



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Accionante : INVERTRANSCOL S.A.

**Demandado : Municipio de Tunja – Asesorías en Movilidad y
Transportes SAS – Rojas & Fonseca Abogados SAS
y Terminal de Transportes de Chiquinquirá S.A.**

Expediente : 150013331011201000138-00

Acción : Contractual

Decide el Despacho en primera instancia sobre la demanda contractual, instaurada por la Sociedad constituida inicialmente por Escritura Pública No. 0000528 de 31 de marzo de 2005, bajo el nombre de Inversiones para el Transporte de Boyacá S.A., (INVERTRANSBOY S.A.), la cual a través de Documento Público No. 001027 de 16 de junio de 2010, inscrita el 18 de junio del mismo año, modificó su razón social al de Inversiones para el Transporte Colombiano S.A. (INVERTRANSCOL S.A.), contra el Municipio de Tunja.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de controversias contractuales, consagrada en el artículo 87 del C.C.A, Inversiones para el Transporte Colombiano S.A. (INVERTRANSCOL S.A.), en su calidad de miembro de la Unión Temporal de Terminales y Transporte UTT&T, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad del Contrato No. 508 de 29 de diciembre de 2009, cuyo objeto es la concesión de la administración, mantenimiento y operación del terminal de transportes del Municipio de Tunja, celebrado entre el mencionado Municipio y el Consorcio Moviliza Logística y Transportes LT.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se “...tenga la ilegalidad de los actos previos a la celebración del contrato, en especial de la irregular evaluación

de requisitos habilitantes y del consecuente acto de adjudicación; actos ocurridos dentro de la licitación pública 002 de 2009, adelantada por la entidad demandada...” (f. 2) y que se declare que el Municipio de Tunja privó injustamente a la Unión Temporal de Terminales y Transporte UTT&T, de su derecho a ser adjudicatario.

De otra parte, reclama que se condene al Municipio de Tunja a pagar como indemnización de perjuicios, el equivalente al cien por ciento (100%) de las utilidades que dejaron de percibir como consecuencia de la irregular adjudicación, debidamente actualizada y los correspondientes intereses de mora. Finalmente, que se condene en costas a la entidad accionada.

2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que el Municipio de Tunja adelantó Licitación Pública No. 002 de 2009, cuyo objeto fue otorgar en concesión la administración, mantenimiento y operación del terminal de transporte del Municipio de Tunja, procedimiento que se desarrolló entre el 30 de octubre y el 24 de diciembre de 2009.

Indica que la Resolución 539 de 2009, a través de la cual se efectuó el acto de adjudicación, no consultó los principios de transparencia y objetividad, sino que por el contrario evidenció un amplio favoritismo con el Consorcio Moviliza Logística y Transportes LT. el cual obtuvo la concesión.

Argumenta que el Consorcio adjudicatario, carecía de capacidad, dado que uno de sus integrantes (AMT S.A.S.), no tenía en su objeto social la actividad exigida en los pliegos de condiciones (operación y administración de terminales). Además los integrantes del Consorcio no cumplían las condiciones de experiencia pues se convocó a quienes hubiesen iniciado actividades antes o en el año 2007, lo cual se deduce de la exigencia de presentar declaración de renta de dicho año gravable, sin que se hubiese aclarado que tal requisito se cumplía con solo uno de los integrantes del consorcio, como ocurrió con otras exigencias como el cumplimiento de indicadores en donde se plasmó en forma expresa que “...por lo menos un integrante debe cumplir con todos los índices financieros solicitados...” (f. 3). Agrega que en el pliego se plasmó que los integrantes de los consorcios y uniones temporales debían presentar sus

estados financieros en forma independiente, exigencia que no fue cumplida por dos de los integrantes del Consorcio Moviliza Logística y Transportes LT., pues no pudieron acreditar actividades en el año 2007.

Relata que se violaron los principios de igualdad y transparencia al momento de evaluar, como quiera que la Unión Temporal UTT&T, de la cual hacía parte la Entidad demandante, fue descalificada por un supuesto incumplimiento de los indicadores financieros, sin embargo al evaluar dicha exigencia al Consorcio adjudicatario, la Administración calificó a sus integrantes con la expresión N.A., esto es No Aplica. Destaca que en la página 18 del acto de adjudicación, se relacionaron los valores de la información financiera de cada uno de los integrantes de UTT&T, *“...al paso que para dos de los integrantes del Consorcio Moviliza, la administración se conformó con escribir ceros...”* (f. 5), con lo cual se aplicó un rasero diferente lo que constituye una aplicación sesgada del pliego de condiciones.

Señala que los integrantes del Consorcio cuya calificación se predicó como No Aplica, constituyen el ochenta por ciento (80%) del Consorcio, lo cual refleja que la forma de calificar los requisitos fue inicua, pues terminó siendo habilitado por el cumplimiento de una empresa que constituye apenas el veinte por ciento (20%) de la participación consorcial, mientras que la Unión Temporal de la que hacía parte la Empresa actora fue descalificada por la ausencia de *“...unos documentos que no constituían factor de calificación o de comparación de propuestas...”* (f. 5). Alega que tales circunstancias configuran desviación de poder para favorecer indebidamente a unas firmas carentes de experiencia y capacidad financiera que se habían constituido tan solo unas semanas antes del inicio del proceso contractual.

Aduce que la experiencia de quien fue propuesto como Gerente del Consorcio Moviliza no suma 71,1 meses como dice la calificación, sino apenas 61,9 meses, pues la experiencia se cuenta desde la obtención de la tarjeta profesional y que el cargo de Secretario General y de Gobierno del Municipio no corresponde al de Director o Gerente ni de Asesor que exigía el pliego, razón por la cual el ejercicio de tal empleo no era apto para cumplir con la exigencia.

Expresa que existió violación del deber de objetividad, habida cuenta que se previó la calificación de criterios prohibidos por la Ley, pues se estableció puntaje

por factores de experiencia y capacidad, con lo cual se contraría lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Agrega que los requisitos de experiencia y capacidad en este caso se utilizaron para asignar puntaje, “...forma de evaluar que es manifiestamente contraria a la Ley que para ningún procedimiento permite calificar la capacidad de los oferentes y que tan solo permite la calificación de experiencia en concursos de méritos, siendo claro que este no es concurso de méritos para escoger consultores, sino licitación para escoger concesionario de un bien público...” (f. 6).

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Afirma que en la contratación pública y privada la capacidad es un elemento esencial del contrato y que su ausencia conlleva nulidad absoluta del contrato, situación que se presentó pues la Sociedad AMT SAS, integrante del Consorcio adjudicatario como quiera que no tiene en su objeto social, la actividad de “operar y administrar terminales”, solicitada por el pliego de condiciones.

Alega que el pliego de condiciones estableció una condición de experiencia o trayectoria empresarial, conforme a la cual los oferentes debían acreditar operaciones financieras en 2007, 2008 y 2009, pero dos (2) de los integrantes del Consorcio que resultó ganador no cumplieron dicha exigencia, pues fueron creados tres (3) y cuatro (4) meses antes de la adjudicación del contrato, lo que lleva a concluir que la propuesta del ganador debió ser rechazada por incumplir con los pliegos. Agrega que dicha situación violó el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que dicho requisito era habilitante.

Considera que se violó el principio de igualdad pues dos (2) de las tres (3) sociedades que integraron el Consorcio adjudicatario no cumplían con los requisitos y la Entidad demandada en lugar de rechazar la propuesta los evaluó con cero (0), bajo el argumento que dicha exigencia No Aplica, mientras que a la Unión Temporal UTT&T, se le rechazó la oferta por presunto incumplimiento de los requisitos financieros. Agrega que se desconoció además el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que prohíbe asignar puntajes por experiencia y capacidad.

De otra parte, afirma que la propuesta de Unión Temporal, de la cual hacía parte la Sociedad demandante, cumplía con todos los requisitos habilitantes y requerimientos técnicos exigidos en el pliego y estaba dentro de los límites del

presupuesto. Aclara que sin embargo fue indebidamente rechazada, por cuanto fue descalificada por criterios que no incidían en la comparación de propuestas, con lo cual se violó el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008.

Explica que como se puede observar en el cuadro que aparece en la página 21 de la audiencia de adjudicación, la sumatoria de los indicadores financieros de los integrantes de UTT&T cumplía de manera suficiente con las expectativas y condiciones del pliego, por lo cual no era viable su rechazo, pues acató los indicadores financieros en la forma que quedó redactada la adenda 02 de 1º de diciembre de 2009. Agrega que si el Municipio hubiese calificado con parámetros iguales las dos ofertas, la Unión Temporal UTT&T hubiese tenido el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues es hubiese hecho acreedora de los mil puntos de la calificación económica, al paso que quien resultó ganador tan solo tenía derecho a los 665 puntos que fueron asignados en el acto de adjudicación.

4. Contestación de la Demanda

La demanda fue admitida inicialmente contra el Municipio de Tunja (f. 160 s.) y a través de auto de 27 de abril de 2011 se ordenó la notificación del auto admisorio a las Firms Asesorías en Movilidad y Transporte SAS, Rojas & Fonseca Abogados SAS y Terminal de Transportes de Chiquinquirá S.A., en condición de litisconsortes necesarios (f. 200), dada su condición de integrantes del Consorcio Moviliza Logística y Transportes.

Las entidades accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

4.1. Municipio de Tunja (f. 175 s.)

Manifiesta la apoderada que la Unión Temporal Terminales y Transporte (UTT&T) no cumplió con los requisitos financieros exigidos en el proceso de selección. Explica que las figuras de Consorcios y Uniones Temporales permiten a aquellos que no cumplen con la totalidad de unos requisitos, asociarse con otras personas naturales o jurídicas con el objeto de cumplir los requerimientos de las entidades contratantes. Agrega que el adjudicatario cumplió en forma efectiva los requisitos mínimos exigidos, “...pues uno de sus integrantes cumplía con

la experiencia requerida y con la capacidad financiera en los términos solicitados...” (f. 176).

Afirma que la parte demandante reconoce que no cumplió con lo requerido y que por ello no está legitimado para demandar. Aclara que la evaluación realizada por el Ente Territorial dio cumplimiento al pliego de condiciones y no fue objeto de controversia judicial, pues dicho acto precontractual no es ni fue objeto de litigio.

Señala que el pliego de condiciones estableció en forma expresa que si el proponente es un consorcio o una unión temporal, por lo menos uno de sus integrantes debe cumplir con todos los índices financieros solicitados; y que por ello, el Comité determinó que el Consorcio adjudicatario se encontraba habilitado, mientras que ninguno de los integrantes de la Unión Temporal UTT&T dio cumplimiento a los indicadores solicitados, por lo que no existe trato desigual.

Formula las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva (f. 180): Señala que la Unión Temporal UTT&T no cumplió los requisitos para ser adjudicatario de la Licitación No. 002 de 2009, condición que le impide ser un interesado para demandar la nulidad del contrato. Aduce que la parte actora no allegó copia del acta de constitución de la Unión Temporal, razón por la cual incumplió los requisitos establecidos en los artículos 136 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Ineptitud sustantiva de la demanda (f. 181): Manifiesta que no se solicitó la nulidad de la Resolución No. 0539 de 2009, la cual debió ser demandada, dado que el accionante pretende el resarcimiento de los perjuicios por no haber sido adjudicatario de la Licitación No. 002 de 2009. Agrega que tampoco se allegó con la demanda copia del contrato ni declaración juramentada de haberlo solicitado, con lo cual se incumple lo dispuesto en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Indebida integración del litis consorcio necesario (f. 181): Alega que existe una omisión de la parte en cuanto no vinculó al proceso al Consorcio

Moviliza, directo interesado en las resultas del proceso, en su condición de contratista.

4.2. Asesorías en Movilidad y Transporte SAS y Rojas & Fonseca Abogados SAS (f. 238)

El apoderado judicial de las precitadas empresas, manifiesta que las hipótesis propuestas por la parte demandante para solicitar la nulidad absoluta del contrato carecen de asidero jurídico y fáctico, en atención a que se propusieron fuera de contexto, pues se confunde al proponente de la licitación, que en este caso es el Consorcio, con uno de sus integrantes, desconociendo la naturaleza jurídica del adjudicatario.

Afirma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el Consorcio está integrado por una pluralidad de personas naturales o jurídicas, a fin de constituir un proponente y que por ello, las hipótesis en que se fundamentan las pretensiones deben ser analizadas bajo el contexto de proponente. Aclara que se debe analizar si el Consorcio en su condición de proponente cumplió o no con las exigencias del pliego de condiciones.

Luego de hacer referencia a la naturaleza jurídica de los consorcios, afirma que el adjudicatario, por mandato del artículo 6 y siguientes de la Ley 80 de 1993, una vez conformado y adquirida su personería jurídica para contratar con el Municipio, cumplió con las exigencias del pliego de condiciones, *“...luego no es cierto que carecía de capacidad para contratar como lo afirma el demandante...”* (f. 242). Aclara que en este caso, el argumento de la parte actora, en el que manifiesta que la firma Asesorías en Movilidad y Transporte SAS no tenía la actividad de administración de terminales en su objeto social, no tiene asidero jurídico, por cuanto el proponente, era el que debía acreditar la experiencia específica, requisito que fue cumplido por el Consorcio.

Insiste que el demandante confunde al proponente con los integrantes del Consorcio y olvida que en el tema de experiencia se trató en la audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones, en donde se dijo que si el proponente es un consorcio o una unión temporal, por lo menos un integrante debe cumplir con todos los requisitos de experiencia, inciso que se incluyó como definitivo en el pliego de condiciones.

Expresa que no es cierto que la experiencia profesional se cuente desde la obtención de la tarjeta profesional, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto Ley 785 de 2005, la experiencia se cuenta a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum, además que tampoco es cierto que el cargo de Secretario General y de Gobierno no corresponda a la experiencia específica de Director, Gerente o Asesor de Entidades Públicas que exigía el pliego.

Afirma que no es cierto que se haya violado el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y que el accionante interpreta a su acomodo dicha norma, pues el numeral primero de tal disposición hace alusión a una serie de condiciones que debe cumplir el proponente, las cuales son habilitantes para el proceso de selección, mientras que el numeral segundo ibídem, se refiere a condiciones técnicas de la propuesta. Aclara que en este caso la capacidad y experiencia de los proponentes fueron objeto de verificación y no de puntaje y que en las condiciones técnicas si se tomó como criterios de valoración y de puntaje la experiencia y formación del personal necesario para la ejecución del contrato, dado que los pliegos obligaban a los proponentes a contar con personas calificadas a fin de garantizar la prestación del servicio público que se estaba contratando.

4.3. Terminal de Transportes de Chiquinquirá (f. 261)

Manifiesta el apoderado que la Unión Temporal UTT&T al no cumplir los requisitos financieros, no podía ser adjudicataria de la licitación, dado que dicho requisito la inhabilitaba, circunstancia que además denota que no cuenta con legitimación para demandar la nulidad del contrato. Agrega que la parte actora debió demandar a cada uno de los miembros del Consorcio.

Afirma que si un oferente que acude a una convocatoria pública no cumple con los requisitos para que le sea adjudicado el contrato, no tiene porqué alegar causal de nulidad y que el Consejo de Estado ha señalado que el pliego de condiciones es un acto jurídico pre-negocial con carácter vinculante y obligatorio para los participantes, lo cual significa que quienes pretendan participar en la contienda pública, “...obligatoriamente deben cumplir con lo que

se establece dentro del pliego de condiciones para poder participar en la misma...” (f. 263).

Formula las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por activa (f. 263): Aduce que acorde con lo decantado por la jurisprudencia los Consorcios y Uniones Temporales no constituyen una persona jurídica propiamente dicha y que por ende al proceso judicial debe comparecer cada uno de los integrantes de estas en forma individual. Agrega que en este caso el demandante debió establecer y determinar que su pretensión se hacía de manera individual, demostrando que estaba debidamente facultado, allegando copia del acuerdo respectivo de la Unión Temporal, lo cual no se hizo.

Inepta demanda (f. 264): Afirma que si se pretende la nulidad del contrato, se debió demandar la Resolución a través de la cual se adjudicó el contrato, toda vez que éste es producto de un acto administrativo, el cual tendría que salir primero del ordenamiento jurídico.

Falta de integración del litisconsorcio necesario (f. 265): Expresa que desde un principio debió vincularse al Consorcio Moviliza Lógica y Transporte desde el agotamiento de la etapa conciliatoria junto con sus integrantes, lo cual no ocurrió.

Inexistencia de requisito de procedibilidad (f. 265): Manifiesta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad, que en este caso solo se surtió frente al Municipio de Tunja, pero no frente al Consorcio Moviliza Lógica y Transporte, razón que debió originar el rechazo de la demanda.

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 385), las partes presentaron alegatos en los siguientes términos:

5.1. Asesorías en Movilidad y Transporte SAS y Rojas & Fonseca Abogados SAS (f. 387)

Sostiene el apoderado que en este caso se pretende la nulidad del contrato No. 508 de 2009, con fundamento en la invalidez de los actos precontractuales y que dicha situación implica una acumulación de pretensiones entre controversias contractuales y nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que de conformidad con la tesis sostenida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“...pasados treinta (30) días contados a partir desde la notificación o publicación del acto administrativo precontractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con fundamento en la nulidad del acto precontractual que también deberá pretenderse...”* (f. 389). Agrega que en este caso no es posible elevar pretensión patrimonial por cuando pasados los treinta (30) días, ya había caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Afirma que el acto precontractual del cual se pretende la nulidad y la consecuente pretensión de restablecimiento del derecho corresponde a la Resolución 539 de 2009, documento subido al SECOP el día 24 de diciembre de 2009, por lo que el término de treinta (30) días se cuenta desde el día hábil siguiente a su publicación, es decir, desde el 28 de diciembre de 2009, razón por la cual se concluye que la pretensión de nulidad caducó el 9 de febrero de 2010. Agrega que el accionante presentó la solicitud de conciliación el día 6 de abril de 2010, esto es, 39 días después de vencido el término de caducidad.

Expone que acorde con lo establecido por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y lo señalado frente al tema por la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo es viable analizar el asunto sobre la validez del contrato, a partir de la validez de los actos administrativos que se cuestionan sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial a favor del demandante. Agrega que aunque la acción contractual interpuesta dirigida a obtener la nulidad absoluta del contrato fue ejercida oportunamente, no sucede lo mismo con las pretensiones de restablecimiento del derecho, pues se presentaron en forma extemporánea.

De otra parte, sostiene que la parte accionante incumplió con la carga probatoria, pues no demostró que su propuesta cumplía con los criterios objetivos de selección y que era la más favorable para la Entidad.

5.2. Terminal de Transportes de Chiquinquirá (f. 392)

Luego de hacer alusión a las causales de nulidad establecidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, afirma que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar pues la forma en que se adelantó la actuación no avizora alguna circunstancia que genere la anulación el contrato, “...*máxime si nos percatamos que la demanda presentada no encuentra, ni mucho menos señala a qué causal de nulidad se refiere de las antes anotadas...*” (f. 393).

5.3. Municipio de Tunja (f. 394 s.)

Sostiene el apoderado que no existe responsabilidad del Municipio de Tunja, pues el contrato se adjudicó en debida forma, dado que uno de los participantes cumplió con la experiencia y capacidad financiera. Agrega que la parte accionante incumplió los requerimientos del pliego de condiciones, “...*tanto así que ellos mismos reconocieron su falta pero la argumentaron indicando que estos no constituían factor de calificación o de comparación de propuestas...*” (f. 394). Agrega que la evaluación realizada por el Ente Territorial cumplió en forma integral el pliego de condiciones, el cual no fue objeto de controversias y fue aplicado en forma igualitaria a los proponentes.

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso ordinario y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, en concordancia con lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de 18 de

julio de 2007, la competencia para conocer asuntos en donde se discuten controversias de orden contractual, se rige por el criterio orgánico, siendo competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conocer de aquellos asuntos en que intervenga una autoridad estatal o un particular que ejerza funciones administrativas. Se dijo entonces:

“...El pasado 27 de diciembre fue promulgada la ley 1107 de 2006¹, por la cual se modifica el artículo 82 del código contencioso administrativo, a su vez modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, que comportó un cambio radical de la cláusula general de asignación de competencias a esta jurisdicción.

(...)

De la lectura del precepto transcrito, se tiene que en adelante la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al “juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga...”² (Negrilla fuera de texto).

Atendiendo al criterio orgánico se concluye que esta jurisdicción es la competente para resolver el asunto, teniendo en cuenta además que se discute la nulidad de un contrato que fue celebrado bajo el régimen jurídico contemplado en la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente de acuerdo al numeral 5 del artículo 134B del Código Contencioso Administrativo, los jueces administrativos conocen en primera instancia de controversias contractuales “...cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales...”. En el año de presentación de la demanda de la referencia (2010) la cuantía para que los Juzgados Administrativos conocieran de éstos asuntos era de doscientos cincuenta y siete millones quinientos mil pesos (\$257.500.000). Comoquiera que en el acápite de estimación razonada de la cuantía (f. 10-11), la parte actora señaló que ésta

¹ DIARIO OFICIAL No. 46494. 27 de diciembre de 2006.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Providencia de 18 de julio de 2007. Rad.: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29745). Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda IBEROCOL LTDA. Demandado: CODENSA S.A. E.S.P. - Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. Referencia: Apelación de Auto.

ascendía a ciento cuarenta y seis millones setenta mil dieciocho pesos (\$146.070.018), se concluye que el Despacho es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

2. De las excepciones

Previo al análisis del fondo del asunto, debe examinarse las excepciones propuestas por las entidades demandadas, para lo cual procederá el Despacho así:

2.1. Falta de legitimación en la causa por activa

En criterio del Municipio de Tunja, como la Unión Temporal UTT&T no cumplió los requisitos para ser adjudicatario, dicha situación le impide ejercer la demanda de nulidad del contrato. De otra parte, aduce el apoderado del Ente Territorial que también se configura la excepción, dado que el accionante no allegó copia del acta de constitución de la Unión Temporal, situación que igualmente es alegada por el apoderado del Terminal de Transportes de Chiquinquirá, quien al respecto manifiesta que el demandante debió establecer y determinar que su pretensión se hacía de manera individual, allegando copia del acuerdo de la Unión Temporal.

En lo que concierne a los precitados argumentos el Despacho dirá que dicha problemática fue resuelta a través de auto de 9 de febrero de 2011 (f. 189 s.), en el que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado se concluyó que *“...la sociedad INVERTRANSCOL S.A. en su calidad de integrante de la Unión Temporal de Terminales y Transportes ‘UTT&T’, está facultada para acudir en forma independiente a demandar la nulidad del acto de adjudicación y del contrato celebrado siendo procedente el ejercicio autónomo de la correspondiente acción contencioso administrativa...”* (f. 190).

Frente a este tipo de casos ha sido reiterativa la jurisprudencia al señalar que los Consorcios las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente y que tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento

Civil, “...entendiendo así que son las personas naturales y/o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales...”.³

En sentencia de 25 de septiembre de 2013, reiteró la Máxima Corporación, lo señalado en auto de 13 de mayo de 2004, donde se decantó que no había lugar a la aplicación de la figura del litisconsorcio necesario por activa cuando la unión temporal o el consorcio no hubiere sido seleccionado en el proceso de contratación y sólo uno de sus miembros decidiera comparecer a formular la reclamación correspondiente, pues “...la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídico sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio...” y por ello “...la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, **pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios...**”, pronunciamiento que aunque se efectuó en el marco del análisis de la figura del litisconsorcio, resulta determinante para efectos de concluir que cada uno de los miembros está facultado, en forma independiente, para ejercitar la acción, de manera que como se advirtió en el auto de 9 de febrero de 2011 (f. 189 s.), la excepción no está llamada a prosperar.

2.2. Falta de integración del litisconsorcio necesario

En lo que concierne a la falta de integración del litisconsorcio necesario, debe decirse que de conformidad con lo resuelto en el precitado auto de 9 de febrero de 2011 (f. 189 s.), se concluyó que “...es oportuno integrar el contradictorio de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del CPC....”, razón por cual, previa verificación del acta de conformación del Consorcio Moviliza Lógica y Transporte, se ordenó notificar personalmente la demanda a las firmas Asesorías en Movilidad y Transporte SAS, Rojas & Fonseca Abogados SAS y Terminal de Transportes de Chiquinquirá S.A., de manera que la situación relacionada con la integración del contradictorio se encuentra superada y por ello la excepción no se encuentra llamada a prosperar.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez; Radicación: 27.651.

2.3. Inexistencia de requisito de procedibilidad

Alega el apoderado del Terminal de Transportes de Chiquinquirá que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad, que en este caso solo se surtió frente al Municipio de Tunja, pero no frente al Consorcio Moviliza Lógica y Transporte, razón que debió originar el rechazo de la demanda.

En criterio de la presente instancia la excepción no está llamada a prosperar, habida cuenta que la celebración del contrato demandado, fue producto de actos administrativos expedidos por el Municipio de Tunja. Significa lo anterior, que aunque la situación del contratista, es la de un litisconsorte necesario, que en este caso se encuentra vinculado a la actuación judicial, dicha condición no le otorga competencia para decidir en sede de conciliación sobre lo pretendido por el accionante, pues no puede modificar ni revocar los actos administrativos expedidos por la Entidad Territorial.

En efecto, ha de recordarse que aunque la acción instaurada en el *sub lite* es la contractual, se discute la presunción de legalidad de los actos administrativos precontractuales expedidos por la autoridad pública contratante, que en este caso es el Municipio de Tunja. Por tal razón, solamente dicha Entidad Territorial tiene el poder dispositivo para llegar a un acuerdo conciliatorio, pues las demás demandadas, aunque tienen interés directo en las resultas del proceso, no tienen la competencia para adoptar decisiones tendientes a revocar o modificar la actuación enjuiciada y mucho menos pueden en forma autónoma reconocer perjuicios a sus otros similares participantes, dado que el proceso de selección fue adelantado por quien contrató los servicios.

2.4. Ineptitud sustantiva de la demanda por proposición jurídica incompleta

El Municipio de Tunja y el Terminal de Transportes de Chiquinquirá manifiestan que no se solicitó la nulidad de la Resolución No. 0539 de 2009, la cual debió ser demandada, dado que el accionante pretende el resarcimiento de los perjuicios por no haber sido adjudicatario de la Licitación No. 002 de 2009. Agregan que el Contrato es producto de un acto administrativo, el cual tendría que salir primero del ordenamiento jurídico y con ocasión a la etapa de alegatos

de conclusión el apoderado de las Firmas Asesoría en Movilidad y Transporte SAS y Rojas & Fonseca Abogados SAS, afirma que la nulidad del Contrato tiene su fundamento en la invalidez de los actos precontractuales y que acorde con lo establecido por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y lo señalado frente al tema por la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo es viable analizar la validez del contrato, a partir de la validez de los actos administrativos.

Para dilucidar el tema objeto de debate, el Despacho considera pertinente traer a colación el pronunciamiento de 30 de abril de 2012, proferido por el Consejo de Estado en el proceso radicado bajo el No. Interno 21571, citado por el apoderado de las empresas Asesoría en Movilidad y Transporte SAS y Rojas & Fonseca Abogados SAS a folio 388 del expediente, en el cual el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con fundamento en lo expuesto en sentencia de 4 de febrero de 2010, expuso lo siguiente frente a este tipo de problemáticas:

“...considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

- 1. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;*
- 2. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;*
- 3. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.*
- 4. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una*

*acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, **deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual**, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.*

*Contrario sensu, es decir, **si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual**, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que **en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda**; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante...*⁴
(Negrilla fuera de texto, subrayas del texto original).

En criterio del Despacho, le asiste razón a las Entidades demandadas cuando señalan que la falta de enjuiciamiento del acto precontractual, impide elevar pretensiones indemnizatorias, pues si el perjuicio tiene su origen en un acto administrativo precontractual, es claro que el mismo debe ser retirado del ordenamiento jurídico para que sus efectos cesen y se pueda ordenar la respectiva reparación de perjuicios. Sin embargo, debe tenerse en cuenta además que de conformidad con lo decantado por la sentencia previamente citada, el enjuiciamiento de tales actos, debe efectuarse “...dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación...”, tal como lo prevé en forma expresa el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, si bien es cierto, la acción contractual puede ejercitarse dentro de los dos (2) años siguientes a la celebración del contrato, tal como lo decantó el

⁴ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia de 30 de abril de 2012. Rad.: 19001233100019990011601 (21571). Actor: Empresa de Construcciones Civiles Ltda. “ECOCIVIL” Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca. Referencia: Acción contractual.

fallo precitado en el numeral 4, es claro para el Despacho que para acceder a las pretensiones resarcitorias, es necesario que el enjuiciamiento del acto precontractual se produzca dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, tesis que fue reiterada en sentencia de 20 de febrero de 2014, en la que el Máximo Tribunal además de citar el precitado fallo de 4 de febrero de 2010, agregó que “...*En relación con la procedencia de la acción contractual para pedir la nulidad del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos precontractuales, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que puede ser ejercida dentro de los 2 años que contempla la ley como término de caducidad para dicha acción, pero que en aquellos casos en que el demandante es un proponente que alega haber sufrido un daño con ocasión del acto precontractual supuestamente ilegal, para que prosperen sus pretensiones indemnizatorias tiene que incoar tal acción dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que en principio procede para la impugnación de tales actos y que la ley permite acumular con la contractual para pedir la nulidad del contrato...*”.⁵

En este caso, es incuestionable que la nulidad del contrato se fundamenta en una presunta ilegalidad de los actos precontractuales, situación que no solo resulta visible en la *causa petendi*, sino principalmente en la pretensión segunda de la demanda, en la cual se solicitó en forma puntal y concreta “...*Que como fundamento de la anterior pretensión se tenga la ilegalidad de los actos previos a la celebración del contrato, en especial de la irregular evaluación de requisitos habilitantes y del consecuente acto de adjudicación; actos ocurridos dentro de la licitación pública 002 de 2009, adelantada por la Entidad demandada...*” (f. 2).

Lo anterior, permite señalar que no es cierto que se hubiese omitido demandar la nulidad del acto precontractual de adjudicación, pues para el Despacho, la pretensión segunda previamente transcrita, está encaminada a discutir la legalidad de dicha actuación administrativa. Sin embargo, revisada la actuación, se encuentra que dicha nulidad, al igual que aconteció con los casos analizados por el Consejo de Estado en las sentencias de 30 de abril de 2012 y de 20 de febrero de 2014, fue solicitada cuando ya había transcurrido el término

⁵ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Rad.: 25000-23-26-000-2001-01678-01 (27507). Actor: Javier Ignacio Pulido Solano. Demandado: Departamento Administrativo de Bienestar Social - Distrito Capital de Bogotá. Referencia: Acción Contractual.

de caducidad de treinta (30) días, contemplado en el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En la sentencia de 30 de abril de 2012, concluyó el Consejo de Estado:

*“...Aunque la Sala encuentra que la acción contractual interpuesta por la Empresa de Construcciones Civiles Limitada ECOCIVIL, con miras a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato fue ejercida oportunamente, puesto que a la fecha de presentación de la demanda -26 de enero de 1999- no habían transcurrido los dos años establecidos para el efecto, **no sucede lo mismo respecto de las pretensiones de restablecimiento, si se considera que el término para presentar la demanda caducó el 11 de noviembre de 1998, de manera que en lo tocante a las aspiraciones económicas de la demandante, habrá de concluirse que se presentaron extemporáneamente...**”⁶*

Así mismo, se dijo frente al tema en el pronunciamiento de 20 de febrero de 2014:

*“...41. El acto de adjudicación que el demandante reputa ilegal y originario del daño por el cual reclama la indemnización de perjuicios, fue expedido el 12 de julio de 1999 y aunque no consta su notificación, comunicación o publicación, sí se probó que el contrato adjudicado fue suscrito al día siguiente. En virtud de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, **los proponentes inconformes con tal decisión administrativa, ya no podían ejercer en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, pues ya se había celebrado el contrato, razón por la cual si querían cuestionar la validez del acto administrativo, debían acudir a la acción contractual, para pedir la nulidad del contrato, alegando para ello la ilegalidad del acto precontractual y si además aspiraban a obtener el restablecimiento del derecho o la indemnización de los perjuicios ocasionados con tal acto ilegal, por considerar que a pesar de haber presentado la mejor oferta fueron injusta e ilegalmente privados de la adjudicación, **tal demanda ha debido presentarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecución del acto administrativo.***

(...)

*45. De conformidad con lo anterior, resultaba procedente el análisis de validez del contrato demandado con fundamento en la legalidad o ilegalidad del acto de adjudicación, aunque se reitera que, **dado que la demanda no se presentó dentro de los 30 días***

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia de 30 de abril de 2012. Rad.: 19001233100019990011601 (21571). Actor: Empresa de Construcciones Civiles Ltda. “ECOCIVIL” Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca. Referencia: Acción contractual.

siguientes a la expedición del acto de adjudicación –que lo fue el 12 de julio de 1999, siendo celebrado el contrato al día siguiente-, aún en el evento en el que se hubiera concluido que la decisión estuvo viciada –lo cual no ocurrió-, no hubiera habido lugar a restablecimiento alguno a favor del demandante...”.⁷

Acorde con los precedentes previamente citados, se concluye entonces que aunque la acción contractual se ejerció dentro del término de dos (2) años, contemplado en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, circunstancia analizada al momento de admitir la demanda (f. 160), en este caso no hay lugar a ningún tipo de restablecimiento del derecho, en atención a que las pretensiones de nulidad y restablecimiento no se promovieron en el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación, publicación o comunicación de los actos precontractuales cuya nulidad se solicita.

Ciertamente, en este caso el acto de adjudicación fue expedido el día 23 de diciembre de 2009 (f. 92 s.), mientras que el contrato se celebró el día 29 de diciembre del mismo año (f. 137 s.), de manera que, como lo manifestó el apoderado de Asesorías en Movilidad en Transporte SAS y Rojas & Fonseca Abogados SAS, para el día 6 de abril de 2010, fecha en que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial (f. 128), ya había transcurrido un término de sesenta y ocho (68) días, lo cual denota que el término de treinta (30) días para elevar las pretensiones de nulidad de los actos precontractuales que permitieran reclamar el perjuicio patrimonial, había fenecido.

Lo anterior lleva al Despacho a concluir que la excepción de inepta demanda no está llamada a prosperar, habida cuenta que la acción contractual se encuentra presentada en tiempo y por ello es viable emitir juicio acerca de la validez del contrato demandado. Sin embargo, es claro que aunque se concluya que el contrato es nulo, no será viable acceder a ninguna pretensión resarcitoria, razón por la cual, desde ya debe decirse que dichas pretensiones de la demanda deben denegarse, por ser improcedente el análisis del restablecimiento del derecho pretendido.

⁷ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Rad.: 25000-23-26-000-2001-01678-01 (27507). Actor: Javier Ignacio Pulido Solano. Demandado: Departamento Administrativo de Bienestar Social - Distrito Capital de Bogotá. Referencia: Acción Contractual.]

3. Problema Jurídico

El problema jurídico del presente asunto se contrae a determinar si el Contrato de Concesión No. 508 de 29 de diciembre de 2009, suscrito entre el Municipio de Tunja y el Consorcio Moviliza Logística y Transporte LT, se encuentra viciado de nulidad, como consecuencia de la ilegalidad de los actos precontractuales contenidos en la evaluación de requisitos habilitantes y el acto de adjudicación, expedidos dentro de la Licitación Pública No. 002 de 2009.

4. De los cargos de violación

Vista la demanda, observa el Despacho que la controversia gira en torno a los siguientes cargos: **i)** Irregularidades en el proceso de selección que favorecieron al Consorcio Adjudicatario y originaron el rechazo de la propuesta de la Unión Temporal y **ii)** fijación de puntaje por experiencia y capacidad.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

4.1. De las irregularidades en el proceso de selección

La parte accionante hace alusión a distintas circunstancias que en su criterio configuran irregularidades que afectan y/o vician de nulidad absoluta el contrato, las cuales demuestran, de una parte, que el Consorcio Ganador no cumplió con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y de otra, que se rechazó injustificadamente la propuesta de la parte actora. Dichas falencias según el escrito de demanda son las siguientes:

- Ausencia de capacidad del Consorcio adjudicatario e incumplimiento de las condiciones de experiencia exigidas a los integrantes de éste.
- Omisión de dos (2) de los integrantes del Consorcio Adjudicatario, en la presentación de los estados financieros en forma independiente.
- Violación de los principios de igualdad y transparencia al momento de evaluar, pues la Firma actora fue descalificada por incumplimiento de los indicadores financieros, pero al Consorcio adjudicatario se le tuvo por

cumplido calificando a sus integrantes con la expresión N.A., esto es No Aplica.

- La propuesta de la parte actora cumplía con los requisitos habilitantes y los requerimientos técnicos exigidos en el pliego
- La oferta de la Entidad demandante se presentó dentro de los límites del presupuesto.
- La propuesta de la Unión Temporal de Terminales y Transporte UTT&T, fue indebidamente rechazada, pues fue descalificada por criterios que no incidían en la comparación de propuestas, con lo cual se violó el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008.

Encuentra el Despacho que tales hechos no se probaron, pues al plenario no se allegó copia de las propuestas presentadas por la Unión Temporal de Terminales y Transporte UTT&T y el Consorcio Moviliza Logística y Transportes LT. Y, de manera que el Despacho no cuenta con elementos que permitan establecer si la decisión de adjudicar la Licitación estuvo viciada de nulidad o no, circunstancia atribuible a la parte accionante.

En efecto, resulta evidente que desde el mismo escrito introductorio, en el acápite denominado “*Solicitud de otras pruebas documentales*” (f. 10), solicitó el apoderado de la parte actora que se oficiara a la Entidad demandada con el fin de suministrar “...*Copia íntegra de las propuestas presentadas por los oferentes dentro del proceso de licitación pública 002 de 2009...*” (f. 10), ello con el fin de demostrar los diferentes cargos de violación y el incumplimiento de los requisitos por parte del Consorcio Moviliza Logística y Transportes LT.

En ese orden de ideas, se observa que mediante auto de 9 de noviembre de 2011 (f. 274 s.), se decretaron las pruebas solicitadas por el demandante. Se ordenó entonces:

*“...Oficiase al MUNICIPIO DE TUNJA, a fin de que expida y envíe con destino a este proceso a **costa de la parte demandante**, copia auténtica, íntegra y legible de los documentos que se solicitan en el acápite denominado Solicitud de otras pruebas documentales visible a folio 10 del expediente...”* (f. 274).

En cumplimiento a lo dispuesto en el referido auto, la Secretaría libró el Oficio No. EPSG0913/2010-0138, de fecha 5 de diciembre de 2011 (f. 281), mediante el cual se solicitó a la Alcaldía de Tunja, que allegara, entre otras,

“...2. Copia auténtica de las propuestas presentadas por los oferentes dentro del proceso de licitación pública 002 de 2009...” (f. 281).

Mediante auto de fecha 10 de abril de 2012 (f. 305), el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, quien conoció del proceso en virtud de la redistribución de procesos ordenada como consecuencia de las medidas de descongestión, (f. 301), advirtió que el precitado oficio EPSG0913/2010-0138 no se había tramitado por la parte demandante, ante lo cual resolvió requerir a la parte actora. Se dispuso entonces:

“...PRIMERO: Por Secretaría REQUIÉRASE mediante telegrama al apoderado de la parte demandante para que INMEDIATAMENTE retire, tramite y allegue al Despacho prueba de la radicación de los Oficios Nos. EPSG0913/2010-0138 (...), So pena de entender que desiste del recaudo de las pruebas decretadas...” (f. 305).

En cumplimiento a dicha determinación, se libró Telegrama No. 0078 de 26 de abril de 2012, sin que la parte accionante hubiese adelantado actuación alguna tendiente a dar cumplimiento al requerimiento, situación que motivó al Despacho judicial a emitir nuevo requerimiento a través de providencia de 15 de mayo de 2012 (f. 308).

Luego de tramitado el oficio, la Secretaría de Contratación, Licitaciones y Suministros de la Alcaldía de Tunja, a través de oficio SCLS 369 de 11 de mayo de 2012 (f. 309), informó que el contrato, *“...así como las propuestas presentadas por los demás oferentes dentro de la Licitación Pública No. 02 de 2009 y los documentos de conformación de los Consorcios y Uniones Temporales que participaron en la Licitación Pública antes señalada, en consideración al volumen de copias, están a su disposición para préstamo o consulta...”* (f. 309), circunstancia ante la cual el Juzgado, a través de auto de 20 de noviembre de 2012 (f. 318), ordenó informar a la parte demandante que la documentación estaba disponible para tomar las correspondientes copias. Se dispuso entonces:

“...PRIMERO: Por Secretaría infórmese a la parte demandante que los documentos solicitados a la Alcaldía de Tunja, Secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministros, que fueron requeridos mediante oficio No. Oficios No. (sic) EPSG0913/2010-0138 (fl. 281) (...), se encuentran disponibles a

su disposición a efectos de que dentro de los CINCO días siguientes tome las copias correspondientes y las allegue al expediente. Advirtiéndole que de no dar cumplimiento a lo ordenado se entenderá que desiste del recaudo de la prueba decretada...” (f. 318).

La decisión precitada fue comunicada al apoderado de la Empresa demandante mediante Telegrama No. 097 de 28 de enero de 2013 (f. 321), sin que la parte hubiere dado cumplimiento. Ante la pasividad de la parte, con posterioridad se emitieron requerimientos a través de los siguientes autos, los cuales fueron comunicados a través de los oficios que a continuación se enlistan:

<i>Providencia de fecha</i>	<i>Oficio/Telegrama</i>
<i>9 de abril de 2013 (f. 335)</i>	<i>Telegrama No. 0380 de 19/abril/2013 (f. 336)</i>
<i>16 de agosto de 2013 (f. 340 s.)</i>	<i>Estado No. 17 de 16/agosto/2013 (f. 341)</i>
<i>16 de diciembre de 2014 (f. 357 s.)</i>	<i>Oficio J012P-0359 de 3/marzo/2015 (f. 364)</i>

Según enseña la documental, la parte demandante no tramitó los oficios y solo hasta el día 13 de abril de 2015 (f. 373), esto es, casi tres (3) años después de haberse comunicado que la documentación estaba disponible para la toma de las respectivas copias, radicó oficio en el que señaló que la carga de la documentación corría por cuenta de la Entidad demandada, señalando que “...la parte que ha desacatado las órdenes judiciales no es la demandante, sino la demandada, esto es el municipio de Tunja...” (f. 373), pretendiendo de esta forma trasladar la carga que se le impuso desde el auto de pruebas.

Así entonces, una vez se remitió la actuación al presente Despacho, se puso el expediente a disposición de las partes por el término de quince (15) días hábiles para que allegaran las respuestas a los oficios a través de los cuales se ordenó el recaudo probatorio (f. 382), sin que la parte accionante hubiese emprendido algún tipo de acción; en consecuencia, se corrió traslado para alegar de conclusión, mediante auto de 23 de septiembre de 2015 (f. 385)

Contrario a lo manifestado por la parte accionante en el memorial de 13 de abril de 2015 (f. 373), se concluye que a pesar que la Entidad Territorial puso a disposición de la parte actora la prueba documental solicitada, ésta no la allegó al expediente.

En esa medida, ha de concluirse que, a pesar de contar con las oportunidades legales para solicitar y allegar la prueba, la parte actora incumplió con el deber legal contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil,⁸ razón por la cual debe asumir las consecuencias de su falta de actividad probatoria.

Ha enfatizado el Consejo de Estado que según el mandato de la citada norma “...la carga probatoria de los supuestos de hecho **está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas**, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y **las pruebas que al efecto pretenden hacer valer...**”⁹ (Resalta la Sala).

En torno a las consecuencias de no asumir la carga de la prueba en debida forma, se pronunció el Consejo de Estado¹⁰, así:

“...la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

*En otros términos, ‘no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota’¹¹; **las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta**¹², pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso...” (Negrilla fuera de texto).*

Es incuestionable para la presente instancia que la ausencia del material probatorio, en el caso de autos, comporta una situación imputable a la parte demandante. Así también, resulta evidente que la Entidad accionada cumplió

⁸ “**ARTÍCULO 177. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

⁹ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Tercera. Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 28 de abril de 2010. Rad.: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087) A. Actor: Saúl Saavedra Gutiérrez y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca. Referencia: Acción de Reparación Directa

¹⁰ **CONSEJO DE ESTADO**, 04 de febrero de 2010, Exp. No. 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS

¹¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 48-49.

¹² GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, I., cit., p. 318.

con su deber de colaboración, pues puso a disposición de la parte los documentos solicitados para que fueran copiados y remitidos al presente proceso.

Para el Despacho la inactividad probatoria referida impide analizar circunstancias como la capacidad o incapacidad del Consorcio adjudicatario, así como sus condiciones de experiencia. De igual forma, tampoco puede abordarse el estudio relacionado con el cumplimiento de los requisitos de orden financiero que se exigieron en los pliegos de condiciones y mucho menos permite el cotejo de las propuestas, así como tampoco es posible establecer cuál de las ofertas resultaba más favorable para la Entidad, de manera que no se puede establecer si se violó o no la igualdad al momento de calificar las ofertas y mucho menos se puede concluir que se excluyó la propuesta presentada por la Unión Temporal de la cual hacía parte la Empresa demandante a pesar que resultaba más favorable, pues aunque al expediente se trajo el acto que contiene la evaluación de las propuestas (f. 76 s.), ello no es suficiente para emprender el juicio de valoración tendiente a esclarecer si se presentaron las aludidas inconsistencias, dado que al no contarse con las propuestas, no se puede cotejar si el resultado plasmado en dicho acto resulta concordante con la documentación que conforman las ofertas y por ende, no se puede concluir que la decisión de adjudicar el contrato a la firma Moviliza Logística y Transporte LT, es ilegal.

En esa medida, la presunción de legalidad del acto de evaluación, así como del de adjudicación, no se encuentra desvirtuada, lo cual implica entonces que el cargo de violación esté llamado al fracaso.

4.2. De la fijación de puntaje por experiencia y capacidad

Sostiene la parte demandante que en los pliegos de condiciones se previó la calificación de criterios prohibidos por la Ley, pues se estableció puntaje por factores de experiencia y capacidad, con lo cual se contraría lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En relación con el tema de discusión, señalan los numerales primero y segundo del precitado artículo:

“ARTÍCULO 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:

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 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. 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. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello...”.

Según se advierte de las normas precitadas, tal como lo afirma la parte demandante, la ley previó que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia no otorgan puntaje, previsión frente a la cual manifestó la Corte Constitucional en sentencia que “...En relación con el no otorgamiento de puntaje a las condiciones del oferente, previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con el alcance que ha dado la Corporación al principio de libre concurrencia, encuentra la Sala que no vulnera el artículo 333 de la Carta, porque lo que garantiza la Constitución es la igualdad de oportunidades **de acceso a la participación** en un proceso de selección contractual (art. 13 CP), y la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa...”.

Seguidamente agregó la Máxima Corporación que “...por la circunstancia de que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no se puede presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato...”, argumentos que permiten afirmar que las situaciones contempladas en el numeral primero de la precitada disposición, únicamente constituyen factor habilitante para participar en el respectivo proceso, pues las condiciones técnicas y económicas, que se encuentran reguladas en el numeral segundo son las que constituyen objeto de evaluación.

Pues bien, en este caso, revisado el pliego de condiciones, el cual fue allegado en copia auténtica con la demanda (f. 15 s.), se advierte que no es cierto que la Administración hubiese incumplido con la norma a que hace referencia la parte actora, pues en el numeral 4.4., solamente se plasmaron las condiciones mínimas de experiencia que debían acreditar los proponentes, empero no se señaló, en ningún momento que tales circunstancias fueren objeto de otorgamiento de puntaje. Al respecto reza el respectivo pliego:

“4.4. EXPERIENCIA

El proponente deberá acreditar la siguiente experiencia:

Experiencia General: el proponente como mínimo debe acreditar una experiencia general en la administración de terminales, bien sea a través de **a) Contrato de concesión** cuyo objeto sea la administración, operación o mantenimiento de terminales de transporte de pasajeros o de carga por un período de dos años **b) empresas** en que su objeto social se encuentre estipulado la administración, operación o mantenimiento de terminales de transporte de pasajeros y que hayan ejecutado tal actividad por el término mínimo de cuatro (4) años.

Experiencia específica: el proponente como mínimo debe acreditar una experiencia específica en la Administración de terminales, bien sea a través de: **a) Contrato de concesión** cuyo objeto sea la administración, operación o mantenimiento de terminales de **transporte de pasajeros** por un período de tres (3) años y por un valor igual o superior al presupuesto oficial de la presente licitación, **b) empresas** en que su objeto social se encuentre estipulado la administración, operación o mantenimiento de terminales de **transporte de pasajeros** y que hayan ejecutado tal actividad por el término de cinco (5) años.

Dicha experiencia se acreditará con los siguientes documentos:
a) Fotocopia del contrato, b) Fotocopia del Acta de inicio y c) Certificación de la entidad en la que conste por lo menos: el

objeto del contrato, valor, fecha de suscripción, plazo, porcentaje de avance, d) Certificado de existencia y representación legal expedida por la cámara de comercio...” (f. 41).

Lo anterior, permite afirmar que no es cierto que la experiencia hubiese servido como factor determinante para la evaluación, pues la forma en que tal exigencia se plasmó no previó la asignación de ningún tipo de puntaje, ya que solamente comportó un requisito habilitante para participar, esto es, para acceder a la convocatoria.

En criterio del Despacho, la parte actora confunde la situación prevista en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que regula las calidades de los proponentes, con las situaciones que se encuentran reguladas en el numeral segundo del precitado artículo, el cual hace alusión a las condiciones técnicas exigidas por la Administración para la ejecución del contrato.

En efecto, para el Despacho es claro que el requisito contemplado en el numeral 1º hace referencia a las calidades que debe reunir el proponente, lo cual significa que la exigencia está encaminada a habilitar como participantes en el proceso de selección a personas naturales o jurídicas que cuenten con cierta trayectoria en asuntos similares, mientras que las exigencias técnicas constituyen estándares mínimos que deben cumplir las propuestas y hacen referencia a situaciones de orden técnico, económico y logístico que debe integrar cada oferta.

Así entonces, solamente es susceptible de evaluación la propuesta, pero no las calidades del proponente, circunstancia que en el presente caso, fue respetada por la Entidad convocante, pues acorde con el aparte transcrito en precedencia, es claro que el numeral 4.4., no previó la asignación de algún tipo de puntaje a los proponentes por su trayectoria, sino que simplemente se previeron exigencias mínimas para que los interesantes pudieran participar.

En lo que concierne a las condiciones técnicas de las propuestas, observa el Despacho que el pliego de condiciones en su numeral 4.5, previó las especificaciones mínimas que debía reunir la planta de personal requerida para la ejecución del contrato a adjudicar así:

“...4.5. CONDICIONES TÉCNICAS

1.19. Personal y requisitos mínimos exigidos para la ejecución del contrato

El Contratista se obliga a mantener al frente de la administración del terminal, durante el tiempo de ejecución del contrato, al personal establecido en este numeral, cuyas hojas de vida deberá someter a aprobación del Comité Asesor y Evaluador en forma previa a la elaboración del Acta de inicio. La experiencia general y específica del personal deberá acreditarse mediante certificaciones expedidas por el respectivo contratante, las cuales contendrán, como mínimo, la siguiente información: 1) Nombre de la Entidad que certifica 2) Identificación o número de identificación tributaria 3) Dirección 4) Teléfono 5) Nombre del empleado o contratista 6) Cédula de ciudadanía 7) Cargo desempeñado 8) Fecha de inicio 9) Fecha de terminación 10) Funciones 11) Ciudad y fecha de expedición. Los plazos serán aproximados por excesos o por defecto a la décima de mes, así: si la centésima de mes es igual o superior a 5, se aproximará por exceso, y si es inferior a 5, se aproximará por defecto. En caso de que el personal profesional designado incumpla cualquiera de los requisitos enunciados en este numeral, el Contratista se hará acreedor a la multa contemplada en este pliego de condiciones. Si por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados, se requiere cambiar a un profesional, éste deberá ser reemplazado por otro que cumpla los requisitos establecidos en este pliego de condiciones, previa aprobación por parte del Comité Asesor y Evaluador. La no observancia de este requisito se considerará como incumplimiento del contrato, afectando la garantía única de cumplimiento.

El concesionario deberá en la ejecución del contrato determinar cuáles empleos son de tiempo completo y cuales por contrato, de todas formas todo el personal debe tener una disponibilidad total para la correcta ejecución del contrato.

Nota cada una de las hojas de vida debe contener copia de los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales vigentes.

PERSONAL Y REQUISITOS MÍNIMOS EXIGIDOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO					
No.	EMPLEO	PROFESIÓN/OFICIO	EXPERIENCIA		ESTUDIOS
			EXPERIENCIA GENERAL	EXPERIENCIA ESPECÍFICA	
1	Gerente	Abogado, administrador de empresas, ingeniero industrial, ingeniero de transportes y vías	Cinco (5) años en el ejercicio de la profesión	Haber ejercido como gerente, Director o Asesor de entidades o Instituciones públicas por un término de cinco (5) años	
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

(...)” (f. 42-43).

La planta de personal proyectada en los pliegos, previó que las propuestas debían estar integradas, por los menos con veintisiete (27) cargos, cuyas denominaciones y requisitos no se hace necesario transcribir, pues el ejercicio efectuado por el Despacho apunta a señalar que aunque en dicho acápite se previeron condiciones de experiencia del personal necesario para ejecutar el contrato, no se puede afirmar válidamente que dichas exigencias hacían parte de las calidades exigidas a los proponentes para participar.

Ciertamente, no puede confundirse las condiciones de experiencia de los participantes, con los requisitos de experiencia del personal necesario para llevar a cabo el servicio contratado, pues ésta última exigencia hace parte de los requisitos mínimos de orden técnico y logístico que debía contener la propuesta.

Siendo claro entonces que el objeto del contrato a suscribir, fue la entrega en concesión de la administración, mantenimiento y operación del terminal de transporte de Tunja, es lógico que las plantas de personal propuestas hubiese sido objeto de valoración o evaluación, pues están directamente relacionadas con la ejecución del contrato. Sin embargo, ello no significa que se esté calificando la experiencia mínima del proponente, pues como se dijo, tal exigencia fue objeto de regulación en el numeral 4.4., sin que se previera la asignación de algún tipo de puntaje, de manera que el argumento de la demanda debe ser rechazado.

En suma, comoquiera que no prospera ninguno de los cargos de violación, se denegarán las pretensiones de la demanda.

De otra parte, encuentra el Despacho que a folio 396 obra memorial de poder conferido al abogado Dawner Rivera Zamudio, para actuar en nombre y representación del Municipio de Tunja, el cual cumple con los requisitos legales, razón por la cual se le reconocerá personería para actuar.

5. Costas

Finalmente, la Sala observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas

cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite* ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE No probadas las excepciones de *“ineptitud sustantiva de la demanda por proposición jurídica incompleta”, “falta de legitimación en la causa por activa”, “falta de integración del litisconsorcio necesario”* e *“inexistencia de requisito de procedibilidad”*, formuladas por las Entidades demandadas, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por Inversiones para el Transporte Colombiano S.A. (INVERTRANSCOL S.A.).

TERCERO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO: RECONÓCESE al abogado Dawner Rivera Zamudio como apoderado judicial del Municipio de Tunja, en los términos del memorial de poder obrante a folio 396.

QUINTO: En firme esta providencia archívense las diligencias, déjense constancias y anotaciones de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez