

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda Instancia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia / CONSEJO DE ESTADO - Competencia / COMPETENCIA - Apelación sentencia Tribunales Contencioso Administrativos / COMPETENCIA - Cuantía**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho instaurados contra actos administrativos expedidos por cualquier autoridad que versen sobre asuntos agrarios y contractuales; entre ellos se encuentran comprendidos los actos precontractuales cuando el monto de la pretensión formulada supere los 300 salarios mínimos legales mensuales. En el asunto que nos ocupa la parte actora instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución Nos. 635 del 25 de abril de 1997, mediante la cual se adjudicó al Consorcio San Francisco la Licitación Pública No. 02 de 1997. La cuantía de la pretensión económica más alta asciende a \$80'515.820.00, suma ésta que resulta superior a lo requerido en las normas anteriormente citadas para que un proceso sea conocido en segunda instancia por esta Corporación. Por lo anterior, no le asiste duda a la Sala sobre su competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13 / ACUERDO 55 DE 2003 DEL CONSEJO DE ESTADO

**GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Trámite**

Previo a abordar el análisis respecto del objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, resulta importante precisar que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta toda vez que si bien el proceso es de doble instancia y se condenó a la entidad pública por un valor que excede de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales, la sentencia fue apelada, precisamente, por la entidad pública demandada, en cuyo favor opera esta figura

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 184

**RECURSO DE APELACION - Se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial / RECURSO DE APELACION - Debe sustentarse / RECURSO DE APELACION - Declaratoria de desierto / DECLARATORIA DE DESIERTO - Efectos. La providencia recurrida queda en firme**

A través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia-, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del

C. de P. C., a cuyo tenor: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.(...) Cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.).

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 212

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar providencia de 26 de febrero de 2004, expediente número 26261, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez

**JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Limitación material / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Limitación. Apelante único / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Marco fundamental de competencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Aplicación / PRINCIPIO DISPOSITIVO - Aplicación / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único. Limitante para el Juez de segunda instancia**

Resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’ (...) Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus (...) A la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las

partes del proceso—, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente, por encontrarse conforme con ellos. De esta manera resulta claro que el límite material que para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la no reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

**NOTA DE RELATORIA:** En cuanto al principio de congruencia consultar providencia de 1 de abril de 2009, expediente número 32800, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio. En relación con el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem, ver Corte Constitucional, sentencia C-583 de 1997. Sobre el tema ausencia de oposición, cuando el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente, por encontrarse conforme con ellos. Consultar sentencia de 23 de abril de 2009, expediente número 17160 y sentencia de 20 de mayo de 2009, expediente número 16925

**RECURSO DE APELACION - Apelante único / APELANTE UNICO - Principio de la no reformatio in pejus / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - No tiene alcance absoluto o ilimitado**

No es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, (...) No sobra puntualizar que la no reformatio in pejus —al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela— no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: i).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; ii).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... aun cuando fuere desfavorable al apelante" (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 31 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357. INCISO FINAL

**PRUEBA - Valoración / REGIMEN LEGAL PROBATORIO ESTABLECIDO POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Aplicable a los procesos atribuidos al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo / PRUEBA - Documentos / DOCUMENTOS ORIGINALES - Valoración / DOCUMENTOS EN COPIA SIMPLE - Valor probatorio / DOCUMENTOS EN COPIA SIMPLE - Requisitos para su valoración / DOCUMENTO PUBLICO - Se presume auténtico / DOCUMENTOS PUBLICO - Desvirtuado mediante tacha de falsedad / DOCUMENTO PRIVADO - Se reputa auténtico**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad. Bajo esta perspectiva, resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica. A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C. De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-023 de febrero 11 de 1998

**CONTRATACION ESTATAL - Licitación pública / CONTRATACION ESTATAL - Adjudicación / CONTRATACION ESTATAL - Inhabilidades e incompatibilidades para ser proponentes o contratistas. Normas jurídicas / NORMAS JURIDICAS - Tienen por objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad / INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD - Alances / INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD - Su aplicación exige una interpretación restrictiva / PRINCIPIO HERMENEUTICO PRO LIBERTATE - Entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula la inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas / INHABILIDAD - Se encuentra constitucionalmente prohibida la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad / INCOMPATIBILIDAD - Configuración**

Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales a los sujetos mencionados en tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad. Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones; en efecto, lo hizo en providencia expedida en el año 2001, en la cual precisó el alcance de las inhabilidades y las incompatibilidades (...) La jurisprudencia ha sostenido que la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 lbid.); así lo ha señalado la Corte Constitucional en sede de tutela al indicar que: "el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas." Las inhabilidades y las incompatibilidades relativas a la contratación del sector público se consagran en diversas normas jurídicas, entre las cuales se encuentran las previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, contenido en Ley 80, expedida en el año de 1993, norma que resultaba aplicable al procedimiento administrativo de selección adelantado por la entidad pública demandada (...) La incompatibilidad que a su vez habría originado la inhabilidad a la cual se refirió el demandante y con base en la cual el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad del acto de adjudicación, se encuentra consagrada en el artículo 8, ordinal 2, literal c, antes citado y según la misma no puede celebrar contratos con el Estado "[e]l cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal." Observa la Sala que en el presente caso ocurrieron los hechos que consagra la citada norma como condición para que se presente la incompatibilidad, toda vez que el señor Héctor Tangarife participó como proponente de la licitación pública número 004 de 1996, la cual fue adelantada por una entidad pública en la cual su compañera permanente ejercía funciones de control fiscal, luego, de conformidad con el artículo 8, ordinal 2, literal c, este señor se encontraba en una situación de incompatibilidad para participar en licitaciones o para celebrar contratos con el municipio de Armenia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 8. ORDINAL 1. LITERALES A Y B / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 8. ORDINAL 2. LITERAL C / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 9 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 10

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994; sentencia C-429 de 1997; sentencia C-147 de 1998; sentencia T-282 de 2006; sentencia T 1039 de 2006, Magistrado Ponente doctor Humberto Sierra Porto y sentencia C-429 de 1997, Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2001, expediente número 10989, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque

**CONTRATACION ESTATAL - Inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado / INHABILIDAD - Configuración / INHABILIDAD - Extensión / INHABILIDAD - Declaratoria. No se requerirá de la declaratoria, toda que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, basta el hecho de la participación en la licitación, encontrándose incurso en una incompatibilidad, para que la inhabilidad se configure / INHABILIDAD - Aplicación restrictiva**

Respecto de la extensión y la circunstancia dispuestas por el legislador para que se configuren algunas de las inhabilidades contempladas en el ordinal 1 del artículo 8 de la Ley 80, en el inciso final del mismo artículo se estipuló lo siguiente: "Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma." Puede observarse que cuando la norma hace referencia al término durante el cual se extienden las inhabilidades consagradas en los literales c), d), e i), expresamente se refiere al acto que declaró la caducidad, la sentencia que impuso la pena o el acto que dispuso la destitución, es decir, estos casos requieren bien de un acto o de una sentencia previa de declaratoria; también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden. Así pues, de conformidad con lo expuesto anteriormente, respecto de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, puede concluirse que en el caso que ahora estudia la Sala no se requería de tal declaratoria, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, bastaba el hecho de la participación en la licitación, encontrándose incurso en una incompatibilidad, para que la inhabilidad se configurara. Ahora bien, en la Resolución número 2009 de 1996, emanada del Alcalde Municipal de Armenia, a través de la cual se adjudicó la Licitación Pública número 04 "para el suministro de desayunos" al "Consorcio Distribuciones Varesco Ltda. y/o Olga Lucía Vargas Sánchez", se lee entre los considerandos "Que el Consorcio Varesco en su escrito de objeciones denunció el parentesco del oferente Héctor Tangarife, con una funcionaria de la Contraloría quien desempeña el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales, presentándose a criterio de este despacho una incompatibilidad que consagra el Artículo 8 Numeral C de la Ley 80 de 1993"; se observa entonces que la entidad conocía de la

existencia de la incompatibilidad y así lo dejó consignado en la aludida Resolución de adjudicación, así pues, no resulta claro a cual otra declaratoria hacía referencia la entidad.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 8. ORDINAL 1

**INHABILIDAD - Término de vigencia / TERMINO DE VIGENCIA DE LA INHABILIDAD - Cinco años / INCOMPTABILIDAD - Configuración**

Observa la Sala que la demandada pasó por alto el hecho de que la inhabilidad por la cual el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad de la adjudicación corresponde a la consagrada en el artículo 8, ordinal 1, literal b, toda vez que la misma se originó en el hecho de haber participado en la licitación 004 de 1996 cuando se encontraba en una situación de incompatibilidad -artículo 8, ordinal 2, literal c- cuya vigencia se encuentra regulada en el citado inciso final del artículo 8: "Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma." Así pues, no le asiste razón a la demandada cuando afirma, en el escrito contentivo del recurso de apelación, que la inhabilidad carecía de un término de vigencia, dado que la misma tiene estipulada una vigencia de cinco años, contados a partir del hecho de la participación en otra licitación, respecto de la cual se encontraba en situación de incompatibilidad. En el presente caso, el señor Tangarife se encontraba inhabilitado para ser proponente en la licitación 002 de 1997, toda vez que su participación en la licitación 004 de 1996 ocurrió el día 11 de septiembre de 1996, luego, para el momento en el cual participó en la licitación 002 de 1997 -27 de marzo de 1997-, se encontraba vigente la mencionada inhabilidad. De otro lado, afirmó el recurrente que no existía la incompatibilidad relacionada con el ejercicio de funciones de control fiscal de la esposa del señor Tangarife porque esta última había renunciado antes de que el señor Tangarife, como miembro del consorcio adjudicatario, hubiese presentado la propuesta, respecto de lo cual cabe afirmar que, como se ha sostenido en esta providencia, la incompatibilidad se originó en la participación del señor Tangarife en la licitación número 004 de 1996 y para el momento en el cual renunció ya se encontraba configurada la inhabilidad.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 8. ORDINAL 1. LITERAL B

**CONTRATACION ESTATAL - Inhabilidades e incompatibilidades / INHABILIDAD - Persona jurídica / INHABILIDAD - Persona natural / CONSORCIO O UNION TEMPORAL - Cuando se conforman con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no se constituye en una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados. Referente jurisprudencial / CONSORCIO O UNION TEMPORAL - Cuando alguno de los miembros se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado**

También sostuvo la demandada que la inhabilidad no tenía ocurrencia, en tanto la licitación número 002 se había adjudicado a un consorcio y no a una persona

natural. Se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 a los sujetos que gozan de capacidad legal para participar en licitaciones y para celebrar contratos con el Estado, uno de los cuales es el consorcio, al cual hace referencia el artículo 7 (...) Tal como ha sostenido la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no se constituye en una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados (...) De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C 414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no son personas jurídicas y que su representación conjunta es para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos. Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor Héctor Tangarife no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades. Cabe advertir que en tanto alguno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado, toda vez que como bien lo advierte el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, “las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7. PARAGRAFO 2

**NOTA DE RELATORIA:** Consultar: Corte Constitucional, sentencia C-414 de 22 de septiembre de 1994. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 30 de enero de 1997, expediente número 942

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de adjudicación / ACTO DE ADJUDICACION - Nulidad / NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION - Indemnización / INDEMNIZACION - Cuando se aduce que la propuesta fue mejor / INDEMNIZACION - Cumplimiento de una doble carga procesal. Corresponde no solo probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino que, adicionalmente se debe demostrar que la propuesta es mejor / INDEMNIZACION - Improcedencia**

La jurisprudencia de la Sala ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor. (...) A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino que, adicionalmente, se encontraba en el deber de demostrar que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que era la mejor en los aspectos técnicos y financieros, circunstancias que la harían acreedora al derecho de ser la

adjudicataria de la Licitación Pública número 002 de 1997 y por tanto a la indemnización. En el caso sub lite se acreditó la ilegalidad de la Resolución demandada, en razón de que la licitación 002 de 1997 le fue adjudicada a un consorcio que no contaba con capacidad legal para ser proponente, por cuanto uno de sus miembros se encontraba inhabilitado. La Sala destaca que no cuenta con elementos suficientes que le permitan afirmar que la oferta del demandante hubiese sido la mejor y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación. En efecto, el demandante no probó que su oferta hubiere sido la mejor, comoquiera que no aportó al expediente copia auténtica de todas las ofertas que fueron presentadas para la mencionada Licitación Pública, de forma tal que la Sala pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes (...) Por lo anterior se negará la solicitud de indemnización presentada por el Consorcio Distrimundo y, en consecuencia, revocará en este punto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el día 25 de noviembre de 1998.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar entre otras, sentencia de 4 de junio de 2008, expediente número 14169, Consejera Ponente doctora Miryam Guerrero de Escobar; sentencia de de 4 de junio de 2008, expediente número 17783, Consejera Ponente doctora Miryam Guerrero de Escobar; sentencia de 26 de abril de 2006, expediente número 16041, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de mayo 3 de 1999, expediente número 12344, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández; sentencia de 13 de mayo de 1996, expediente número 9474, Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández; sentencia de septiembre 26 de 1996, expediente número 9963, Consejero Ponente doctor Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia de marzo 17 de 1995, expediente número 8858, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo y sentencia de enero 30 de 1995, expediente número 9724, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández.

**FUNCIONARIO PUBLICO - Conducta irregular / CONDUCTA IRREGULAR DE FUNCIONARIO PUBLICO - Investigación. Compulsar copias a las entidades competentes**

Sin perjuicio de la decisión que habrá de adoptarse en el sentido de revocar parcialmente el fallo expedido por el Tribunal Administrativo del Quindío, la Sala considera que, en cuanto algunas de las conductas desplegadas por algunos de los funcionarios públicos que intervinieron en las actuaciones que aquí se han examinado podrían ser constitutivas de irregularidades de índole penal, disciplinario y/o fiscal, también ordenará compulsar copias de la presente sentencia con destino al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación y al Contralor General de la República, para lo que corresponda a la competencia de cada uno de tales Despachos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

**Radicación número: 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306)**

**Actor: CONSORCIO DISTRIMUNDO**

**Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA-QUINDIO-**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia del 25 de noviembre de 1998, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, mediante la cual se dispuso:

***“Primero:** Declárase la nulidad de la Resolución No. 635 del 25 de abril de 1997, expedida por el Alcalde de Armenia, Dr. Efrén Tovar Martínez, por medio de la cual se adjudicó al Consorcio San Francisco, con domicilio en Armenia, la licitación pública número 02 de 1997, cuyo objeto es el suministro y distribución de 4.900 desayunos escolares diariamente.*

***“Segundo:** Condénase a la entidad demandada - municipio de Armenia, Quindío - a pagar, como consecuencia de la anterior declaración, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a favor del Consorcio Distrimundo, la suma de ochenta millones quinientos quince mil ochocientos veinte pesos (\$80'515.820,00) moneda corriente, reajustados según el índice inicial y final de precios al consumidor certificados por el DANE, tomando como fechas el 25 de abril de 1997 (fecha del acto administrativo demandado), y la de ejecutoria de esta providencia, aplicando para el efecto la fórmula señalada en la parte motiva anterior.*

***“Tercero:** Las suma de dinero liquidadas a favor del demandante, devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de esa fecha, imputando todo pago primero a intereses.*

***Cuarto:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.”*

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

La Empresa Asociativa de Trabajo DISTRIMUNDO E.T.A., y la Sociedad Comercial Distribuciones VARESCO LTDA., integrantes del Consorcio DISTRIMUNDO, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentaron, el día 22 de agosto de 1997, demanda ordinaria en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra del municipio de Armenia, ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío. En el escrito de la demanda expuso las siguientes pretensiones (folios 349 a 369 del CP1):

*“1. Que es nula la Resolución No. 635 del 25 de abril de 1997, expedida por el Alcalde Armenia Dr. EFREN TOVAR MARTÍNEZ, por medio de la cual se adjudicó al CONSORCIO SAN FRANCISCO con domicilio en Armenia, la licitación Pública No. 02 de 1997, cuyo objeto es el suministro y distribución de 4.900 desayunos diariamente en el municipio de Armenia.*

*“2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la entidad demandada municipio de Armenia a pagar al CONSORCIO DISTRIMUNDO, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, el monto de los perjuicios sufridos al no habersele adjudicado el contrato de suministro correspondiente a la licitación pública No. 02 de 1997, por concepto de no habersele favorecido con la adjudicación y consecuente firma del contrato respectivo por ser el proponente a quien de acuerdo con las exigencias, condiciones y la aplicación correcta de los factores de ponderación para la licitación contenidos en el punto 10.4 del pliego licitatorio, habría ocupado el primer puesto en el proceso de selección, además de su propuesta, frente a la del CONSORCIO SAN FRANCISCO que no debió haberse considerado, por no cumplir con el requisito del numeral 9.2, ser mejor y en realidad más conveniente para el municipio de Armenia.*

*“3. Los perjuicios sufridos por el CONSORCIO DISTRIMUNDO, se han calculado en ochenta millones quinientos quince mil ochocientos veinte pesos (\$80.515.820) mcte, mas el valor del pliego de condiciones, póliza de garantía, intereses legales y moratorios mas la corrección monetaria.*

*“4. Que se actualice al valor del daño emergente a la fecha de la sentencia con base en la pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha de la sentencia, mediante la aplicación de los procedimientos que técnicamente para estas situaciones maneja la Superintendencia Bancaria y acogidos por el Honorable Consejo de Estado a partir de 1978.*

*“5. Que se condene subsidiariamente al municipio de Armenia, al pago de OCHENTA MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$80.515.820) mcte, por concepto de daño emergente igual al monto amparado por la póliza de garantía que habría cobrado el municipio de Armenia en caso que el CONSORCIO DISTRIMUNDO, como contratista hubiere incumplido la firma del contrato respectivo en la licitación pública No. 02 de 1997, según jurisprudencia reiterada del Honorable Consejo de Estado.*

*“6. Que en caso [de] que el municipio de Armenia no dé cumplimiento al pago de lo ordenado en la sentencia dentro del plazo fijado en la misma y de conformidad con el Código Contencioso Administrativo, artículo 76, numeral 8, a más de los valores fijados en la sentencia pagará intereses legales moratorios iguales al interés bancario durante el tiempo o periodo de la mora.*

*“7. Que sobre el monto histórico se reconozca el interés del 12% anual.”*

## **2. Hechos.**

En su escrito de demanda el actor narró los siguientes hechos:

**2.1.** Que el municipio de Armenia, mediante la Resolución número 325 del 5 de marzo de 1997, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 02 de 1997, con el objeto de contratar el suministro y la distribución diaria de 4900 desayunos escolares; en el acto se señaló como fecha de apertura de la licitación el día 21 de marzo de 1997 a las 10:00 a.m. y como fecha de cierre el día 27 de marzo de 1997.

**2.2.** Que al cierre de la licitación se presentaron los siguientes oferentes: i) Consorcio San Francisco; ii) Panadería la Fe y, iii) Consorcio DISTRIMUNDO; la licitación se adjudicó al Consorcio San Francisco.

**2.3.** Que la propuesta presentada por el Consorcio San Francisco contenía varias irregularidades, a saber:

**2.3.1.** Uno de los integrantes del consorcio, el señor Héctor de Jesús Tangarife, no aportó su registro como comerciante en la Cámara de Comercio, tal como lo exigía el punto 4.4 del pliego de condiciones, para las personas naturales.

**2.3.2.** El señor Tangarife se encontraba inhabilitado para participar en la licitación, dado que, por una parte, el año anterior había licitado, violando el contenido el artículo 8º numeral 2º literal c de la Ley 80 de 1993 y, por otra parte, al momento de apertura de la licitación su cónyuge desempeñaba el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales de la Contraloría Municipal de Armenia.

**2.3.3.** No cumplió con el requisito de garantizar la seriedad de la propuesta, toda vez que la póliza de seguros que se aportó no fue suscrita por el tomador.

**2.3.4.** No acreditó el arrendamiento o propiedad de un vehículo con sistema de refrigeración para el transporte de alimentos.

**2.3.5.** No demostró su experiencia en el manejo de contratos de alimentos, como lo exigía el pliego de condiciones, en tanto sólo aportó una constancia en la cual acreditó una experiencia de 14 días.

**2.3.6.** Uno de los consorciados, el señor Alberto Antonio Marín Amariles, no acreditó el hecho de encontrarse inscrito, clasificado y calificado en el registro de proponentes con un K superior a 2.500 SMLMV y se limitó a presentar el formulario de inscripción, documento que no reemplaza el registro de proponentes.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El demandante citó como normas violadas las siguientes:

Los artículos: 209 de la Constitución Nacional; 3 del C.C.A., 8, 22, 23 y 29 de la Ley 80 de 1993 y varios items del pliego de condiciones.

Explicó que la violación de tales normas provino del hecho de haberse adjudicado al Consorcio San Francisco, a pesar de todas las irregularidades que presentaba su propuesta.

#### **4. Actuación procesal.**

La demanda fue presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío el 22 de agosto de 1997 (fl. 369 vto.cdno. ppal.).

El 26 de septiembre de 1997, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal al señor Alcalde Municipal de Armenia, al señor Héctor de Jesús Tangarife Mejía, en su calidad de representante del Consorcio San Francisco y al Agente del Ministerio Público; además, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A. (folio 374 cdno. ppal.).

#### **5. Contestación de la demanda.**

Dentro del término de fijación en lista, el municipio de Armenia, mediante escrito presentado el 15 de enero de 1998, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, negó algunos de los hechos y aceptó otros.

Manifestó que el municipio tuvo en cuenta para la adjudicación de la propuesta el precio ofrecido por el Consorcio San Francisco, el cual fue de \$360,00 por cada desayuno.

En relación con la supuesta ilegalidad del acto de adjudicación alegada por la

parte demandante, expuso lo siguiente: i) que aunque es cierto que el señor Tangarife no presentó certificado de la Cámara de Comercio en el cual constara su calidad de comerciante, ese hecho no implicaba la descalificación de la propuesta, en tanto su cumplimiento no otorgaba puntaje; ii) que no resultaba necesaria la firma del tomador en la póliza de cumplimiento de la oferta; iii) que el señor Tangarife no se encontraba inhabilitado toda vez que para la fecha de presentación de la propuesta su esposa ya había renunciado al cargo que desempeñaba en la Contraloría Municipal; iv) que el Consorcio San Francisco cumplió con la obligación de acreditar seis meses continuos o discontinuos en el manejo de alimentos; v) que el señor Marín Amariles sí presentó el certificado del registro de proponentes, puesto que allegó el formulario único en el cual se puede ver el K de contratación; vi) que el Consorcio San Francisco ofreció el precio más bajo.

Propuso como excepción la indebida escogencia de la acción, en tanto consideró que los argumentos de inconformidad se referían a los actos preparatorios del acto de adjudicación y por ende del contrato, razón por la cual, según la demandada, la acción idónea debía ser la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Consorcio San Francisco dentro del término otorgado para contestar la demanda guardó silencio.

## **6. Alegatos de conclusión.**

En la oportunidad establecida por el *a quo*, mediante auto de 14 de agosto de 1998 (fl.428, cdno. ppal.), las partes demandante y demandada presentaron los respectivos alegatos de conclusión, el Consorcio San Francisco guardó silencio.

### **6.1. De la parte demandante.**

A través de escrito presentado el 1 de septiembre de 1998 (fl. 430 a 434, cdno. ppal.), la parte demandante reiteró lo dicho en la demanda y manifestó que la entidad demandada no rebatió con prueba alguna los hechos narrados en la demanda, por cuanto simplemente se limitó a dar respuestas confusas, incoherentes y contradictorias que sólo condujeron a corroborar lo afirmado y probado con la demanda; también expresó que la Administración se ocupó de justificar su actuación con el argumento de que el pliego de condiciones no había que tomarlo en su sentido literal sino que debía ser objeto de interpretación.

Insistió en el hecho de que el Consorcio San Francisco modificó la propuesta en tanto desbordó el objeto del contrato y a pesar de ello resultó beneficiado con la adjudicación del mismo, dejando de paso sentado el precedente de que las licitaciones del municipio de Armenia pueden ser modificadas unilateralmente por los participantes.

Manifestó que la entidad demandada olvidó que la mera presentación del formulario no acreditaba que el proponente se encontrase clasificado y calificado en el registro, pues a pesar de encontrarse en trámite, no probaba que hubiese sido entregado en la Cámara de Comercio para su inscripción.

Respecto de la manipulación de alimentos afirmó que la presentación del contrato de arrendamiento de un local que se destinaría para una cafetería no constituía prueba alguna de la experiencia requerida.

Insistió en el hecho de que uno de los consorciados se encontraba incurso en una inhabilidad, pues su esposa renunció al cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales de la Contraloría, diez días después de haberse iniciado el procedimiento licitatorio.

## **6.2. De la parte demandada.**

El demandado sostuvo que la oferta presentada por el Consorcio San Francisco resultaba ser la más favorable para la entidad, teniendo en cuenta que era la que ofrecía el más bajo precio e insistió en el hecho de que su representada no incumplió las directrices señaladas en el pliego de condiciones, toda vez que tuvo en cuenta la menor cuantía; también expresó que en momento alguno fueron desconocidos los supuestos de fondo, como tampoco fueron acomodadas las cifras, como manifestó la parte demandante; afirmó que la inhabilidad que dice tener el señor Tangarife no había sido declarada, de conformidad con las reglas del debido proceso y, además, que su esposa había presentado renuncia al cargo con antelación.

#### **7. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Quindío profirió sentencia el 25 de noviembre de 1998 (fls. 440 a 469, cdno. ppal.), a través de la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 635 del 25 de abril de 1997, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. 02 de 1997 al Consorcio San Francisco; condenó a la demandada al pago de una suma de dinero, por cuanto estimó que la propuesta presentada por el actor constituía la mejor; en relación con la objeción por error grave del dictamen pericial, consideró que la misma prosperaba en forma parcial en cuanto *“los peritos se equivocaron de manera protuberante al menos en uno de los dos cálculos planteados, basado en los factores de administración, imprevistos y utilidad certificados por la administración municipal y solo aplicables a los contratos de obra.”*

Respecto del fondo del asunto sostuvo el Tribunal Administrativo a quo que la inhabilidad denunciada era conocida por la Administración y de fácil comprobación, razón por la cual consideró que la adjudicación fue hecha con manifiesto favoritismo; al respecto expuso lo siguiente:

*“Se tiene entonces, y así lo considera la Sala, que el hecho de haber pasado por alto la inhabilidad denunciada, argumentando que no bastaba su sola manifestación, sino que debía ser declarada previo juicio para el efecto, a pesar de que con antelación se conocía su real existencia y era además de actual y fácil comprobación, es conducta omisiva que trasgrede toda la filosofía moral contenida en el artículo 8º de la Ley 80/93, expedida precisamente para informar el proceso de contratación estatal.*

*“En las condiciones relacionadas, se tiene que la adjudicación se hizo exteriorizando favoritismo y ello constituye razón suficiente para predicar plena legitimidad para atender favorablemente las pretensiones del demandante, más aún cuando dicha falta de equidad se patentizó haciendo de lado otros requisitos exigidos por el pliego de condiciones no cumplidos por el ente adjudicatario, con el peregrino argumento de que no eran factores de puntuación, y que por tanto no merecían atención por no tener reflejo cuantitativo al momento de la calificación.*

*“(…)*

*“Prospera entonces este primer cargo analizado, y como ya se manifestó, con la comprobación del mismo basta para que, sin necesidad de análisis de los demás, se proceda a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, según se concretarán adelante.*

*“Lo anterior, teniendo en cuenta además que, respecto de la procedencia de la adjudicación de la licitación al actor, ésta surgía como consecuencia lógica y necesaria de lo hasta aquí expuesto, ya que su propuesta ubicada en principio, como la segunda en orden, pasaba automáticamente al primer lugar, y la tercera y única allegada con las dos comentadas fue declarada no hábil para concursar.*

*“(…).*

*“Resulta notablemente significativo que los cálculos realizados por los peritos al haber alcanzado cifras muy cercanas a las incluidas en las pretensiones de la parte actora, y siendo precisamente del solo interés del ente demandado oponerse a las mismas, al haber guardado*

*completo silencio, bien puede implicar expresión de acuerdo con las cifras determinadas.*

*“Se partirá entonces del prenombrado resultado, para definir el aspecto indemnizatorio en este proceso. Como el dictamen arrojó un monto de \$ 83'011.616,42 de utilidad dejada de percibir por el actor, y la cifra anotada en las pretensiones apenas llega a 80'515.820.00, será ésta y no aquella la que finalmente se reconocerá a favor del demandante y a cargo de la entidad demandada, en calidad de restablecimiento del derecho, reajustada según los índices inicial y final certificados (...).”*

## **8. El recurso de apelación.**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, concedido por el Tribunal mediante auto del 13 de enero de 1999 (fl. 476, cdno. ppal.).

**8.1.** Esta Corporación, a través de auto del 10 de mayo de 1999, admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 480, cdno. ppal.).

**8.2.** En su escrito de apelación (fl. 471 a 473, cdno. ppal), la parte demandada manifestó que la inhabilidad contemplada en el numeral 2 literal c), declarada en la sentencia, no se extiende por el tiempo que se afirmó el Tribunal Administrativo a quo; también sostuvo que la Administración no había declarado la ocurrencia de la inhabilidad con ocasión de la participación del señor Tangarife en la licitación 004 de 1996 y por ese motivo éste no se encontraba inhabilitado para participar en la licitación 002 de 1997; dijo además que se desconoció el hecho de que se adjudicó a un consorcio y no a una persona natural.

En relación con la indemnización concedida, expresó que no resultaba coherente, en tanto la sentencia presentaba inconsistencias entre la parte considerativa y la suma que finalmente se tomó para hacer el cálculo de la indemnización, si se tenía en cuenta la declaratoria parcial de error grave del dictamen pericial.

## **9. Actuación en segunda instancia.**

Mediante auto del 6 de julio de 1999, el *ad quem* dispuso correr traslado a las partes por el término común de diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto (folio 482, cdno. ppal).

Las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público emitió concepto en esta instancia y solicitó revocar parcialmente la sentencia, por cuanto consideró que si bien se probó que la Administración actuó de manera ilegal al adjudicarle a un proponente que no cumplía con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, no obstante, debían desestimarse las pretensiones indemnizatorias en tanto no se acreditó que el actor hubiese presentado la mejor propuesta, por cuanto no allegó al proceso la totalidad de las ofertas.

Para la delegada la ilegalidad de la Administración consistió en el hecho de adjudicarle a un proponente que no cumplía con algunos de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, tales como: i) allegar el certificado de registro de proponentes del señor Alberto Antonio Marín Amariles; ii) acreditar el cumplimiento del K de contratación y iii) certificar la propiedad o arrendamiento de un vehículo que contase con sistema de refrigeración.

## **2. CONSIDERACIONES**

La Sala, a efectos de adoptar una decisión en el caso concreto y considerando los aspectos propuestos en el recurso de apelación, abordará el análisis de los siguientes temas: i) Competencia del Consejo de Estado; ii) El objeto del recurso; iii) Las pruebas aportadas al proceso; iv) El caso concreto.

## **1. Competencia del Consejo de Estado.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho instaurados contra actos administrativos expedidos por cualquier autoridad que versen sobre asuntos agrarios y contractuales; entre ellos se encuentran comprendidos los actos precontractuales cuando el monto de la pretensión formulada supere los 300 salarios mínimos legales mensuales.

En el asunto que nos ocupa la parte actora instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución Nos. 635 del 25 de abril de 1997, mediante la cual se adjudicó al Consorcio San Francisco la Licitación Pública No. 02 de 1997.

La cuantía de la pretensión económica más alta asciende a \$80'515.820.00, suma ésta que resulta superior a lo requerido en las normas anteriormente citadas para que un proceso sea conocido en segunda instancia por esta Corporación.

Por lo anterior, no le asiste duda a la Sala sobre su competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

## **2. Objeto del recurso de apelación.**

Previo a abordar el análisis respecto del objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, resulta importante precisar que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta toda vez que si bien el proceso es de doble instancia y se condenó a la entidad pública por un

valor que excede de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales<sup>1</sup>, la sentencia fue apelada, precisamente, por la entidad pública demandada, en cuyo favor opera esta figura<sup>2</sup>.

Resulta necesario precisar, *ab initio*, que el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la parte demandada y se encuentra encaminado a que se modifique la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en tanto el apelante consideró que la adjudicación no se encontraba viciada por la ocurrencia de la inhabilidad a la cual hizo referencia el a quo, toda vez que el tiempo de vigencia calculado por el Tribunal no correspondía a tal inhabilidad; además, pidió el apelante la revisión de la condena, en cuanto estimó que se presentaban inconsistencias entre la parte considerativa y la parte resolutive de la misma, si se tomaba en consideración la objeción por error grave parcial concedida por el mismo Tribunal.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso que promueve el apelante único, cuya situación no puede desmejorarse en virtud del principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, se encuentra limitado a los aspectos indicados. Al respecto, conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia-, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

***“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la***

---

<sup>1</sup> Para el año de 1998, 300 salarios mínimos legales equivalían a \$61'147.800 y la condena impuesta a la entidad pública demandada ascendió a la suma de \$80'515.820.

<sup>2</sup> Así reza el artículo 184 del C.C.A.:

**“ARTÍCULO 184.**Modificado por el art.57 de la Ley 446 de 1998. **Consulta.** Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas. (...).”

*reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...).*" (Negrillas adicionales).

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>3</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>4</sup>, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*<sup>5</sup>.

Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su

---

<sup>3</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

*"De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional".*

<sup>4</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

*"La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin". O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso"*  
*"Son características de esta regla las siguientes:*

*"(...). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado"* (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

<sup>5</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez<sup>6</sup>. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.).

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

*“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*

*“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber:

---

<sup>6</sup> Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alier Hernández Enríquez.

*i).*- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii).*- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)<sup>7</sup>.

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, ...”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones

---

<sup>7</sup> Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente, por encontrarse conforme con ellos<sup>8</sup>.

De esta manera resulta claro que el límite material que para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

En conclusión, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, procederá a examinar y a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, sin que ello implique de modo alguno la afectación de la plurimencionada garantía de la *no reformatio in pejus* que en este caso concreto ampara al recurrente único.

### **3. Las pruebas aportadas al proceso.**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>9</sup> señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía<sup>10</sup> que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

---

<sup>8</sup> Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

<sup>9</sup> Artículo 168, C.C.A.: “*PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.*”

<sup>10</sup> Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

Bajo esta perspectiva, resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.<sup>11</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

---

<sup>11</sup> Artículo 253, C. de P. C.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

*“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.*

*“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.*

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados al proceso:

**Documentos aportados en original o en copia auténtica.**

### **3.1. Las reglas correspondientes al procedimiento administrativo de selección.**

**3.1.1.** Copia auténtica de la Resolución número 325 de marzo 5 de 1997, por medio de la cual el Alcalde Municipal de Armenia ordenó la apertura de la Licitación Pública número 02 de 1997, cuyo objeto constituyó “*el suministro de desayunos para el programa Desayuno Escolar*” (folios 254 a 255 del cuaderno número 1).

**3.1.2.** Copia auténtica del “*PLIEGO DE CONDICIONES PARA LICITACION DE SUMINISTRO DE DESAYUNOS ESCOLARES*” (folios 256 a 280 del cuaderno número 1), en el cual se consignó lo siguiente: i) el objeto de la licitación; ii) los documentos exigidos; iii) las calidades de las personas participantes; iv) los criterios de adjudicación, entre otros.

### **3.2. Las propuestas.**

**3.2.1.** Copia auténtica de la propuesta correspondiente al consorcio demandante, con todos sus anexos (folios 3 al 160 del cuaderno 1).

**3.2.2.** Copia auténtica de la propuesta presentada por el Consorcio San Francisco, de cuyo contenido se destaca (folios 161 a 247 del cuaderno 1):

- Copia auténtica de las reglas del consorcio, entre las cuales se encuentra que “*está constituido por ALBERTO MARIN AMARILES, identificado con C.C. Número 16.486.240 de Buenaventura por una parte, propietario de la QUESERA HOLANDESA ubicada en la calle 14 # 18-14 del Municipio de Armenia, y la PANADERIA SAN FRANCISCO ubicada en la calle 11ª # 21-*

60, cuyo objeto social es la comercialización y distribución de productos de panadería. Por la otra parte, **HECTOR DE JESUS TANGARIFE MEJIA** comerciante y distribuidor de productos alimenticios relacionados con panadería en general.”; según la propuesta, la representación del consorcio sería ejercida por el señor Héctor de Jesús Tangarife Mejía (folios 168 a 170 del cuaderno 1)

- Copia auténtica de un certificado de “*matrícula de persona natural*” expedido por la Cámara de Comercio de Armenia, en el cual se lee que el señor Alberto Antonio Marín Amariles se encuentra registrado en esa Cámara de Comercio desde el 1 de abril de 1995, cuya última renovación ocurrió el día 21 de febrero de 1997, además, que es propietario de los establecimientos de comercio denominados *QUESERA HOLANDESA Y CAFETERIA PANADERIA SAN FRANCISCO* (folios 171 y 172 del C1).
- Copia auténtica de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales número 341572 C, expedida por Latinoamericana de Seguros S.A., tomada por el Consorcio San Francisco, mediante la cual se amparó la seriedad de la oferta presentada por el consorcio para participar en la licitación pública número 02-1997, la cual contiene un sello y una firma correspondientes a la Compañía Aseguradora (folios 173 y 174 C1).
- Copia auténtica del certificado de registro de proponentes, expedido por la Cámara de Comercio de Armenia, en el cual consta que el señor Héctor de Jesús Tangarife se encuentra inscrito como proveedor desde el día 19 de junio de 1996, en la *especialidad animales vivos y productos del reino animal*, en los grupos: 30102, 30103, 30104, 30105; en la especialidad *productos del reino vegetal*: grupos 30208, 30209, 30210, 30211, 30213; en la especialidad *productos de la industria alimentaria, bebidas líquidos alcohólicos y vinagre, tabaco y sucedáneos*: grupos 30416, 30417, 30419, 30420, 30421, 30422; en el certificado también se informa que el señor Tangarife se encuentra ejecutando los siguientes contratos: i) con el supermercado Laureles por valor de 336.07 smlmv, por concepto de suministro de panadería, con un plazo de 24 meses y, ii) con la Alcaldía Municipal de Armenia por cuantía de 206.51 smlmv, por concepto de suministro de desayunos escolares, con una duración de 13 días escolares;

la capacidad de contratación (K) equivale a 1960,68 smlv. Esta certificación se expidió el día 21 de febrero de 1997 (folios 12 a 14 C1).

- Copia auténtica de un formulario tendiente a obtener el registro de proponente como proveedor del señor Alberto Antonio Amariles, en el cual aparece un sello expedido por la Cámara de Comercio de Armenia, según el cual el formulario habría sido entregado personalmente por el señor Héctor Tangarife Mejía –el otro miembro del consorcio-, el día 26 de marzo del año de 1997 (folios 180 y 181 del C1).
- Copia auténtica de los valores nutricionales de los alimentos que se proveerían (folios 182 a 194 C1).
- Copia auténtica de un contrato de transporte suscrito entre el señor Héctor Tangarife, a nombre del Consorcio San Francisco y el señor Dagoberto Grajales Sánchez, según el cual este último se encargaría del transporte de desayunos escolares durante el lapso de tiempo comprendido entre el 2 de mayo y el 31 de diciembre de 1997, el contrato se suscribió el día 7 de abril de 1997 (folios 192 a 194 del C1).
- Certificaciones de experiencia correspondientes al señor Héctor de Jesús Tangarife, así como a la Panadería San Francisco (folios 201 a 242 C1).

**3.2.3.** Original de un certificado de matrícula mercantil de persona natural, correspondiente al señor Héctor de Jesús Tangarife Mejía, expedido por la Cámara de Comercio de Armenia el día 24 de abril de 1997, según el cual el mencionado señor se encontraba inscrito en esa Cámara de Comercio como comerciante, desde el día 9 de agosto de 1993; también se escribió en el certificado que para ese momento no había sido renovado el registro mercantil (folios 343 y 344 C1). Esta certificación fue aportada con el escrito contentivo de la demanda.

**3.2.4.** Original de un certificado de inscripción, clasificación y calificación del proponente Alberto Antonio Marín Amariles, según el cual, se encontraba inscrito como proveedor en la Cámara de Comercio de Armenia desde el

día 26 de marzo de 1997 y acreditaba un K de 821.13 SMLV; el certificado se expidió el día 21 de agosto de 1997 (folios 345 a 348 C1). Esta certificación fue aportada con el escrito contentivo de la demanda.

### **3.3. La evaluación de las propuestas.**

El 14 de abril de 1997 se reunieron los integrantes del comité evaluador y elaboraron el acta de evaluación de la licitación pública No. 02 de 1997, de la cual se destacan los siguientes apartes (fls. 281 a 297 C1):

*“El estudio parte del análisis pormenorizado de las siguientes propuestas:*

1. *CONSORCIO SAN FRANCISCO*
2. *PANADERIA LA FE*
3. *CONSORCIO DISTRIMUNDO E.A.T.*

#### ***“... PROPUESTA # 1 CONSORCIO SAN FRANCISCO***

*“3.1. Documentos de orden jurídico*

*“3.1.1. Carta de presentación: Requisito satisfecho*

*“3.1.3. Documentos de constitución consorcio: exigencia cumplida*

*“3.1.4. Matrícula mercantil: allegada la correspondiente a cada uno de los consorciados.*

*“3.1.6. Garantía de seriedad de la propuesta: adjunta la póliza #341572 de Latinoamericana de Seguros, carece de firma por parte del tomador.*

*“3.1.7. Recibo de pago de prima: requisito satisfecho.*

*“3.1.8. Acreditación de registro de proponentes*

*Requisito cumplido y obrante a folios 12, 13, 14 y 15, con un K de 1.960,68 y 821,13 para un total de 2.781,81.*

#### ***“ASPECTOS TECNICOS***

*“3.2.1. Especificaciones químicas y nutricionales:*

*A folio 16 existe constancia expedida por la nutricionista Norma Cecilia Truke Ospina, en la cual consta las calorías, proteínas, carbohidratos de las farináceas que se ofrecen.*

*A folio 17 existe constancia expedida por Fruit Ltda en la que consigna energía, proteína, grasa y vitaminas de los jugos.*

*A folio 18, 18 vto, 19 y 19 vto las que son certificados (sic) por el Grupo Agropecuario Occidente Ltda, en la que se especifican las características de los lácteos. Requisito que se satisface.*

*“3.2.2. Documentos necesarios que acrediten la propiedad de vehículo o contrato por el término de duración del contrato.*

*“A folio 21 obra la propuesta de la firma Grupo Agropecuario de Occidente Ltda, en la que cotiza el servicio de transporte de un vehículo termo King.*

*“A folio 22 existe contrato de transporte suscrito con el señor Dagoberto Grajales Sánchez, de un vehículo camión furgón, con placas BCE 187, con fotocopia, a folio 23 y 23 vto., de la tarjeta de propiedad a nombre de Grajales Sánchez Dagoberto. En consecuencia, requisito satisfecho.*

*“3.2.3. Otros documentos de calidad y salubridad.*

*“Se anexan constancias expedidas por el Instituto Seccional de Salud del Quindío de las licencias sanitarias de funcionamiento de las empresas Inter Fruit comercializadora internacional de frutas Ltda, para la elaboración, empaque y comercialización de jugos y pulpa de frutas (folio 25).*

*“Así mismo, constancia del Instituto Seccional de Salud del Quindío en la que consta la capacidad técnica de la fábrica Grupo Agropecuario de Occidente, para elaborar leche entera pasteurizada en garrafa.*

*“Cumplimiento de contratos anteriores*

*“Se anexan certificados de cumplimiento expedidos por:*

*“Secretaría de Desarrollo Comunitario de Armenia*

*“Sobre la ejecución del contrato de suministro 014 de 1996, a folios 28, 29, 30.*

*“Constancia de la Unidad Administrativa DEQUI de Policía Nacional Departamento de Policía Quindío y contrato celebrado con tal entidad, obrante a folios 31 y 32.*

*“Constancia expedida por la Caja de Compensación Familiar Comfenalco de Armenia. Comprobantes de pago obrantes a folio 33 y 34.*

*“Fotocopia del contrato sin formalidades plenas con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, folio 35.*

*“Constancia del Instituto Departamental de Tránsito del Quindío, folio 36.*

*“Constancia de las Fuerzas Militares de Colombia Ejército Nacional Octava Brigada, folio 37.*

*“Constancia del Colegio Inem, folio 38.*

#### **“ASPECTOS ECONÓMICOS**

*“a.- Precio: El valor de la oferta corresponde a DOSCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$270'000.000,00) para un total de 750.000 desayunos escolares, con un valor unitario de \$360.*

*“Lo exigido en el pliego de condiciones corresponde al suministro en 123 días que corresponden al calendario escolar adoptado por la Secretaría Departamental de Educación y contenido en la resolución #0009 del 15 de enero de 1997.*

*“En este orden, tendríamos que 4900 desayunos diarios x 123 días = 602.700 desayunos a razón de \$360 c/u, tendríamos \$216'972.000,00 que correspondería a lo solicitado.*

*“La propuesta supera entonces en 147.300 desayunos lo exigido en el pliego.*

*“b.- K de contratación: El K exigido es de 2.500 s.m.l.m., el aportado es de 2.781,81.*

#### **“EVALUACIÓN PROPUESTA # 2 PANADERÍA LA FE**

**“NOTA U OBSERVACION:** De conformidad con la estipulación contemplada en el punto 9.1. del pliego de condiciones. El Comité Evaluador rechaza y no continúa el estudio de la propuesta presentada por PANADERIA LA FE, ya que no satisface la exigencia de registro de proponente, K de contratación y póliza de seriedad de la propuesta.

### **“EVALUACION PROPUESTA #3**

#### **“CONSORCIO DITRIMUNDO E.A.T.**

“3.1. Documentos de orden jurídico.

“3.1.1. Carta de presentación: requisito satisfecho.

“3.1.3. Documento de constitución del consorcio: a satisfacción.

“3.1.4. Matrícula mercantil: no se allega matrícula mercantil de los asociados de manera individual, en su defecto se agrega fotocopia de la solicitud del número de identificación tributaria de la empresa asociativa Distrimundo D.-E.A.T. y solicitud de asignación de Nit de Distribuciones Varesco Ltda en fotocopia.

“3.1.6. Garantía de seriedad: exigencia satisfecha

“3.1.7. Presenta constancia de cancelación de prima: requisito satisfecho.

“3.1.8. Registro de proponentes, el K de contratación exigido corresponde a 2.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“El acreditado corresponde a:

“- Empresa asociativa de trabajo E.A.T. = 7.551,07

“- Distribuciones Varesco Ltda = 12.654,06

“- Olga Lucía Vargas Sánchez = 2.654,06

“Exigencia satisfecha.

### **“ASPECTOS TÉCNICOS**

“3.2.1. Especificaciones químicas y nutricionales:

*“A folio 24 a 27 se encuentran las especificaciones correctas, presenta un menú y sus posibles variaciones, características que son certificadas por la nutricionista Gloria Inés Obando de la Universidad de Antioquia, con la respectiva fotocopia del diploma.*

*“3.2.2. Documentos necesarios que acrediten la propiedad del vehículo o contrato de arrendamiento por el término de la vigencia del contrato estipulado en el pliego de condiciones.*

*“En el folio 74 aparece licencia sanitaria concedida al vehículo de transporte Dodge modelo 1979, tipo furgón, color amarillo, de propiedad de Luis Carlos Celis Marín, en su calidad de representante legal de Procesadora San Martín; además, en el folio 73 se anexa fotocopia de la tarjeta de propiedad a nombre de la Pasteurizadora San Martín.*

*“Registrado como anexo #18 contrato de arrendamiento celebrado entre el Consorcio Distrimundo y Distribuciones Varesco - Olga Lucía Vargas y la empresa Pasteurizadora San Martín se tomó en arrendamiento el vehículo antes mencionado, aparece consignado en los folios 71 y 72.*

*“3.2.3. Otros documentos que certifican calidad y salubridad.*

*“En el anexo #20 aparece ficha técnica de leche entera San Martín con información físico-química y microbiológica, firmada por el jefe de control y calidad Nora Luz Giraldo Montoya, la cual no aparece membreteada, presumiendo que es la jefe de control de la empresa San Martín.*

*“En el folio 78 aparece un informe de resultados sobre la muestra 164, 165, 166, realizada por el Servicio Seccional de Salud de Risaralda donde aparece aprobada la muestra según fecha de toma 03-03-97.*

*“En el anexo #79 aparece la resolución 02362 de 1992, donde se expide licencia sanitaria del 14 de mayo de 1992.*

*“- Cumplimiento de contratos anteriores.*

*“Se anexan, en los folios 31 al 42, contrato de suministro # 11 firmado el 31 de mayo de 1995, contrato 002 del 15 de marzo de 1996, contrato 003 del 15 de marzo de 1996, 015 del 26 de mayo de 1996 y el 033 del 8 de octubre de 1996. No se anexan certificados de cumplimiento a satisfacción de los contratos anteriores por la dependencia encargada, para este caso, la Secretaría de Desarrollo Comunitario.*

*“En los folios 80 y 81 aparecen certificaciones expedidas por la envasadora de jugos naturales Projugos sobre la distribución de productos por parte de la empresa Distribuciones Varesco Ltda y la empresa asociativa de trabajo Distrimundo.*

*“Aparece en el anexo 22 folios 83, 84 y 85 certificación de que es cliente de la industria Zenner.*

*“Finalmente, anexa encuestas realizadas a establecimientos educativos, folios 89 a 154.*

**“ASPECTO ECONÓMICO.**

*“a) Precio.*

*“El valor de la oferta corresponde a \$230´045.200,00, la cual no aparece con el precio unitario de la ración de desayuno escolar (fracción o unidad equivalente a desayuno).*

*“El pliego de condiciones señala con precisión 4.900 desayunos por día, durante el periodo conformado en el calendario escolar a partir del 2 de mayo al 28 de noviembre inclusive, como consta en la resolución 0009 del 15 de enero de 1997, la resolución que aparece señalada figura como anexo 14.3 y se entrega conjuntamente con el pliego de condiciones, la minuta del contrato (anexo 1) y el diseño de la bolsa (anexo 2), que específicamente corresponderían a 123 días a suministrar 4900 desayunos diarios, tendríamos entonces que:*

*“4900 desayunos diarios x 123 días = 602.700 desayunos a suministrar.*

*“De la forma como esta presentada la propuesta, obrante a folio 7 tendríamos que:*

*“230´045.200 dividido 602.700 desayunos, nos daría un valor unitario igual a \$381,69.*

*“Forma de pago*

*“Aceptada en las condiciones que está en el pliego.*

*“b) K de contratación*

*“El K de contratación exigido es de 2,500 salarios mínimos legales vigentes.*

*“El aportado es de E.AT. 7.551,07*

*“Distribuciones Varesco 12.041,52*

*“Olga Lucía Vargas 2.654,06*

*“Para un total de 22.249,65 salarios mínimos legales vigentes.*

“... ”

<b>FACTORES</b>	<b>ASPECTOS</b>	<b>TECNICOS</b>	<b>ASPECTO ECONOMICO</b>		<b>Tot.</b>
<b>PROponente</b>	<b>Cumplimiento y especific. Técnica.</b> <b>TANGO 0-200</b>	<b>Excelencia</b> <b>R. 0-200</b>	<b>Precio</b> <b>R:0-200</b>	<b>K contratación</b> <b>R:0-400</b>	<b>1000</b>
<b>1</b>	<b>100</b>	<b>200</b>	<b>150</b>	<b>300</b>	<b>750</b>
<b>2</b>	<b>RECHAZADA</b>				
<b>3</b>	<b>100</b>	<b>200</b>	<b>50</b>	<b>400</b>	<b>750</b>
	<b>200</b>	<b>400</b>	<b>200</b>	<b>700</b>	

#### **3.4. Las observaciones formuladas a la evaluación de las propuestas.**

**3.4.1.** Copia auténtica del escrito contentivo de las observaciones a la evaluación de las propuestas participantes en la Licitación Pública 002 de 1997, presentadas por el Consorcio Distrimundo en las cuales hace referencia a los siguientes aspectos (folios 298 a 305 C1):

#### **“INHABILIDADES**

*“El consorciado señor Héctor de Jesús Tangarife, consorciado en el consorcio San Francisco, está inhabilitado para participar en esta licitación al tenor del artículo 8, literal i, que dice “Las inhabilidades a que se refieren los literales (...); los previstos en los literales b) y e) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o*

concurso, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma.

*“El señor Tangarife licitó el año anterior, estando incurso en la inhabilidad contenida en el artículo 8, numeral 2, literal c, lo que automáticamente lo inhabilita para licitaciones posteriores al tenor del artículo 8, literal b, en concordancia con el inciso final del artículo (...). Veamos:*

*“A) El señor Héctor de Jesús Tangarife consorciado del Consorcio San Francisco contrató con el Municipio de Armenia el día 13 de Mayo de 1996 (contrato de suministro # 014) y su cónyuge, María Eugenia Benjumea Bonilla, se encontraba vinculada con la Contraloría Municipal en el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales. Participó además, en la Licitación Pública para desayunos escolares el año anterior (1996), estando inhabilitado para hacerlo por esta misma razón.*

*“B) Esta razón fue la que motivó principalmente al señor Alcalde para no adjudicarle al señor Tangarife (Panadería San Francisco) la anterior Licitación Pública.*

*“C) Estos hechos conllevan a una inhabilidad de cinco (5) años al señor Tangarife miembro hoy para la Licitación del Consorcio San Francisco. (Ley 80 artículo 8 Literal B, Inciso final del artículo 8 - Sent. C-489/96.)*

#### **“ASPECTOS JURIDICOS**

##### **“CONSORCIO SAN FRANCISCO**

###### **“Matrícula Mercantil**

*El comité evaluador habla en el punto 3.1.4 y dice: “Matrícula Mercantil: Allegada la correspondiente de cada uno de los consorciados”. Dentro de la propuesta no aparece la del señor Héctor de Jesús Tangarife Mejía, consorciado del Consorcio San Francisco.*

###### **“Garantía de seriedad de la Propuesta**

*“En lo relativo a la seriedad de la propuesta, ésta tampoco cumple las exigencia de ley por cuanto no aparece firmada por el tomador.*

*“(…)*

***“B. Experiencia en contratos con entidades oficiales en el manipuleo de alimentos***

***“Consortio San Francisco***

*“En la página 4 del acta de evaluación se dice: “Se anexan certificados de cumplimiento expedidos por...”. Este requisito no se satisface ya que el pliego licitatorio en el numeral 7.5 dice que “El oferente deberá acreditar por lo menos seis (6) meses continuos o discontinuos de experiencia en el manipuleo de alimentos con entidades estatales mediante contrataciones anteriores (anexar contratos).”*

*“En el caso concreto, uno de los consorciados del Consortio San Francisco, señor Héctor de Jesús Tangarife, solo acredita un contrato cuya duración es de trece (13) días, y fue el Contrato de Suministro 014 de 1996, obra a folios 28, 29 y 30 de su respectiva oferta.*

*“Los demás documentos que acredita este Consortio, son constancias, que no son pedidas por el pliego, reitero, el pliego pide acreditar contratos mínimos por seis (6) meses.*

*“(…)*

***“K DE CONTRATACION***

***“Consortio San Francisco***

*“La capacidad de contratación del Consortio es de 2.781,81 SMLV*

***“Consortio Distrimundo***

*“La capacidad de contratación es de 22.249,65 SMLMV*

***“Calificación***

*“La calificación no es equitativa dado que nuevamente toman rangos de calificación arbitrarios donde no se conserva el principio de equidad ni se toman en cuenta la ponderación como lo dice el pliego de condiciones.*

*“(…)*

**3.4.2.** Copia auténtica de las observaciones realizadas a la evaluación de la licitación pública 002 de 1997, por parte del Consorcio San Francisco, en la cual formula reclamaciones porque consideró que se le fueron asignados puntajes muy bajos que, según él, lo ubicaban en situación desventajosa respecto de un proponente de gran tamaño como el consorcio Distrimundo y, además, sostuvo que este último no acreditó suficiente experiencia, como tampoco la forma de operación del consorcio; también señaló que existía una prohibición de orden legal para que la representación del consorcio fuera ejercida por una Empresa Asociativa de Trabajo (folios 306 a 331 C1).

**3.4.3.** Copia auténtica del *“análisis a las objeciones presentadas ante la evaluación de la licitación No. 002 de 1997”*, elaborado por el Asesor Económico de la Alcaldía, por la Jefa de la División de Desarrollo Comunitario y por un Profesional Especializado de la Oficina Jurídica de la entidad, según el cual no consideraron procedentes las observaciones de orden técnico y recomendaron tener en cuenta el valor de la propuesta para efectos de la respectiva adjudicación (folios 334 a 339 C1); del documento se destaca lo siguiente:

**“INHABILIDADES:**

*“Para que una inhabilidad tenga efectos, ésta debe ser declarada, esto es mediar un procedimiento o trámite a través del cual se cumpla con el principio constitucional del debido proceso en el que tengan cabida tanto los cargos como los descargos, y como resultado se producirá entonces un acto o una sentencia según la instancia que la profiera en que contenga la aceptación de la inhabilidad, y su conservantes (sic) efecto de imposibilidad de concursar, licitar o contratar por el término que establezca el mismo acto, el que debe ser objeto de recursos por tener efectos netamente sancionatorios.*

*“En este orden de ideas la sola manifestación no es suficiente para que el comité deduzca que el proponente consorcio San Francisco se encuentra inhabilitado.”*

*“Máxime cuando a la propuesta se anexa registro único de proponentes vigente en el que no consta la imposibilidad de contratar o licitar.”*

**3.5. La adjudicación del contrato.**

El 25 de abril de 1997, el Alcalde Municipal de Armenia expidió la Resolución No. 635 *“por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. #02 de 1997”*; al Consorcio San Francisco; en la parte motiva la entidad dio respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes, de las cuales se destaca lo siguiente: i) desestimó la inhabilidad y el incumplimiento del Consorcio San Francisco, alegados por Distrimundo, con el argumento de que ambas situaciones requerían de una declaratoria expresa por parte de la Administración, la cual en esos casos no existía; ii) respecto de las observaciones formuladas a la evaluación de los aspectos técnicos, sostuvo que no encontraba circunstancias que pudieran producir variación en la calificación; iii) en cuanto al aspecto económico, afirmó que la propuesta presentada por el Consorcio San Francisco

ofrecía un menor precio, lo cual hacía que ésta resultara más conveniente para el Municipio.

### **3.6. La pretendida inhabilidad.**

**3.6.1.** Copia auténtica de la Resolución número 354 de 26 de diciembre de 1995, emanada del Contralor Municipal de Armenia, mediante la cual se resolvió (folio 250 C1):

*“ARTICULO PRIMERO: Nombrar como Coordinadora de Juicios Fiscales a la doctora MARIA EUGENIA BENJUMEA BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía No.32.343.473 de Itagüí Antioquia, a partir del 2 de enero de 1996, con una asignación mensual de \$600.090.00).*

*“(…).”*

**3.6.2.** Copia auténtica del acta de número 003 de la Contraloría Municipal de Armenia, mediante la cual la señora María Eugenia Benjumea Bonilla tomó posesión del cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales (folio 251 C1).

**3.6.3.** Copia auténtica de la Resolución número 1684 de agosto 21 de 1996, expedida por el Alcalde de Armenia, por medio de la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública número 04 de 1996 –el objeto no se determinó en el acto-, en cuyo artículo 2º se consagró que la apertura ocurriría el día 11 de septiembre a las 9:00 a.m. y el cierre se cumpliría el 20 de septiembre del mismo año (folios 3 y 4 del segundo cuaderno).

**3.6.4.** Copia auténtica de la Resolución número 2009 de 1996, emanada del Alcalde Municipal de Armenia, a través de la cual se adjudicó la Licitación Pública

número 04 “para el suministro de desayunos” al *Consortio Distribuciones Varesco Ltda.* y/o *Olga Lucía Vargas Sánchez*, entre cuyos considerandos se expuso lo siguiente (folios 5 y 6 del segundo cuaderno):

*“9. Que el Consortio Varesco en su escrito de objeciones denunció el parentesco del oferente Héctor Tangarife, con una funcionaria de la Contraloría quien desempeña el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales, presentándose a criterio de este despacho una incompatibilidad que consagra el Artículo 8 Numeral C de la Ley 80 de 1993”*

**3.6.5.** Oficio calendado el día 31 de marzo de 1997, mediante el cual la señora María Eugenia Benjumea Bonilla presentó renuncia al cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales, a partir del día 1º de abril de 1997 (folio 252 del C1).

**2.6.6.** Copia auténtica de la Resolución número 055 de marzo 31 de 1997, por medio de la cual el Contralor Municipal de Armenia le aceptó la renuncia a la señora María Eugenia Benjumea Bonilla (folio 253 C1).

### **3.7. Los perjuicios causados.**

Dentro del proceso fue rendido dictamen pericial por los contadores Luz Patricia Gómez Aristizábal y Miguel Segundo Pardo Mora, nombrados a solicitud de la parte actora, por el Tribunal Administrativo a quo, mediante autos del 4 y 24 de marzo de 1998, respectivamente (folios 409 y 413 del cuaderno 1); en el dictamen se expuso la siguiente conclusión (folios 8 a 11 del cuaderno 2):

*“En el cuadro resumen podemos ver que tenemos dos valores de la utilidad objeto de esta demanda una por un valor de ochenta y tres millones once mil seiscientos diez y seis pesos con 42/100 m/cte*

*(\$83'011.616,42) con la información suministrada por el Consorcio Distrimundo y la otra por un valor de treinta millones ochocientos veintiocho mil ochocientos tres pesos con 28/100 (\$30.828.803,28) con la información suministrada por el Municipio de Armenia.”*

La parte actora de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 238 del C. de P.C. solicitó aclaración del dictamen en los siguientes términos (folio 21 del cuaderno 2):

*“Como los peritos presentaron dos resultados, uno con la información suministrada por el consorcio Distrimundo, y otro con la información presentada por la Alcaldía de Armenia, se hace necesario que aclaren el por qué, con la debida sustentación legal, cuál de los dos dictámenes es la base del perjuicio sufrido por el Consorcio Distrimundo.”*

En atención a la solicitud, los peritos presentaron aclaración del dictamen pericial el 9 de julio de 1998, así (fols. 24 y 25 del cuaderno 2):

*“Lo correcto cuando se presenta una propuesta de licitación es discriminar los Costos Directos y los valores del AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades), por esta razón no tenemos bases sólidas para determinar con exactitud las utilidades que esperaba ganar el Consorcio Distrimundo en dicha licitación.”*

Dentro del término de traslado de la aclaración del dictamen pericial la parte actora objetó por error grave el dictamen pericial presentado, con los siguientes argumentos (fls. 30 y 31 del cuaderno 2):

*“1) El A.I.U. que abarcaron los peritos como obstáculo para poder adelantar su labor es aplicable a los contratos de obra y no de suministro, que es el caso que nos ocupa. Si vemos la información remitida por los funcionarios de la Alcaldía Municipal de Armenia allí claramente dicen que: “(...) Atendiendo su solicitud verbal a esta Secretaría sobre el valor fijado par (sic) el A.I.U. de los contratos de*

*obra, nos permitimos informarle que este es del 25% para obras de Arquitectura y del 30% para obras que contemplan la Construcción de Vías Públicas (...).*

*“2) El A.I.U., es ajeno a la naturaleza controversial planteada. No es aplicable a los contratos de suministro.*

*“3) Son incompletas las respuestas al cuestionario formulado por cuanto no se absolvieron preguntas del interrogatorio ofrecido.*

*“4) No fundamentaron el perjuicio puesto de presente en el peritazgo, sólo se limitaron a una cuantificación puesta en boca del accionante pero no como fruto del análisis por parte de los peritos.*

*“5) No se dijo qué perjuicios hubo.*

*“6) Las informaciones que les están pedidas no los excluye de la capacidad de sustentar y analizar.*

*“7) Además como lo dije en el punto uno (1) se basaron en información parcializada (Alcaldía Municipal).”*

La objeción por error grave prosperó parcialmente en lo que toca con el cálculo realizado con fundamento en la información suministrada por el Municipio demandado.

#### **4. El Caso concreto.**

Tal como se expuso a lo largo del proceso, los miembros del consorcio demandante solicitaron la nulidad de la Resolución número 635 de abril 25 de 1997, por medio de la cual el Alcalde Municipal de Armenia adjudicó la licitación pública número 002 de 1997, en tanto consideró, entre otras razones, que uno de

los miembros del consorcio San Francisco, el señor Héctor de Jesús Tangarife, se encontraba inhabilitado, toda vez que en un término inferior a cinco años había participado en la licitación pública número 004 de 1996, encontrándose inhabilitado, en tanto su esposa, la señora María Eugenia Benjumea Bonilla, realizaba labores de control fiscal, por cuanto ostentaba el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales en el mismo municipio de Armenia.

La demandada se opuso a las pretensiones con el argumento de que la alegada inhabilidad no tenía ocurrencia, dado que no había sido expresamente declarada con ocasión de la participación del señor Tangarife en la licitación pública número 004 de 1996, bien fuese mediante sentencia judicial o a través de acto administrativo, declaración que en su concepto resultaba de obligatorio cumplimiento, de conformidad con el precepto constitucional del debido proceso y del derecho de defensa.

También argumentó la demandada que la inhabilidad no tenía lugar dado que la adjudicación de la licitación número 002 de 1996 había recaído sobre un consorcio y no sobre una persona natural.

El Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad de la Resolución número 635 del 25 de abril de 1997, por encontrar probada la inhabilidad alegada por la parte actora, en razón de que el señor Tangarife participó en la licitación número 004 de 1996, encontrándose en situación de incompatibilidad, por su calidad de cónyuge de una persona que ejercía funciones de control fiscal –artículo 8, ordinal 2, literal c de la Ley 80, expedida en el año de 1993-, momento a partir del cual se encontraba en situación de inhabilidad durante un término de cinco años, de conformidad con el artículo 8 ordinal 1, literal b de la misma Ley 80.

La entidad pública demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el Tribunal Administrativo a quo, en el cual argumentó que la pretendida inhabilidad no tenía lugar, toda vez que el a quo había soportado su decisión en una norma que no consagraba un término de cinco años de vigencia de la inhabilidad para participar en licitaciones o celebrar contratos con el Estado; también afirmó que la inhabilidad requería de una declaratoria expresa, la cual no se había realizado y así mismo sostuvo que, en ese caso, no resultaba aplicable inhabilidad alguna por cuanto la adjudicación había recaído sobre un consorcio y no sobre una persona natural.

#### **4.1. La existencia de la inhabilidad.**

Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales a los sujetos mencionados en tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad.

Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones; en efecto, lo hizo en providencia expedida en el año 2001, en la cual precisó el alcance de las inhabilidades y las incompatibilidades, así:

*“En lo que respecta a los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, que son los que para este asunto interesan, puede decirse que se trata de preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma.*

*“Desde el punto de vista de su contenido hacen referencia a situaciones diferentes, aunque en muchos casos concurren de manera simultánea. Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Se parte, por ejemplo, de la investidura o cargo que hace que determinadas actividades, negocios, etc. no puedan ser realizados o efectuados por su titular, por considerar que riñen con las funciones inherentes a ese cargo o investidura.*

*“En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones.*

*“La jurisprudencia constitucional en relación con las inhabilidades e incompatibilidades afirma:*

*‘Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44)’.*

*‘El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado’<sup>12</sup>.*

*“También ha sostenido que ‘si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva,*

---

<sup>12</sup> Sentencia C-415 de 1994.

*en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.*<sup>13</sup>

*“Pese a que, ninguno de los estatutos que han reglado la contratación administrativa –decretos leyes 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1993 y ahora la ley 80 de 1993, definen los términos inhabilidad e incompatibilidad, todos coinciden, sin embargo, en que es un campo reservado al legislador.”<sup>14</sup>*

La jurisprudencia<sup>15</sup> ha sostenido que la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); así lo ha señalado la Corte Constitucional en sede de tutela al indicar que: *“el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas.”<sup>16</sup>*

Las inhabilidades y las incompatibilidades relativas a la contratación del sector público se consagran en diversas normas jurídicas, entre las cuales se encuentran las previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, contenido en Ley 80, expedida en el año de 1993, norma que resultaba aplicable al procedimiento administrativo de selección adelantado por la entidad pública demandada; se transcriben a continuación algunas de tales disposiciones:

---

<sup>13</sup> Sentencia C- 429 de 1997.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 20 de 2001, Expediente 10989, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>15</sup> Ver entre muchas otras providencias: CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C 147 de 1998, T-282 de 2006:

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 1039 de 2006, MP Sierra Porto.

**“Artículo 8o. De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar.**

“1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

**“b) Quienes participaron en las licitaciones [o concursos] o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados**

“(…).

“Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación [o concursos], o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

“2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

“(…)

**“c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.**

“(...)”

**“Artículo 9. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.** Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

*Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.*

*“Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.*

**“Artículo 10. De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.** No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.”  
(Negrillas por fuera del original).

La incompatibilidad que a su vez habría originado la inhabilidad a la cual se refirió el demandante y con base en la cual el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad del acto de adjudicación, se encuentra consagrada en el artículo 8, ordinal 2, literal c, antes citado y según la misma no puede celebrar contratos con el Estado “[e]l cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> La Corte Constitucional, en la Sentencia C-429 de septiembre 4 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, se pronunció respecto de esta incompatibilidad, en los siguientes términos:

*“10. La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Esto significa que para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe*

La Sala examinará a continuación los hechos que de conformidad con las pruebas aportadas se encuentran acreditados en el proceso, con el propósito de establecer si en efecto se presentó la incompatibilidad relacionada con la participación del señor Tangarife en la licitación 004 de 1996:

La Sala encontró probados los siguientes hechos:

- i) Que la señora María Eugenia Benjumea Bonilla ostentaba la calidad de Coordinadora de Juicios Fiscales de la Contraloría Municipal de Armenia, de conformidad con la Resolución número 354 de diciembre 26 de 1995, por medio de la cual fue nombrada para ejercer dicho cargo y del acta de posesión calendada el día 2 de enero de 1996.

---

*dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. Así, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, los empleos de la rama ejecutiva se clasifican en distintos grupos. (...).*

*"Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o representante legal de la entidad contratante. **Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión,** pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. (...).*

*"Por tales razones, frente a los familiares de los anteriores funcionarios, la Corte encuentra claramente justificada la inhabilidad impugnada.*

*"11- En principio podría considerarse que la prohibición referida a los familiares de los empleados del nivel ejecutivo y de quienes ejercen el control interno de la entidad no se ajusta al objetivo propuesto en la norma, toda vez que la enunciación de las funciones de estos servidores públicos muestra que ellos no tienen un vínculo directo con los procesos de contratación. (...). En efecto, si bien estos funcionarios no ejercen un poder directo en la adjudicación de los contratos, se trata de servidores públicos que en forma indirecta pueden condicionar los resultados de los procesos contractuales. Así, los funcionarios del nivel ejecutivo son en general los encargados de elaborar y evaluar en concreto los distintos pliegos. Por su parte, **los empleados que ejercen el control fiscal externo o interno de la entidad contratante, si bien no gozan de facultad decisoria directa, sí pueden ejercer, precisamente por sus funciones fiscalizadoras, influencias importantes en las decisiones de las entidades contratantes. Así pues, en este mismo sentido, desde el artículo 42 del Decreto 3130 de 1968 se establecen ciertas limitaciones para los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes no pueden ser nombrados ni prestar sus servicios en esa entidad hasta por un año después del retiro del funcionario.***

*"En este orden de ideas, la Corte considera que la norma acusada no restringe tampoco en estos dos casos el núcleo esencial del derecho de la personalidad jurídica y la limitación que establece encuentra fundamento en la Carta, pues busca salvaguardar otros bienes constitucionalmente protegidos, tales como el interés general, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad de la función administrativa.*

*"(...)." (negrillas por fuera del original)*

- ii) Que la señora María Eugenia Benjumea Bonilla, en calidad de Coordinadora de Juicios Fiscales de la Contraloría Municipal de Armenia, desempeñaba funciones de control fiscal, de conformidad con la Ley 42 de 1993, vigente para la época en la cual la mencionada señora ejerció el cargo respectivo.
- iii) Que, según se desprende de las afirmaciones hechas a lo largo del proceso, además de que el hecho no fue controvertido, la señora Benjumea Bonilla era considerada esposa del señor Héctor de Jesús Tangarife, entre las cuales se destaca un aparte del escrito de la contestación de la demanda -folio 393 del primer cuaderno-, según el cual “[E]l señor Tangarife no estaba inhabilitado pues antes de participar en la licitación, **su esposa María Eugenia Benjumea Bonilla renunció al cargo de coordinadora de juicios fiscales**”.

Ahora bien, dado que para acreditar la calidad de esposa se requiere la prueba solemne del matrimonio, la cual no fue aportada al proceso, para la Sala resulta claro que la señora Benjumea tenía, por lo menos, una relación de convivencia con el señor Tangarife para que fuese considerada como su esposa, así pues, a la Sala no le asiste duda acerca de que esta señora ostentaba la calidad de compañera permanente del señor Tangarife.

- iv) Que el señor Héctor Tangarife participó como proponente de la licitación número 004 de 1996, cuya apertura ocurrió el día 11 de septiembre de 1996, lo cual se desprende del considerando número 9 de la Resolución número 009 de 1996:

*“9. Que el Consorcio Varesco en su escrito de objeciones denunció el parentesco del oferente Héctor Tangarife, con una funcionaria de la Contraloría quien desempeña el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales, presentándose a criterio de este despacho una incompatibilidad que consagra el Artículo 8 Numeral C de la Ley 80 de 1993”*

- v) Que para el momento en el cual se abrió la licitación pública número 004 de 1996 –septiembre 11 de 1996- la señora María Eugenia Benjumea Bonilla se encontraba vinculada al cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales, dado que laboró hasta el día el día 1º de abril de 1997, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia.

Observa la Sala que en el presente caso ocurrieron los hechos que consagra la citada norma como condición para que se presente la incompatibilidad, toda vez que el señor Héctor Tangarife participó como proponente de la licitación pública número 004 de 1996, la cual fue adelantada por una entidad pública en la cual su compañera permanente ejercía funciones de control fiscal, luego, de conformidad con el artículo 8, ordinal 2, literal c, este señor se encontraba en una situación de incompatibilidad para participar en licitaciones o para celebrar contratos con el municipio de Armenia.

Alegó la entidad pública demandada que el señor Tangarife no se encontraba incurso en inhabilidad para participar en la licitación 002 de 1997, por cuanto ésta debía ser declarada por la entidad, lo cual no había ocurrido.

Respecto de la extensión y la circunstancia dispuestas por el legislador para que se configuren algunas de las inhabilidades contempladas en el ordinal 1 del artículo 8 de la Ley 80, en el inciso final del mismo artículo se estipuló lo siguiente:

*“Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años **contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación**, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.”*

Puede observarse que cuando la norma hace referencia al término durante el cual se extienden las inhabilidades consagradas en los literales c), d), e i), expresamente se refiere al acto que **declaró** la caducidad, **la sentencia** que

impuso la pena o **el acto** que dispuso la destitución, es decir, estos casos requieren bien de un acto o de una sentencia previa de declaratoria; también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan **a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma**, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden.

Así pues, de conformidad con lo expuesto anteriormente, respecto de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, puede concluirse que en el caso que ahora estudia la Sala no se requería de tal declaratoria, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, bastaba el hecho de la participación en la licitación, encontrándose incurso en una incompatibilidad, para que la inhabilidad se configurara.

Ahora bien, en la Resolución número 2009 de 1996, emanada del Alcalde Municipal de Armenia, a través de la cual se adjudicó la Licitación Pública número 04 *“para el suministro de desayunos”* al *“Consortio Distribuciones Varesco Ltda. y/o Olga Lucía Vargas Sánchez”*, se lee entre los considerandos *“Que el Consortio Varesco en su escrito de objeciones denunció el parentesco del oferente Héctor Tangarife, con una funcionaria de la Contraloría quien desempeña el cargo de Coordinadora de Juicios Fiscales, **presentándose a criterio de este despacho una incompatibilidad que consagra el Artículo 8 Numeral C de la Ley 80 de 1993**”*; se observa entonces que la entidad conocía de la existencia de la incompatibilidad y así lo dejó consignado en la aludida Resolución de adjudicación, así pues, no resulta claro a cual otra declaratoria hacía referencia la entidad.

Como se ha mencionado, el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad de la adjudicación de la licitación pública número 002 de 1997 con fundamento en el artículo 8, ordinal 1, literal b, según el cual son inhábiles para presentar licitaciones y celebrar contratos *“[q]uienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados”*.

La entidad pública recurrente en su escrito de apelación sostuvo que la inhabilidad a la cual hizo referencia el Tribunal Administrativo a quo, no tenía establecido término alguno, afirmación que soportó en el artículo 8, ordinal 2, literal c, de la Ley 80.

Observa la Sala que la demandada pasó por alto el hecho de que la inhabilidad por la cual el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad de la adjudicación corresponde a la consagrada en el artículo 8, ordinal 1, literal b, toda vez que la misma se originó en el hecho de haber participado en la licitación 004 de 1996 cuando se encontraba en una situación de incompatibilidad -artículo 8, ordinal 2, literal c- cuya vigencia se encuentra regulada en el citado inciso final del artículo 8:

*“Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; **las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.**”*

Así pues, no le asiste razón a la demandada cuando afirma, en el escrito contentivo del recurso de apelación, que la inhabilidad carecía de un término de vigencia, dado que la misma tiene estipulada una vigencia de cinco años, contados a partir del hecho de la participación en otra licitación, respecto de la cual se encontraba en situación de incompatibilidad.

En el presente caso, el señor Tangarife se encontraba inhabilitado para ser proponente en la licitación 002 de 1997, toda vez que su participación en la licitación 004 de 1996 ocurrió el día 11 de septiembre de 1996, luego, para el momento en el cual participó en la licitación 002 de 1997 -27 de marzo de 1997-, se encontraba vigente la mencionada inhabilidad.

De otro lado, afirmó el recurrente que no existía la incompatibilidad relacionada con el ejercicio de funciones de control fiscal de la esposa del señor Tangarife porque esta última había renunciado antes de que el señor Tangarife, como miembro del consorcio adjudicatario, hubiese presentado la propuesta, respecto de lo cual cabe afirmar que, como se ha sostenido en esta providencia, la incompatibilidad se originó en la participación del señor Tangarife en la licitación número 004 de 1996 y para el momento en el cual renunció ya se encontraba configurada la inhabilidad.

También sostuvo la demandada que la inhabilidad no tenía ocurrencia, en tanto la licitación número 002 se había adjudicado a un consorcio y no a una persona natural.

Se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 a los sujetos que gozan de capacidad legal para participar en licitaciones y para celebrar contratos con el Estado, uno de los cuales es el consorcio, al cual hace referencia el artículo 7, en los siguientes términos:

*“1º. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presentan en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*

*“(…)”*

Tal como ha sostenido la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no se constituye en una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados; en efecto, así se ha expresado la Corporación:

*“El consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)”<sup>18</sup>.*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C 414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no son personas jurídicas y que su representación conjunta es para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de enero de 1997, radicación número 942.

<sup>19</sup> Así se expresó la Corte Constitucional en la mencionada providencia:

*“En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.*

*El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.*

*El artículo 7o. de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; ...según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad*

Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor Héctor Tangarife no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades.

Cabe advertir que en tanto alguno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado, toda vez que como bien lo advierte el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, *“las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”*.

Es más, tal como dispone el artículo 9 de la Ley 80, *“cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos de la misma”*, respecto de lo cual puede inferirse que si en el evento de que se presente una inhabilidad o una incompatibilidad sobreviviente, el proponente –en este caso el consorcio- debe renunciar, no puede pensarse que en el evento de que la inhabilidad existiese desde antes de la apertura del procedimiento administrativo de selección sí pudiese participar.

Así pues, no le asiste razón a la demandada cuando afirma que la inhabilidad en la cual se encontraba incurso el señor Tangarife no afectaba al consorcio del cual formaba parte.

#### **4.2. La indemnización concedida.**

---

*jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.”*

El Tribunal Administrativo condenó a la entidad pública demandada a pagar la suma de *ochenta millones quinientos quince mil ochocientos veinte pesos (\$80'515.820,00) moneda corriente*, cantidad que correspondió al valor de la pretensión indemnizatoria del consorcio demandante, toda vez que el a quo consideró que en tanto su cuantía era muy similar al valor arrojado por el dictamen pericial, después de resolver de manera parcial la objeción por error grave presentada por el demandante, debía concederse el menor de estos valores, el cual correspondió a la pretensión indemnizatoria del actor.

El actor solicitó la nulidad de la Resolución número 635 de 1997 con el argumento de que la selección del consorcio proponente no fue objetiva y que, además, la adjudicación se realizó con desconocimiento no sólo del pliego de condiciones sino de preceptos legales tales como los contenidos en las normas referentes a las inhabilidades y las incompatibilidades, así como al registro único de proponentes.

La jurisprudencia de la Sala<sup>20</sup> ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir adelante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor.

A continuación se transcriben algunos apartes de las orientaciones dadas por la Sala en este sentido:

*“(...) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos*

---

<sup>20</sup> Ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sala: de enero 29 de 2009, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 4 de junio de 2008, Exp. 14169, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 4 de junio de 2008, Exp. 17783, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de mayo 3 de 1999, Exp 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández; de 13 de mayo de 1996, Exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; de septiembre 26 de 1996, Exp. 9963, C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros; de marzo 17 de 1995, Exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, y de enero 30 de 1995, Exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

*los requisitos de el pliego de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (...)*

*'(...) pese al evento de aplicar los criterios y adicionar los puntos en la calificación del proceso de selección con la perspectiva que define el demandante, ello no comporta que ascienda al primer lugar en el orden de elegibilidad y mérito y, por ende, que resulte ser la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia. En suma, el demandante no acreditó que su propuesta fuese la más favorable para la administración.'*<sup>21</sup>

A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino que, adicionalmente, se encontraba en el deber de demostrar que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que era la mejor en los aspectos técnicos y financieros, circunstancias que la harían acreedora al derecho de ser la adjudicataria de la Licitación Pública número 002 de 1997 y por tanto a la indemnización.

En el caso sub lite se acreditó la ilegalidad de la Resolución demandada, en razón de que la licitación 002 de 1997 le fue adjudicada a un consorcio que no contaba con capacidad legal para ser proponente, por cuanto uno de sus miembros se encontraba inhabilitado.

La Sala destaca que no cuenta con elementos suficientes que le permitan afirmar que la oferta del demandante hubiese sido la mejor y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación.

En efecto, el demandante no probó que su oferta hubiere sido la mejor, comoquiera que no aportó al expediente copia auténtica de todas las ofertas que fueron presentadas para la mencionada Licitación Pública, de forma tal que la Sala pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes, pues tan solo se allegaron al expediente las propuestas presentadas por el demandante y por el adjudicatario, lo cual impide establecer si el consorcio demandante acreditaba un mejor derecho frente a todos los que concurrieron, con sus diversas propuestas, a

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

participar en el llamado que realizó la entidad pública ahora demandada, a través de la decisión de apertura de la aludida licitación pública número 002 de 1997.

Por lo anterior se negará la solicitud de indemnización presentada por el Consorcio Distrimundo y, en consecuencia, revocará en este punto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el día 25 de noviembre de 1998.

Sin perjuicio de la decisión que habrá de adoptarse en el sentido de revocar parcialmente el fallo expedido por el Tribunal Administrativo del Quindío, la Sala considera que, en cuanto algunas de las conductas desplegadas por algunos de los funcionarios públicos que intervinieron en las actuaciones que aquí se han examinado podrían ser constitutivas de irregularidades de índole penal, disciplinario y/o fiscal, también ordenará compulsar copias de la presente sentencia con destino al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación y al Contralor General de la República, para lo que corresponda a la competencia de cada uno de tales Despachos.

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

#### **F A L L A**

**REVOCA PARCIALMENTE** la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío el 25 de noviembre de 1998, así:

**Primero:** Declárase la nulidad de la Resolución No. 635 del 25 de abril de 1997, expedida por el Alcalde de Armenia, mediante la cual se adjudicó al Consorcio

San Francisco, la licitación pública No. 02 de 1997, cuyo objeto constituyó el suministro y distribución de 4.900 desayunos escolares.

**Segundo:** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

**Tercero:** Compúlsense copias de la presente sentencia con destino al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación y al Contralor General de la República, para lo que corresponda a la competencia de cada uno de tales Despachos.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**