes comerciales y anticipos recibidos, del balance general de 1997; al consorcio Pucalpa, la conciliación de renta fiscal que explique las diferencias entre la utilidad del estado de resultados y la renta líquida en la declaración de renta de 1997; al consorcio Ingeniería de Vías-Horacio Vega, la conciliación de renta fiscal que explique las diferencias entre la utilidad del estado de resultados y la renta líquida en la declaración de renta de 1997; a la unión temporal Ingelwilcar-Martínez, se le solicitó enviar la conciliación de fiscal de 1997, las notas a los estados financieros de 1997 y los anexos que discriminen y permitan la identificación de las partidas que componen el balance general de 1997; al consorcio Integral, le pidió las notas a los estados financieros de 1997, anexos que discriminen y permitan identificar las partidas de ingresos por cobrar y acreedores varios del balance general de 1997; a C.C.I Ltda., la conciliación de renta fiscal que explique las diferencias entre la utilidad antes de impuestos del estado de resultados y la renta líquida de declaración de renta de 1997; Augusto Moreno Murcia: se le hizo la misma solicitud que al anterior y los anexos que discriminen y permitan identificar las partidas de disponible, inventarios, propiedad planta y equipo, cuentas por cobrar a terceros, del balance general de 1997; consorcio Milenio: le solicitaron los anexos que discriminen y permitan la identificación de las partidas que componen el balance general de 1997 de sus integrantes; a Lep Ingenieros Ltda., la discriminación de las partidas de propiedad planta y equipo del balance general de 1997; a la unión temporal L.V.: enviar la conciliación fiscal del patrimonio bruto de Pedro Hernán Latiff Restrepo; consorcio Marios, enviar la conciliación anexo cuentas por pagar clientes de Constructora PF; a la unión temporal F.M., que aclarara el nombre de uno de los integrantes de la unión temporal; etc. (f. 257 a 413, folder anexo).



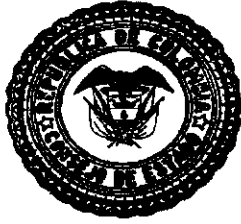
EN BALANCE POR VALOR DE MERCADO

7.7. En el cuadro 3 de evaluación de las ofertas –observaciones generales-, aparecen cinco proponentes rechazados, entre ellos la propuesta de la unión temporal F.M., porque *“Carlos Dussán y José Morgensztein presentan inconsistencia entre las cifras de las utilidades del estado de resultados y del patrimonio del balance general de 1997”*, nota de rechazo que no aparece en el cuadro final de evaluación de las ofertas y en el cuadro 4, resumen de la evaluación, aparece habilitado y en el 4º lugar en el orden de elegibilidad preliminar, después del consorcio Alberto Cárdenas & Julio Durán (primer puesto), consorcio 2000 (segundo puesto) y José Guillermo Galán Gómez (tercer puesto) (f. 215, 217 y 234, folder anexo).

7.8. El informe de evaluación de las ofertas fue puesto a disposición de los oferentes para ser consultado y presentar las observaciones que consideraran pertinentes (f. 138 a 182, folder anexo).

7.9. La unión temporal F.M presentó escrito de observaciones al informe de evaluación, en el cual manifestó que había encontrado causales de rechazo de la oferta presentada por la unión temporal L.V, por cuanto existen diferencias no explicadas entre los estados financieros y la declaración de renta, algunas de las cuales coinciden con las expuestas en la demanda y con base en tales observaciones, solicitó el recálculo de la media geométrica sin la inclusión de este proponente, la cual estimó en \$ 399 222 347, *“para posteriores efectos de adjudicación”* (f. 120, folder anexo).

7.10. En su respuesta a las observaciones del demandante sobre la oferta de la unión temporal L.V, el IDU manifestó (f. 116, folder anexo; f. 7, c. 2):



"1.1.1. Revisado el original de la propuesta a folios 32 al 38 se constata que las diferencias presentadas por el proponente PEDRO LATIF RESTREPO entre las cifras del Balance General de 1997 y la declaración de renta de 1997 obedece a reclasificación de partidas que el proponente realiza para efectos fiscales. Se aclara al observante que a solicitud del Instituto se le pidió aclarar dichas diferencias mediante conciliación fiscal mediante oficio (...) el cual fue respondido correctamente por el proponente (...).

Por lo anterior no procede la observación.

1.1.2. La información presentada para el año de 1996 es de carácter informativo y no es relevante en el resultado final de la evaluación financiera. Ya que los indicadores se toman con relación a los Estados Financieros de 1997.

Por lo anterior no procede la observación.

1.1.4 (sic). Revisado el original de la propuesta del participante VALLEJO JARAMILLO ANTONIO a folios 26 al 31 se constata que la omisión del año en la fecha de corte del estado de resultados no es impedimento para realizar una evaluación objetiva de la propuesta por cuanto este estado financiero fue comparado con la declaración de renta de cada año verificándose de esta forma la consistencia de sus cifras.

Por lo tanto no procede la observación.

1.1.5.6 (sic) La no coincidencia entre la utilidad del Estado de resultados y las utilidades del Balance General de los participantes VALLEJO JARAMILLO ANTONIO Y LATIFF RESTREPO obedece a que los proponentes reflejan dichas utilidades dentro del gran total del patrimonio del Balance General lo que es permitido por tratarse de personas naturales.

Por lo tanto no procede la observación.

7.11. Mediante resolución n.º 0722 del 29 de junio de 1999, el director técnico de malla vial del IDU adjudicó la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-014-99 al consorcio Alberto Cárdenas & Julio Durán, por valor de \$ 377 282 500. En las consideraciones del acto administrativo, la entidad manifestó i) que como resultado de la evaluación de las ofertas, los siguientes proponentes obtuvieron los mayores puntajes: surgió el siguiente orden de elegibilidad: primero, el consorcio Alberto Cárdenas & Julio Durán, con 1000 puntos; segundo, consorcio 2000, con 1000



puntos y tercero, José Guillermo Galán, con 1000 puntos; ii) que de acuerdo con el pliego de condiciones, en caso de empate entre varias propuestas se preferirá al proponente que tenga mayor calificación en el factor de experiencia específica y si subsiste el empate, se preferirá al proponente que tenga el precio más cercano al 95% de la media geométrica; iii) en el presente caso, los proponentes ubicados en los tres primeros lugares presentaron igual calificación en el factor de experiencia específica, por lo que se acudió al segundo factor de desempate, "(...) en virtud del cual la propuesta de el CONSORCIO ALBERTO CÁRDENAS & JULIO DURÁN, por un valor de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$377'282.500.00 M/C), ofrece el precio más cercano al 95% de la media geométrica (95.09)" y por tal razón el comité de adjudicaciones recomendó y el director técnico aceptó adjudicarle la licitación pública a dicho consorcio (f. 28, folder anexo).

III. El problema jurídico

8. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si el acto de adjudicación de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-014-99 de 1997 contenido en la resolución n.º 0722 del 29 de junio de 1999 realizada por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, fue ilegal por no haber recaído en la mejor oferta y si la presentada en la licitación por el demandante era la más conveniente y por lo tanto debió ser la favorecida con la decisión de la administración.

IV. Análisis de la Sala



9. La presente controversia gira en torno de la legalidad del acto de adjudicación de una licitación, la cual es cuestionada por otro proponente que participó en dicho procedimiento de selección. En estos casos, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, para obtener la prosperidad de todas sus pretensiones, el demandante debe comprobar la ilegalidad del acto acusado y que su oferta, además de cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, era la más conveniente para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las propuestas: *“La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la Administración”*⁴.

10. Es decir que en controversias como la presente, en las que se cuestiona la validez de las decisiones de adjudicación de los contratos estatales en los procedimientos de selección de contratistas, son dos los extremos que se deben probar como requisito *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias: i) la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación, y ii) que la oferta del demandante era la mejor y más conveniente y por lo tanto debió ser la favorecida con la decisión. Al respecto, la Sala ha dicho:

15. En cuanto a lo primero, deberá probarse alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas por la ley –falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o violación de la regla de derecho de fondo, artículo 82 del C.C.A-. Y

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



en cuanto a lo segundo, para que se pueda dar la comprobación exigida respecto de la oferta del demandante, deben obrar en el proceso el respectivo pliego de condiciones y todas las ofertas que fueron presentadas en el procedimiento de selección, para poder corroborar, mediante el análisis y comparación de las mismas, de frente a las disposiciones que rigieron el procedimiento de selección y los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las ofertas, que la presentada por el demandante cumplió todos los requisitos y fue la mejor, haciéndose acreedora a la adjudicación^{5,6}

11. El cuestionamiento que la parte actora hace a la adjudicación de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-014-99 de 1997 efectuada por el IDU mediante la resolución n.º 0722 del 29 de junio de 1999, acto administrativo aquí demandado, radica en el hecho de que en el proceso de evaluación de las ofertas, la correspondiente a la unión temporal L.V no fue rechazada a pesar de que a juicio de la demandante, presentaba defectos que daban lugar a su exclusión. Al ser tomada en cuenta, influyó en el cálculo de la media geométrica del precio, porque con su participación, tal y como fue evaluado por la entidad, la propuesta cuyo precio más se acercaba al 95% de la media geométrica era la del consorcio Alberto Cárdenas & Julio Durán y fue por ello que resultó favorecido con la adjudicación, mientras que si no se tenía en cuenta la propuesta de la unión temporal L.V, la que más se habría acercado a dicho porcentaje, sería la presentada por el consorcio unión temporal F.M, del cual eran integrantes los demandantes en el *sub-lite* y por lo tanto, habrían sido beneficiarias de la adjudicación.

12. De acuerdo con lo anterior, resulta necesario establecer si efectivamente la propuesta de la unión temporal L.V debió ser rechazada, por haber incurrido en las causales de rechazo

⁵ [11] “Sin perjuicio de que tal hecho pueda ser acreditado por otros medios de prueba, como un dictamen pericial que así lo establezca. Sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 20629, C.P. Danilo Rojas Betancourth”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, expediente 24271, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



290

Expediente n.º 21321
Consortio Unión Temporal FM

contempladas en el pliego de condiciones y si la entidad incurrió en una irregularidad al permitir que este proponente allegara información y documentación para corregir tales errores.

El pliego de condiciones

13. Los procedimientos de selección de contratistas y particularmente la licitación pública, se rigen por el pliego de condiciones que elabora la entidad licitante para regular todo lo concerniente a las distintas etapas del procedimiento mismo y dentro de ellas las de evaluación y adjudicación del contrato, respecto de las cuales, como lo ha manifestado la jurisprudencia, *“La Administración está obligada a fijar previamente y consignar en el pliego de condiciones los criterios de selección y la forma de evaluarlos en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, lo cual comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción; esta exigencia tiende a garantizar que los interesados en participar conozcan de antemano esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus propuestas y también a establecer su válida aplicación por parte de la entidad estatal, que debe evaluar las propuestas con base en esas reglas. Las cláusulas confusas o pobres, serán interpretadas en contra de la Administración, por ser quien las elaboró”*⁷.

14. Se trata de un acto administrativo de carácter general⁸, que una vez proferido por la entidad se torna obligatorio tanto para ésta como para los oferentes y que no puede, en principio, ser modificado ni alterado

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



una vez se abre la licitación –salvo aquellos eventos en los que se permite expedir adendas para corregir errores o aclarar puntos oscuros o ambiguos en sus disposiciones- y mucho menos luego de su cierre, de tal manera que mediante su intangibilidad se garantice el principio de igualdad que debe informar todos los procedimientos de selección de contratistas y que implica brindar el mismo tratamiento a todos los partícipes en esta clase de actuaciones, con iguales exigencias y sin distingos de ninguna naturaleza, así como el principio de transparencia, que se predica en general de las actuaciones administrativas y el deber de selección objetiva, que se impone en la adjudicación de los contratos de la administración. Respecto del pliego de condiciones ha dicho la Sala que⁹:

(...) ha sido denominado jurisprudencial y doctrinalmente la ley del proceso de selección, por constituir el documento normativo rector de la licitación pública, conformado por un conjunto de disposiciones que libremente puede establecer la administración según sus necesidades, ya que tiene libertad de configuración frente al mismo¹⁰, siempre que respete el mínimo contenido de los pliegos de condiciones exigido por la ley –art. 24, num. 5, Ley 80 de 1993¹¹- y las limitaciones que se imponen a partir de la debida

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 27428, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ [21] “(...) se ha señalado que la administración ejerce y mantiene una facultad discrecional para su configuración, para ponderar los hechos, intereses, derechos y principios jurídicos comprometidos en un caso concreto y para una determinada solución. La administración tiene un espacio libre para elegir como posible cualquiera de las alternativas que resuelvan el caso, con un margen de libertad de valoración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones y los criterios y reglas que orientarán el proceso de selección”.

¹¹ [22] “Esta norma establece que en los pliegos de condiciones: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; c) se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; d) no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; e) se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; f) se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía”.



291

Expediente n.º 21321
Consorcio Unión Temporal FM

planeación del futuro contrato, los estudios previos adelantados, los requisitos presupuestales, la finalidad de la contratación, etc.

23. Tales disposiciones del pliego de condiciones, se encuentran interrelacionadas y concatenadas entre sí, en donde el sentido de una cualquiera de ellas puede depender de la interpretación de otra, de tal suerte que para obtener el cabal entendimiento de su contenido, de los requisitos y exigencias efectuados por la entidad a los proponentes y los criterios de evaluación y calificación que estableció para su selección, aquellas deben ser estudiadas en forma completa y no fraccionada (...)

24. En un pliego de condiciones puede existir tal complejidad, que en relación a su interpretación, "(...) con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación".¹²

25. En esa labor de interpretar el pliego de condiciones, como norma jurídica que es, "(...) el intérprete estará bien guiado si acude, con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada (...). No obstante lo anterior, conviene precisar que la interpretación del pliego debe realizarse por la entidad, en igualdad de condiciones para todos los participantes, puesto que, de otra manera, se violaría este principio esencial del proceso licitatorio".¹³

15. En el presente caso, se discute la aplicación de los numerales 3.2.9 y 4.6.3 del pliego de condiciones que rigió la licitación pública que culminó con el acto administrativo demandado, en cuanto establecen los errores no subsanables y las causales de rechazo de las ofertas –ver

¹² [23] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 12025, C.P. Ramiro Saavedra Becerra".

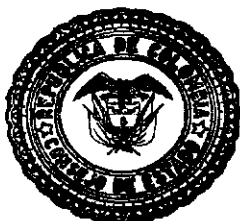
¹³ [24] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 13416, C.P. Alier E. Hernández Enríquez."



párrafos 7.3.1 y 7.3.2-, que según el demandante, de haber sido correctamente aplicadas en el caso de la propuesta de la unión temporal L.V, habrían conducido a su rechazo.

16. Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al demandante, en primer lugar, porque de acuerdo con lo establecido en el referido numeral 3.2.9, lo que da lugar al rechazo de las ofertas son las omisiones, errores, defectos o deficiencias que se adviertan *en las cifras* del balance general, estado de resultados y/o la declaración de renta. En el plenario no se acreditó esta circunstancia, pues lo que consta es que algunas cifras que obran en los estados financieros son distintas a las consignadas en las declaraciones de renta, sin que esto sea suficiente para acreditar la deficiencia aducida en la demanda, pues no necesariamente implica la existencia de errores, omisiones, etc., por esa sola circunstancia.

17. En efecto, se advierte que la naturaleza y finalidad de los estados financieros de una persona, por una parte y su declaración de renta, por la otra, son distintos, como diferente es la forma de elaborar unos y otros, pues mientras los primeros constituyen la información contable del ejercicio de la actividad económica de una persona, que se debe llevar a cabo con fundamento en los principios y normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia y con aplicación de la regulación legal pertinente, las segundas corresponden al cumplimiento de una obligación fiscal dirigida a establecer la procedencia o no del cobro del impuesto de renta y en caso afirmativo, el monto del mismo que le corresponde cancelar al contribuyente, con fundamento en lo dispuesto por el estatuto tributario.



292

Expediente n.º 21321
Consortio Unión Temporal FM

18. El artículo 19 del Decreto 2649 de 1993¹⁴, establece que los estados financieros son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico. Mediante una tabulación formal de nombres y cantidades de dinero derivados de tales registros, reflejan, a una fecha de corte, la recopilación, clasificación y resumen final de los datos contables. Y son estados financieros de propósito general –art. 21 del mismo decreto- aquellos que se preparan al cierre de un periodo para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Para ello, la norma dispone que éstos se deben caracterizar por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta. Son estados financieros de propósito general los básicos y los consolidados y entre los primeros, se hallan el balance general y el estado de resultados, que fueron los exigidos a los proponentes en la licitación a la que se refiere el presente proceso.

19. De acuerdo con lo anterior, cuando las entidades estatales exigen en los pliegos de condiciones que las ofertas estén acompañadas de esta clase de documentos, lo hacen para verificar la situación económica de los proponentes y su posibilidad de afrontar la ejecución del objeto a contratar y es este criterio el que deben tener en cuenta al analizar el cumplimiento de las exigencias documentales efectuadas.

20. Así mismo, deben tener en consideración la posibilidad de requerir a los proponentes para que aporten aquellos requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, cuya ausencia, según el numeral 15 del

¹⁴ "Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia".



artículo 25 de la Ley 80 de 1993, "(...) no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos", norma que se debe interpretar en consonancia con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 30 de la misma ley, que permite a las entidades licitantes "solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables" durante el término para la evaluación; y con el numeral 8º del artículo 30, que permite a los oferentes presentar las observaciones que consideren pertinentes durante el traslado de la evaluación de las ofertas, facultad en ejercicio de la cual "(...) los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas"¹⁵. En relación con el referido numeral 7º, ha dicho la jurisprudencia:

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará "a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

¹⁵ "Art. 25. En virtud de este principio –el de economía–: (...) 15. (...) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

(...) Art. 30. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...) 8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas".



En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?¹⁶

21. Y en relación con el numeral 8º, manifestó la misma providencia:

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25804, C.P. Enrique Gil Botero.



derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido "era o no necesario para la comparación de las propuestas".

22. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que aún a la luz de las normas de la Ley 80 de 1993 -antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007-, existen requisitos y exigencias que se hacen en el pliego de condiciones que no son indispensables para la comparación de las ofertas y que por lo tanto, frente a su deficiencia, pueden ser subsanados a solicitud de la entidad¹⁷.

¹⁷ Al respecto, si bien el presente caso no se rige por la Ley 1150 de 2007, puesto que el procedimiento de selección al que se refiere fue anterior a su vigencia, sí resulta ilustrativo lo dispuesto en dicha normatividad en relación con la capacidad financiera de los proponentes, que pasó a ser un requisito habilitante no sujeto a puntaje y la posibilidad de subsanar esta clase de requisitos. Dicha ley, establece en el artículo 5º numeral 1º, que las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje; a su vez, el parágrafo 1º de la misma norma dispone que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. La norma establece: "Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: // (...) // "Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización." En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación, y en el caso de la subasta, deben ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Es decir que el legislador reconoció que en el procedimiento de selección de contratistas la parte de las propuestas que no debe ser tocada ni modificada durante el procedimiento de evaluación y calificación so pretexto de su corrección, es la referente a los factores sujetos a puntaje, los cuales corresponden al objeto propiamente dicho del futuro contrato, sus especificaciones técnicas, su precio, etc., que constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para



del Contador y/o Revisor Fiscal y el Representante Legal, en los mismos

23. En el presente caso, se observa que el pliego de condiciones exigió la entrega de los estados financieros –balance y estado de resultados– a 31 de diciembre de 1997, en forma comparativa con los de 1996 y dispuso que sería con base en el balance general a 31 de diciembre de 1997, que determinaría el capital de trabajo, la solvencia, el nivel de endeudamiento y la relación patrimonial en los estados financieros de los proponentes –párrafo 7.3.2-.

24. Tal y como se advirtió al relacionar los hechos probados, es cierto que aparecen algunas diferencias en rubros de los estados financieros que también son mencionados en las declaraciones de renta de 1997 del señor Pedro Latiff Restrepo, miembro de la unión temporal L.V. – párrafo 7.4-; sin embargo consta que la entidad conminó al proponente a presentar las aclaraciones correspondientes –párrafo 7.5- y que éste aportó la conciliación fiscal que le fue solicitada –párrafo 7.6-, brindando las explicaciones pertinentes.

25. Ahora bien, contrario a lo sostenido por el demandante, el hecho de que la entidad hubiera solicitado el aporte de la referida conciliación fiscal no resulta violatorio del pliego de condiciones, pues según el literal g) del numeral 4.11, será causal de rechazo que “(...) la propuesta esté incompleta por no incluir alguno de los documentos exigidos en el numeral respectivo de estos pliegos (...)” y resulta que, de conformidad con el numeral 3.2.9 del pliego de condiciones, como ya se advirtió, es la omisión, defectos, deficiencias o errores en las cifras del balance general, del estado de resultados y/o de la declaración de renta, lo que no resulta subsanable y genera el rechazo de la propuesta, mientras que “El resto de la información financiera así como la omisión de las firmas solicitadas al proponente unión temporal L.V. que aportara la conciliación fiscal, no resulta violatorio del pliego de condiciones de uno de sus integrantes, no lo es violatorio la administración. Contrario sensu, las deficiencias que se presenten en todos aquellos requisitos y documentos que no son objeto de puntaje, resultan subsanables.



296

Expediente n.º 21321
Consorcio Unión Temporal FM

del Contador y/o Revisor Fiscal y Representante Legal, en los mismos documentos será subsanable, a solicitud del IDU, dentro del término que este señale so pena de rechazo" –párrafos 7.3.1 y 7.3.3-, lo que se reitera en el numeral 4.6.3 del pliego de condiciones, en el que explícitamente se anuncia que con base en el balance general a 31 de diciembre de 1997 la entidad establecerá los siguientes indicadores financieros: el capital de trabajo, la solvencia, el nivel de endeudamiento y la relación patrimonial, en los términos allí dispuestos y que en caso de no cumplirse alguna de estas condiciones, la propuesta sería rechazada –párrafo 7.3.2-.

26. De otro lado, se observa que la capacidad financiera, que se establecería a partir del análisis de los estados financieros y las declaraciones de renta que se exigieron a los proponentes, no era un factor de calificación dentro de la licitación, pues tal y como se constató –párrafo 7.3.3-, el puntaje, en un máximo de 1000, recaía sobre i) la experiencia específica del proponente -380 puntos-, ii) experiencia de los profesionales -420 puntos- y precio -200 puntos-.

27. De acuerdo con lo expuesto, se deduce que el mismo pliego de condiciones, en consonancia con lo dispuesto por la ley, admitió la posibilidad de que la entidad pidiera información y documentación faltante que considerara necesaria para subsanar las deficiencias respecto de requisitos que no eran necesarios para la comparación de las propuestas, puesto que no correspondían a factores de calificación sujetos al otorgamiento de puntaje y que por lo tanto, no eran constitutivas de causal de rechazo.

28. Por otra parte, advierte la Sala que la actuación de la entidad al solicitarle al proponente unión temporal L.V. que aportara la conciliación fiscal del patrimonio bruto de uno de sus integrantes, no fue violatoria



297

Expediente n.º 21321
Consortio Unión Temporal FM

del derecho de igualdad que debe informar estos procesos de selección de contratistas, puesto que tal y como se pudo verificar en el plenario, el mismo tratamiento fue dispensado a todos los oferentes, ya que constan los requerimientos que en similares términos efectuó el IDU a varios de ellos, para que aportaran información faltante, aún la relacionada con la capacidad financiera de los proponentes –ver nota de pie de página 3-, de manera que no se advierte un tratamiento preferencial respecto de la oferta de la unión temporal L.V. o discriminatorio en relación con la presentada por los demandantes, si se tiene en cuenta que, según lo observado en el plenario, la misma, en una primera evaluación, fue rechazada por inconsistencia en las cifras de los estados financieros y posteriormente fue habilitada, sin que conste la razón de esta última decisión –párrafo 7.7-, que sin duda debió obedecer a las aclaraciones ofrecidas por el proponente a solicitud de la entidad.

V. Conclusión

29. De acuerdo con lo expuesto, no se probó en el plenario que la entidad hubiera actuado irregularmente al no rechazar la oferta de la unión temporal L.V y por el contrario, tenerla en cuenta para efectuar el cálculo de la media geométrica en el factor precio, que fue utilizada para establecer cuál era la oferta ganadora por tener el precio que más se acercaba al 95% de dicha media geométrica, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.9 del pliego de condiciones –párrafo 7.3.3-.

30. Dado que las pretensiones de la parte actora dependían de la comprobación de que la referida propuesta no debió ser tenida en cuenta, ya que de haber sido rechazada, la del consorcio unión temporal F.M habría sido la favorecida con la adjudicación, porque habría sido la más cercana al 95% de la media geométrica del precio, al no haberse probado la primera premisa, esto es, que la propuesta de la unión



temporal L.V debió ser rechazada, como consecuencia lógica, no se acreditó que la oferta de los demandantes debió ser favorecida con la adjudicación y en consecuencia, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado. Razón por la cual, la sentencia de primera instancia merece ser confirmada, y así lo decidirá la Sala.

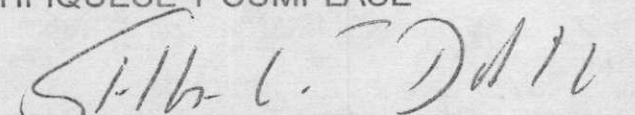
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

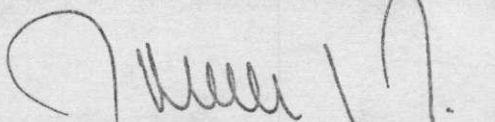
FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 5 de julio de 2001.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO


RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala


DANILO ROJAS BETANCOURTH