

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
SALA DE ORALIDAD**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

PROCESO: 76001-23-33-006-2014-0484-00
M. DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: CONSORCIO SAN NICOLÁS
DEMANDADO: CVC
ASUNTO: NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE
ADJUDICACIÓN. NULIDAD ABSOLUTA DE
CONTRATO DE OBRA

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

Santiago de Cali, doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020)

1. La Sala decidirá la demanda presentada por Hernando Laverde Abella, representante legal del consorcio San Nicolás, contra la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, en adelante CVC, en la que se presentaron las siguientes:

1. Pretensiones

2. La parte actora, en desarrollo del medio de control de controversias contractuales, solicitó:

1. Declarar la nulidad de los actos administrativos resolución 100 No. 600-0907 del 21 de diciembre de 2012, por la cual adjudica la Licitación Pública CVC 11 de 2012, expedida por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA.

2. Como consecuencia de la anterior declaración que se declare la nulidad del contrato 466 de 2012, suscrito por CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA y el CONSORCIO RECUPERACIÓN CAÑAVERALEJO 2013 por la adjudicación de la Licitación Pública CVC 11 de 2012, indemnizando los perjuicios que le causaron a mi cliente conforme se demuestre en este asunto.

3. En subsidio de lo anterior, condenar a la entidad demandada al pago de las COSTAS E INDEMNIZACIONES que se causaron por la indebida adjudicación del contrato 466 de 2012.

2. Hechos

3. La CVC, a través de la Resolución 100-600-801 del 23 de noviembre de 2012, ordenó la apertura de la licitación pública 11 de 2012, para contratar la recuperación del volumen útil del embalse Cañaveralejo de la ciudad de Cali, y en la que participaron los consorcios Embalses del Valle, Recuperación Cañaveralejo 2013 y San Nicolás.

4. El Comité Evaluador de la licitación pública adjudicó el contrato al consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013. Sin embargo, la parte actora informó que dicho Comité Evaluador excluyó el requisito jurídico del registro mercantil, exigencia que estableció el pliego de condiciones, por lo que consideró que se quebrantaron las reglas de participación.

5. La parte demandante también señaló que el pliego de condiciones exigía el aporte de un permiso ambiental expedido por la autoridad competente, pero se trató de una exigencia que no se allegó por el consorcio adjudicatario y, en consecuencia, esto generó inseguridad jurídica, respecto de los demás licitantes, por violación del principio de igualdad y el derecho al debido proceso.

6. Por último, indicó que el consorcio adjudicatario no aportó la información relacionada con la capacidad de contratación y la experiencia, contempladas en las adendas publicadas por la administración, y, por ende, consideró que se comprometieron los principios de transparencia y las reglas de participación establecidas en el pliego de condiciones y en las adendas aclaratorias.

3. Fundamentos de derecho de las pretensiones

7. La parte demandante, con fundamento en los artículos 2, 6, 28, 29, 121 y 123 de la CP, indicó que la Resolución 0100-0600-0935 del 27 de diciembre 2012, que adjudicó la licitación pública 011 de 2012, fue falsamente motivada y fue expedida con desviación de poder, pues al expedirse quebrantó el pliego de condiciones y las adendas aclaratorias y, en consecuencia, afectó de nulidad absoluta el contrato 0446 del 28 de diciembre de 2012.

4. Contestación de la demanda

8. El apoderado judicial de la CVC dijo que se opone a la prosperidad de las pretensiones acumuladas de la demanda, es decir, sobre la nulidad del acto de adjudicación y de nulidad del contrato, porque:

9. El demandante no desvirtúa la presunción de legalidad del acto de adjudicación, pues no acreditó ninguna de las tres causales de anulación, esto es, la exclusión del requisito jurídico del registro mercantil que preveía el pliego de condiciones, el aporte del permiso ambiental y de la información relacionada con la capacidad de contratación y la experiencia pedidas en las adendas aclaratorias.

10. Afirmó que el demandante, como licitante vencido, no probó la anulación del acto y tampoco acreditó si su oferta fue la mejor.

5. Trámite

11. La demanda se rechazó el 29 de octubre de 2014¹, porque se estableció que la acción para solicitar la nulidad de la Resolución 100-600-0907 del 21 de diciembre de 2012, acto que adjudicó la licitación, era el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que ya había caducado.

12. El Consejo de Estado (2015)², al resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, revocó el auto del 29 de octubre de 2014, porque consideró que el Tribunal Administrativo del Valle *«desconoció que la manera como están estructuradas las pretensiones de la demanda, hacen que esta se encamine a solicitar la nulidad absoluta del contrato, razón por la cual, como petición previa a ello y en cumplimiento de lo establecido por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, se hace necesario al solicitar la nulidad absoluta del contrato que se declare primeramente la nulidad del acto de adjudicación, cuando este sea el fundamento jurídico de la nulidad del contrato»*. En conclusión, estableció que el término de caducidad que se debe aplicar al caso concreto es el del medio de control de controversias contractuales, dos años, que se cuentan desde el día siguiente al perfeccionamiento del contrato y, por ende, determinó que la demanda se formuló oportunamente.

13. El 9 de marzo de 2016, en obediencia a lo dispuesto por el Consejo de Estado, se admitió la demanda³.

14. En audiencia inicial del 31 de agosto de 2017, se declaró probada la excepción previa, formulada por la CVC, de caducidad sobre la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación del contrato, pero se procedió a conocer dicha pretensión en sede del medio de control de nulidad simple contra el acto precontractual, como sustento de la nulidad absoluta del contrato. Lo anterior, porque el Consejo de Estado (2017)⁴ fijó que *«si se pide la nulidad absoluta del contrato sobre la base de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del acto precontractual, la demanda también debe presentarse dentro de esos 2 años. Sin embargo, para efectos de que proceda ese restablecimiento, debe verificarse que la misma se haya interpuesto dentro de los 4 meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación ejecución o publicación – del acto cuestionado –, según el caso»*. La anterior decisión fue apelada por el actor.

¹ Folios 106-108, C.2.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 9 de marzo de 2015, radicación 76001-23-33-000-2014-00484-01.

³ Folio 141, C.2.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de febrero de 2017, radicación 47001-23-33-000-2014-00045-01 (54794).

15. El Consejo de Estado (2017)⁵, en segunda instancia, revocó el proveído, del 31 de agosto de 2017, que declaró probada la excepción previa de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, porque, acorde con la naturaleza pluripretensional del medio de control de controversias contractuales, el actor está en la posibilidad de obtener diversas declaraciones judiciales, de conformidad con los supuestos fácticos y jurídicos, en torno a la relación contractual o precontractual.

16. El 28 de febrero de 2018 se realizó la audiencia inicial y de pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁶.

17. La CVC⁷, en sus alegaciones finales, manifestó que el actor: i) no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cubre al acto de adjudicación, y ii) no demostró que su propuesta cumpliera con las condiciones para quedar habilitada y que fuera la mejor entre las que se presentaron.

18. La **parte demandante**⁸, además de los argumentos empleados en la contestación de la demanda, afirmó que tenía la mejor propuesta dentro del proceso de licitación pública 11 de 2012, pues fue el único que cumplió con todos los requisitos que solicitó la CVC en el pliego de condiciones y en las adendas aclaratorias, es decir, el registro mercantil, el permiso ambiental, la información de la capacidad de contratación y la experiencia y, por consiguiente, se le debe reconocer el 100% de las utilidades proyectadas de la ejecución de dicho contrato.

19. El **Ministerio Público** guardó silencio⁹.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

20. Según lo establece el artículo 152, numeral 5°, de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal Administrativo es competente para conocer de la demanda presentada por Hernando Laverde Abella, representante legal del consorcio San Nicolás.

2. Cuestión previa

21. El artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 contempló que, a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, se realizaría el trámite, notificación y publicación de los actos derivados de la actividad precontractual y contractual. Además, estableció que serviría de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 14 de noviembre de 2017, radicación 76001-23-33-000-2014-00484-02.

⁶ Folios 192-195 y 199-200, C.3.

⁷ Folios 213-215, C.3.

⁸ Folios 216-221, C.3.

⁹ Folio 222, C.3.

y que contaría con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos.

22. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 establece que los mensajes de datos —definidos por el artículo 2 ibídem como la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares— son admisibles como medios de pruebas, y el artículo 11 ibídem determina que para su valoración se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas.

23. Así las cosas, la Sala considera que el proceso de la licitación pública LP 11 de 2012, visible en el SECOP I¹⁰, es la prueba pertinente y útil para analizar la información aportada por los proponentes, entre ellos el demandante, y los reportes realizados por la entidad contratante, la CVC, en el trámite precontractual, ya que es pública y es confiable la forma en que se archivó y se conservó la información.

3. Problema jurídico

24. La Sala debe determinar si era o no ajustada al pliego de condiciones la Resolución 0100-0600-0935 del 27 de diciembre 2012, al adjudicar el contrato a una propuesta que, presuntamente, se presentó con la exclusión del requisito jurídico del registro mercantil y sin el aporte del permiso ambiental y la información relacionada con la capacidad de contratación y la experiencia contenidas en el pliego. Por otra parte, también se debe establecer si procede declarar la nulidad absoluta del contrato 0446 del 28 de diciembre de 2012 en caso de que se declare la nulidad del acto de adjudicación por falsa motivación y con desviación de poder.

25. Para resolver el problema jurídico, se analizará: (i) los requisitos habilitantes y las formalidades para participar en el procedimiento de licitación pública, y ii) el caso concreto.

4. Los requisitos habilitantes y las formalidades para participar en el procedimiento de licitación pública

26. El Consejo de Estado (2013)¹¹ explicó que en la Ley 80 de 1993 se describen los principios de la contratación que estructuran el diseño y contenido de los pliegos de condiciones y, a su vez, constituyen el marco normativo para definir los requisitos y formalidades que se exigen para participar en la licitación pública.

27. También informó que la Ley 80 de 1993 estableció la autonomía de las entidades del Estado para definir los requisitos y formalidades que se deben acreditar por los proponentes para participar en la licitación, siempre y cuando no desborden los términos y condiciones del pliego de condiciones y de los principios de la

¹⁰ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-84730>

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, radicación número: 25000-23-26-000-2000-02482-01(28041) acumulado 25000-23-26-000-2000-02757-01(28598).

contratación estatal, concretamente, los de economía, interpretación de las reglas contractuales y selección objetiva (artículos 25, 28 y 29¹² de la Ley 80 de 1993).

28. Aclaró que la Ley 1150 de 2007, que reformó el régimen de la contratación estatal, sirvió de fundamento para distinguir, en dos categorías, los requisitos que se pueden exigir en el pliego de condiciones, así: i) los habilitantes (la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización) que no otorgan puntaje y cuya exigencia debe ser adecuada y proporcional al contrato, y ii) los factores técnicos y económicos de escogencia y ponderación para la selección de la oferta más favorable.

29. Ahora bien, respecto del pliego de condiciones, indicó que se trata de un acto reglado, ley del procedimiento de licitación, pues compila los términos y las condiciones de las actuaciones de dicho procedimiento —como la presentación de ofertas, la evaluación y la calificación de las propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, según el caso— y las reglas del contrato.

30. Advirtió que los requisitos habilitantes, en su definición, deben respetar la ley y deben ser claros en las condiciones y la forma de acreditar los términos y los elementos que son objeto de cumplimiento por parte de los proponentes. Lo anterior, porque el pliego de condiciones debe contener reglas que refuercen la selección objetiva y evitar así la declaratoria de desierta de la licitación pública, so pena de ser sometidas a control judicial, ser inaplicadas por ineficacia de pleno derecho o anuladas.

31. Por último, fijó que el pliego de condiciones no es totalmente inmodificable en el curso del procedimiento de licitación, pues el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 posibilita la expedición de modificaciones al pliego, para precisar su contenido y alcance, derivadas de las observaciones realizadas por los proponentes. Sin embargo, dijo que la posibilidad de alterar el pliego debe estar acorde con la constitución, la ley y con los términos y condiciones del mismo pliego para su modificación.

5. Caso concreto

5.1. El requisito jurídico del registro mercantil

32. El actor señaló que, para la adjudicación del contrato al consorcio Recuperación Cañaveral 2013, el Comité Evaluador excluyó el requisito jurídico del registro mercantil que hacía parte de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones y, por ende, consideró que se quebrantaron las reglas de participación.

¹² Artículo derogado por la Ley 1150 de 2007 la cual en su artículo 5, modificado por la Ley 1474 de 2011, reguló el alcance del principio de Selección Objetiva.

33. Al revisar el proceso de la licitación pública LP 11 de 2012, visible en el SECOP I¹³, se observa que el pliego de condiciones, dentro de los requisitos habilitantes, estableció que la capacidad jurídica de los oferentes, en el caso de las empresas nacionales, se acreditaba, entre otros, con el certificado de existencia y representación legal actualizado. Además, exigió que las personas naturales debían estar inscritas en el registro mercantil.

34. En la evaluación jurídica de las propuestas¹⁴, realizada el 11 de diciembre de 2012, se estableció que el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 —a quien se le adjudicó el contrato— cumplió con el requisito del aporte del certificado de existencia y representación legal y el registro mercantil de quienes conformaban el consorcio, la empresa CODINSA S.A.S. y el señor Jairo Efraín Cerón Martínez, y, por lo tanto, cumplía con lo estipulado en el pliego de condiciones y estaba habilitado jurídicamente para continuar con la licitación pública. En el mismo sentido se avaló la propuesta del demandante, el consorcio San Nicolás.

35. Posteriormente, el Comité Evaluador, en escrito del 24 de diciembre de 2012 y en respuesta a las observaciones formuladas por los consorcios San Nicolás y Embalses del Valle, señaló que el pliego de condiciones indicó que las personas naturales debían estar inscritas en el registro mercantil, pero que dicho requisito, de conformidad con el artículo 1 del CCo¹⁵, iba dirigido a personas naturales que realicen actividades comerciales. Por lo tanto, señaló que para las personas naturales que no ejercen ese tipo de actividad no son aplicables los requisitos establecidos en la legislación comercial, pues, acorde con el artículo 2 ibídem¹⁶, se rigen por el CC.

36. También, a partir de la lectura del punto 2.14 del pliego, dijo que podían participar en el proceso de selección las personas naturales, jurídicas, nacionales o extranjeras, con capacidad jurídica para ofertar y contratar, y los consorcios, uniones temporales o cualquier forma de asociación permitida por la ley.

37. Así las cosas, la interpretación jurídica que, en criterio del actor, realizó el Comité Evaluador para no aplicar el requisito del registro mercantil fue posterior a la evaluación, del 11 de diciembre de 2012, que determinó que el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 sí cumplía con el requisito habilitante de la capacidad jurídica. Además, la interpretación aludida no favorecía al consorcio en mención, porque la persona natural que hizo parte del mismo era comerciante y, como lo indicó la propia administración, sí tenía el registro mercantil.

¹³ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-84730>

¹⁴ Documento denominado «EVALUACIÓN JURÍDICA» en el proceso de selección publicado en el SECOP I.

¹⁵ **ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>**. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

¹⁶ **ARTÍCULO 2o. <APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL>**. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

38. La Sala observa que la administración, al no exigir el registro mercantil, favoreció a la propuesta del consorcio demandante, pues el señor Hernando Laverde Avella, de conformidad con la evaluación jurídica del 11 de diciembre de 2012, no figuró con registro mercantil, pero se determinó que cumplió con el requisito habilitante. Para dar claridad al respecto, se realiza el siguiente cuadro comparativo entre las dos propuestas:

Consortio	Integrantes del consorcio	Documentos de la propuesta
Recuperación Cañaveralejo 2013	CODINSA S.A.S.	Certificado de existencia y representación legal. Nit 890319290-1.
	Jairo Efraín Cerón Martínez	1. <u>Registro Mercantil</u> . Nit 10531557-5. 2. Certificado de pago seguridad social y parafiscales. 3. Rut.
San Nicolás	Germán Prieto y CÍA. S.A.S. o GP Ingenierías y CÍA. S.A.S.	Certificado de existencia y representación legal. Nit 860600197-7.
	Hernando Laverde Avella	1. C.C. 19.497.119. 2. Certificado de pago seguridad social y parafiscales. 3. Rut.

39. Lo anterior permite concluir que se admitió que las personas naturales, no inscritas como comerciantes, pudieran acreditar —como es el caso del demandante Hernando Laverde Avella— la capacidad jurídica, para efectos contractuales, con el documento de identidad y con el registro único tributario. Esa medida conlleva a desvirtuar el cargo formulado por el actor, porque la interpretación del pliego, en punto a la capacidad jurídica, favoreció al consorcio demandante, pues una de las observaciones —formulada por el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 el 19 de diciembre de 2012¹⁷— al informe de evaluación de propuestas, publicado el 17 de diciembre de 2012, pretendía que se inhabilitara la propuesta del consorcio San Nicolás¹⁸ por ese hecho.

5.2. La exigencia del permiso ambiental expedido por la autoridad competente

40. La parte demandante dijo que en el pliego de condiciones se exigió el aporte de un permiso ambiental expedido por la autoridad competente, pero, en su concepto,

¹⁷ Documento «OBSERVACIONES CONSORCIO RECUPERACION LP11DE2012».

¹⁸ Página 2 del documento «EVALUACION JURÍDICA MODIFICACIÓN».

planteó que se trató de una exigencia que no se allegó por el consorcio adjudicatario y generó inseguridad jurídica con respecto a los demás proponentes, por violación del principio de igualdad y el derecho al debido proceso.

41. En el pliego de condiciones, en el capítulo 7 relacionado con las especificaciones técnicas, se prescribió, en el acápite «*REQUERIMIENTO AMBIENTAL*»¹⁹, el siguiente requisito:

El proponente deberá anexar a su propuesta, certificado que acredite que tiene la disponibilidad de sitios idóneos, para la disposición del material resultante de las excavaciones durante la recuperación del volumen útil del embalse Cañaveralejo, para lo cual deberá anexar el documento en el cual conste el compromiso de la empresa o entidad responsable de la disposición final con sus respectivas licencias y/o permisos ambientales, emitidos por la autoridad ambiental competente y, los permisos municipales requeridos por las entidades territoriales, donde se ubique el sitio de disposición final, para cumplir con dicha labor. En todo caso el o los sitios cuya certificación presente, no podrán estar ubicados a una distancia mayor de 20 kilómetros del sitio de los trabajos, puesto que la CVC no reconocerá valores adicionales por acarreos superiores a tal distancia.

Este requerimiento ambiental se realiza en virtud de la resolución 541 del 14 de diciembre de 1994 del Ministerio del medio ambiente y el decreto 291 de 2005 del municipio de Santiago de Cali.

42. En el caso concreto, además de la afirmación de la parte actora, no se acreditó que el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 no anexó la constancia de compromiso, de la entidad responsable de la disposición final del material que resulte de las excavaciones durante la recuperación del volumen útil del embalse Cañaveralejo, junto con las licencias o permisos ambientales.

43. La entidad contratante, a través de la Resolución 0100-600-0935 del 27 de diciembre de 2012²⁰, adjudicó al consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 la licitación pública CVC 11 de 2012, porque fue el único de los proponentes que cumplió con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos y que obtuvo el mayor puntaje. De lo anterior, se colige que el consorcio adjudicatario cumplió con el requerimiento ambiental, pues el pliego de condiciones estableció que ese requisito debía anexarse con la propuesta.

44. De otra parte, en el trámite del proceso precontractual, el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 fue el único de los proponentes que cuestionó, en escrito del 19 de diciembre de 2012²¹, el cumplimiento del requerimiento ambiental, pero del consorcio demandante San Nicolás, pues afirmó que el permiso ambiental 721-05-3004-2009 del 7 de diciembre de 2009, expedido por la CVC y suscrito por el director territorial de la Dirección Ambiental Regional Suroccidente, que se adjuntó con la carta de compromiso de la empresa Progea del Valle —entidad responsable de la

¹⁹ Página 96 del documento «*PLIEGOS DEFINITIVO EMBALSE LP11DE2012*».

²⁰ Documento «*RESOLUCIÓN ADJUDICACIÓN LP11 DE 2012*».

²¹ Páginas 15-17 del documento «*OBSERVACIONES CONSORCIO RECUPERACION LP11DE2012*».

disposición final del material resultante de las excavaciones —, no era válido, ya que fue cancelado por esa autoridad ambiental mediante oficio 721-05070(01)-2012. No obstante, la entidad contratante, en escrito del 24 de diciembre de 2012²², consideró que no era dable inhabilitar la propuesta del consorcio San Nicolás, porque:

El consorcio San Nicolás presenta una certificación expedida por PROGEA No. ADM-0211-12 del 6 de diciembre de 2012, donde le certifican la disponibilidad que tiene el consorcio San Nicolás para la Disposición del material resultante de las excavaciones durante la recuperación del volumen útil del embalse Cañaveralejo, adjuntando documentos que le fueron entregados por PROGEA. Por lo tanto, se considera que esta certificación es válida y no se inhabilita al proponente.

45. Así las cosas, tampoco prospera el cargo de nulidad formulado contra el acto de adjudicación, porque, según el actor, la propuesta del consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 no se ajustó a las reglas del pliego al no aportar el permiso ambiental.

5.3. No aportó la información relacionada con la capacidad de contratación y la experiencia

46. El actor alegó que el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 no aportó la información relacionada con la capacidad de contratación y la experiencia, contempladas en las adendas publicadas por la administración.

47. El director general de la CVC, en la adenda 1 del 30 de noviembre de 2012²³ y acorde con la audiencia de aclaración del pliego de condiciones de la misma fecha²⁴, modificó el numeral 4.5.2. que habla sobre los documentos para acreditar la experiencia específica del proponente, así:

Todos los participantes, sean personas naturales o jurídicas, participen individualmente o como miembros de un consorcio o unión temporal, deben describir su experiencia específica a través del diligenciamiento del Anexo No. 8 (se debe usar un formato por cada contrato relacionado). Además, por cada experiencia se debe anexar certificación la cual debe haber sido expedida por la entidad contratante de las obras, en la cual se pueda validar la información diligenciada en el formato; este certificado debe haber sido suscrito por el representante legal de la entidad contratante, por el gerente del área técnica encargada del proyecto o en su defecto por el interventor del contrato. El contrato relacionado deberá estar debidamente liquidado. En caso de no contarse con la certificación correspondiente, se deberá adjuntar el ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL del contrato relacionado en la experiencia general del proponente.

²² Páginas 3-4 del documento «3 HUGO DURAN».

²³ Documento «ADENDA NO 1 LP11DE2012».

²⁴ Documento «RESPUESTA OBSERVACIONES AUDIENCIALP11DE2012».

El proponente deberá presentar máximo tres (3) contratos las experiencias desarrolladas desde el 1° de enero de 2004 en contratos liquidados a la fecha de cierre del proceso y que cumplan con los siguientes parámetros:

- Al menos uno de los contratos debe tener un valor mayor o igual al 70% del presupuesto oficial calculado en SMMLV, del año de terminación del contrato.
- Al menos uno de los contratos relacionados debe demostrar la ejecución de excavaciones y retiros mayores a 65000 m³ y se fija que se debe demostrar la ejecución de excavaciones mayores a 32500 m³ y retiros mayores a 32500 m³.
- Al menos uno de los contratos relacionados debe demostrar la ejecución de 15000 m² de conformación de taludes, o la conformación de diques o jarillones, siempre y cuando el proponente demuestre matemáticamente y con copia de la memoria de cálculo de obra y correspondientes actas firmadas por el interventor del contrato que presente como soporte que, como parte de ítem conformación de dique, se incluía la conformación del talud en las caras laterales en un área de 15000 m².

La CVC se reserva el derecho de verificar por sus propios medios la veracidad de la información que a través del diligenciamiento de los presentes documentos haga cada proponente o miembro de un consorcio o unión temporal.

48. La CVC, el 3 de enero de 2013²⁵, al verificar los documentos habilitadores del consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 –acorde con las modificaciones realizadas en la adenda 1 del 30 de noviembre de 2012– desestimó uno de los 3 contratos (Contrato 300-GAA-COC-399-2009) que aportó dicho consorcio para acreditar la experiencia específica, porque el contrato aún no estaba liquidado. Sin embargo, respecto de los 2 contratos restantes, estableció que en el Contrato 300-GAA-COC-032-2009 se demostró la ejecución de excavaciones y retiros mayores a 65000 m³ (66458 m³) y que tuvo un valor final de \$5.364.684.181,92, superior al 70% del presupuesto oficial para atender las obligaciones que se contraigan en desarrollo de la licitación pública (70% de \$2.460.820.606 = \$1.722.574.424).

49. Por último, señaló que el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013, con el contrato CVC 0161 de 2008, demostró la ejecución 27760 m² en la conformación de taludes, superior a los 15000 m² que exige la adenda para acreditar la experiencia específica del proponente.

50. En ese orden de ideas, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por el actor, el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 sí aportó la información solicitada en la adenda 1 del 30 de noviembre de 2012 para acreditar la experiencia específica.

5.4. Conclusión

51. La Sala sostiene, acorde con lo analizado previamente, que el acto administrativo de adjudicación no fue expedido con falsa motivación ni con desviación de poder como lo adujo el actor, bajo el argumento de que se desconocieron los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

²⁵ Documento «EVALUACIÓN MODIFICADA CONSORCIO RECUPERACION CAÑAVERALEJO 2013».

52. Al respecto, el Consejo de Estado (2020)²⁶ determinó que los elementos indispensables para que se configure el vicio de la falsa motivación son los siguientes: «(a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]».

53. Así las cosas, el actor no demostró que la Resolución 0100-0600-0935 del 27 de diciembre 2012, que adjudicó la licitación pública 011 de 2012 al consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013, fue falsamente motivada, porque: i) la ausencia del requisito jurídico del registro mercantil se controvertió, en el trámite de la licitación pública, respecto del consorcio demandante San Nicolás, pues la persona natural que conformaba el consorcio no tenía la calidad de comerciante, ii) se estableció que el consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 cumplió con la totalidad de los requisitos habilitantes, entre ellos el registro mercantil y el permiso ambiental, lo que no fue desvirtuado por el actor y iii) se estableció que, conforme con la evaluación técnica de la propuesta del consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013, se aportó la información relacionada con la experiencia específica establecida en la adenda aclaratoria publicada por la administración.

54. De otra parte, además de la falsa motivación, el actor señaló que se presentó desviación del poder con la expedición del acto de adjudicación. No obstante, la Sala considera importante señalar que los cargos de falsa motivación y desviación del poder no se desarrollaron por el actor de forma independiente en la demanda, sino que se sustentaron en el presunto incumplimiento de los requisitos habilitantes contenidos en el pliego de condiciones.

55. Sobre el particular, el Consejo de Estado (2019)²⁷, apoyado en la doctrina, define que la desviación de poder se presenta cuando un acto administrativo es expedido por la autoridad competente, pero persigue fines distintos a los que determina el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, la satisfacción del interés general, la búsqueda del bien común o el mejoramiento del servicio público.

56. En el caso concreto, la propuesta del consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 cumplió con los factores de escogencia contenidos en los pliegos de condiciones y en las adendas aclaratorias, por lo que era hábil para participar en el proceso de selección (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007)²⁸. Posteriormente, el contrato se adjudicó

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 28 de febrero de 2020, radicación: 19001-23-33-000-2014-00005-01 (4023-16).

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 13 de diciembre de 2019, radicación: 11001-03-26-000-2013-00063-00(47286).

²⁸ **ARTÍCULO 5o. 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:

a dicho consorcio, como la propuesta más ventajosa para la CVC, de conformidad con el pliego de condiciones (parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993)²⁹, para cumplir con los fines estatales (artículo 3 de la Ley 80 de 1993)³⁰. Así las cosas, la adjudicación del contrato al consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013 obedeció a un proceso de selección objetiva, pues no se acreditó que se hayan considerado, en la escogencia, factores de afecto o interés y, en general, cualquier motivación subjetiva.

57. En ese orden de ideas, se negarán las pretensiones de la demanda, pues no había lugar a inhabilitar la propuesta del consorcio Recuperación Cañaveralejo 2013, por la presunta falsa motivación o desviación de poder del acto de adjudicación, la Resolución 0100-0600-0935 del 27 de diciembre 2012, y, en consecuencia, el contrato 0446 del 28 de diciembre de 2012 no estaba afectado de la causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993³¹.

6. Condena en costas

58. De acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado (2016)³², en la medida de su causación y comprobación, se impondrá condena en costas a cargo de la demandante por ser la parte vencida en el proceso (numeral 1° del artículo 365 del

1. La capacidad jurídica y 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, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.

²⁹ **ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN.** <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La licitación o ~~concurso~~ se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

PARÁGRAFO. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

³⁰ **ARTÍCULO 30. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado~~, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

³¹ **ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

CGP), las que se liquidarán por Secretaría de conformidad con el numeral 7° del artículo 365 del CGP.

59. Teniendo en cuenta que el apoderado judicial de la demandada, dentro del término del traslado, contestó la demanda³³, asistió a la audiencia de pruebas³⁴ y alegó de conclusión por escrito³⁵ —de conformidad con el artículo 6°, III, 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura— se fijará el valor de las agencias en derecho en el equivalente al 0,5% del valor de las pretensiones negadas³⁶.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda.

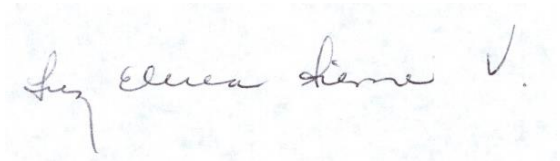
SEGUNDO. - Condenar en costas a la parte demandante, que serán liquidadas por Secretaría, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, en armonía con el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente al 0,5% del valor de la pretensión negada.

Providencia discutida y aprobada en sala de decisión de la fecha.

Los magistrados,



PATRICIA FEUILLET PALOMARES



LUZ ELENA SIERRA VALENCIA



OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

³³ Folios 151-156, C.2.

³⁴ Folios 199-200, C.3.

³⁵ Folios 213-215, C.3.

³⁶ El valor de la pretensión principal, visible a folio 7 del C.1., corresponde a la suma de \$ 1.414.540.200, por concepto de la utilidad dejada de percibir y el valor de los insumos comprados para la presentación de la propuesta en la licitación pública.

Proceso: 76-001-23-33-006-2014-00484-00
Medio de Control: Controversias contractuales
Demandante: Hernando Laverde Avella
Demandado: C.V.C.
Sentencia de primera instancia

JDPF