



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

**Radicación:** 05001-23-31-000-2005-04664-02 (47.156)  
**Actor:** Coninsa & Ramón H.S.A.  
**Demandado:** Centro Internacional de Convenciones Ltda.  
**Proceso:** Controversias contractuales  
**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES -En contra de actos precontractuales, según el artículo 87 del CCA, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de esos actos solamente podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA-Garantía de la escogencia de la mejor oferta. SUBSANACIÓN DE OFERTAS- Es un derecho de los oferentes y un deber de las entidades públicas. CERTIFICADO PAGO DE APORTES PARAFISCALES- No es un requisito necesario para la comparación de las propuestas.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones. La decisión fue la siguiente:

**PRIMERO: SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la entidad demandada y el tercero interesado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SE DENIEGAN** las súplicas de la demanda, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

**TERCERO: Conforme al artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no se condena en costas a la parte demandante.**

**CUARTO: Se reconoce personería** al abogado MAURICIO ORTEGA JARAMILLO con T.P. No. 61.650 del C.S. de la J. para que representen [Sic] los intereses de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido, obrante a folio 1664.

**QUINTO: Ejecutoriada esa decisión, archívese el expediente.** (f.1690 c. Principal)

## I. SÍNTESIS DEL CASO

El 5 de enero de 2004, la sociedad de economía mixta Centro Internacional de Convenciones LTDA. (hoy Plaza Mayor de Medellín Convenciones y Exposiciones S.A.) abrió la licitación pública 001-2003, que tenía por objeto «*la Construcción de los acabados, instalaciones técnicas y obras complementarias para el Centro Internacional de Convenciones de Medellín C.I.C.*». La entidad permitió a A.I.A S.A. aportar el certificado de pago de parafiscales y le adjudicó el contrato. La sociedad Coninsa Ramón H. S.A. considera que la resolución de adjudicación y el contrato LP 001/2004 son nulos porque se violaron la ley y el pliego de condiciones, al haberse permitido la subsanación del mencionado requisito.

## II. ANTECEDENTES

### Pretensiones

El 08 de abril de 2005<sup>1</sup>, Coninsa Ramón H.S.A., a través de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la sociedad de economía mixta Centro Internacional de Convenciones LTDA. (hoy Plaza Mayor de Medellín Convenciones y Exposiciones S.A.), con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

**PRIMERA.** - *Que se declare la nulidad del Acta de Adjudicación de la Licitación pública No. 001 de 2003 de fecha 17 de marzo de 2004 mediante la cual el Centro Internacional de Convenciones de Medellín -- Plaza Mayor adjudicó en forma ilegal el contrato objeto de la licitación pública en mención, por cuanto fue expedida con violación de los Pliegos de Condiciones, la Ley 80 de 1993 y la Ley 789 de 2002.*

**SEGUNDA.** - *Que, como consecuencia de la anterior pretensión, se declare la nulidad absoluta del Contrato celebrado entre el CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES DE MEDELLIN y la sociedad ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A. objeto de la licitación pública No. 001 de 2003, adjudicado por medio del acta de adjudicación de fecha 17 de marzo de 2004, con fundamento en las causales enunciadas en los numerales 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.*

**TERCERA.** - *Que se declare que la sociedad CONINSA & RAMON H. S. A. tenía derecho a la adjudicación del contrato objeto de la licitación pública No. 001 de 2003 adelantada por el CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES DE MEDELLIN y, en consecuencia, a celebrar y ejecutar el contrato respectivo, por haber presentado el ofrecimiento más favorable a los intereses de la administración conforme al Pliego de Condiciones y a la ley.*

---

<sup>1</sup> Según da cuenta el sello de radicación del Tribunal Administrativo de Antioquia, folio 1452 c. 4.

**CUARTA.** - Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES DE MEDELLIN a pagar, a modo de restablecimiento del derecho, a favor de la sociedad CONINSA & RAMON H. S. A., el monto de los perjuicios causados por no habersele adjudicado la licitación pública No. 001 de 2003, desconociéndosele el derecho a celebrar el respectivo contrato y ejecutar la totalidad del mismo. Los perjuicios están representados por el daño emergente representado en las sumas que hubiera recibido como beneficios económicos normales derivados de la ejecución del objeto contractual de la licitación referida, así como por el lucro cesante consistente en los rendimientos que dichos dineros recibidos oportunamente le hubieran podido producir.

**PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL.** - Que se condene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES a pagar a la sociedad CONINSA & RAMON H. S. A., a título de restablecimiento del derecho, el monto amparado por la garantía de seriedad de la propuesta por ella presentada dentro de la licitación pública No. 001 de 2003. (VALOR DE LA GARANTIA DE SERIEDAD)

**QUINTA.** - Que se actualice el valor del daño emergente determinado de acuerdo con la petición anterior, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE desde el periodo comprendido entre la época en que el consorcio demandante debió percibir los beneficios económicos derivados de la ejecución del contrato que se le debió adjudicar, hasta la fecha en que se produzca la sentencia.

**SEXTA.** - Que por concepto de indemnización del lucro cesante se condene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES DE MEDELLIN, al pago de intereses comerciales sobre el valor del daño emergente actualizado, de conformidad con los [Sic] dispuesto por el artículo 884 del Código de Comercio, para el periodo comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia.

**PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.** - Que para indemnizar el lucro cesante se condene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES a pagar intereses civiles sobre el valor del daño emergente actualizado, para el periodo comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia.

**SEPTIMA.** - Que se condene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho en la cantidad que determine el Honorable Tribunal.

**OCTAVA.** - Que se ordene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES a dar cumplimiento a la sentencia a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

**NOVENA.** - Que sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia se condene al CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES a pagar intereses de conformidad con el artículo 177 del código Contencioso Administrativo. (fls. 1423-1425 c. 4).

## Hechos

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que la sociedad de economía mixta Centro Internacional de Convenciones LTDA. (hoy Plaza Mayor de Medellín

Convenciones y Exposiciones S.A.) – en adelante CIC-, mediante acta de 5 de enero de 2004, declaró la apertura de la licitación pública 001 de 2003, cuyo objeto era la construcción de los acabados y obras complementarias del proyecto del Centro Internacional de Convenciones de Medellín – Plaza Mayor.

Explicó que recibieron cuatro propuestas, entre ellas las de A.I.A S.A. y la de la parte actora. La evaluación jurídica fue realizada por la firma de abogados ORTEGA, ARANGO, BARRIENTOS, WARREN & GIL ABOGADOS -en adelante los evaluadores jurídicos- quienes el 26 de febrero de 2004, emitieron un primer informe de evaluación, en el que se indicó que la propuesta de A.I.A. S.A. no aportó el certificado de pago de aportes parafiscales, por lo que debía ser rechazada.

Adujo que, los evaluadores jurídicos optaron por cambiar su criterio frente al carácter subsanable del certificado de pago de aportes parafiscales, ya que, mediante oficio de 5 de marzo de 2004, haciendo una «*interpretación acomodada de las normas y de los pliegos de condiciones*», recomendaron revocar los informes de evaluación iniciales, para luego proceder a elaborar un nuevo informe, teniendo en cuenta la propuesta presentada por A.I.A. S.A.

Manifestó que, resultado de lo anterior, se emitió un nuevo informe de evaluación, en el que Coninsa Ramón H. S.A. fue desplazado al segundo lugar, pues A.I.A S.A. obtuvo el máximo puntaje. Indicó que, ante el cambio en el orden de elegibilidad, remitió diversas observaciones, que fueron resueltas en la audiencia de adjudicación, ratificándose la decisión de evaluar la propuesta de A.I.A S.A., por lo que el CIC le adjudicó el proceso de selección a dicho proponente, y suscribió con este el contrato LP001/2004.

De conformidad con los hechos, el demandante expuso que la resolución de adjudicación era nula porque desconocieron las normas y principios que rigen los procesos licitatorios, especialmente, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, además el pliego de condiciones.

### **Contestación de la demanda**

El 15 de noviembre de 2007 (fls. 1516-1529 c.4) el CIC se opuso a las pretensiones. Precisó que la discusión de la parte actora no se centraba en establecer la mejor

propuesta, sino que buscaba descalificar a un proponente por no haber aportado un certificado que no afectaba la comparación de las propuestas. Finalmente, propuso las excepciones que denominó: a) caducidad de la acción; b) ausencia de la responsabilidad del CIC; c) ausencia de fundamentos para solicitar la nulidad; y d) la genérica (fls. 1527-1528 c.4)

La sociedad A.I.A. S.A., en calidad de tercero interesado, contestó la demanda (fls.1530-1539 c.4). Esgrimió que el certificado de pago de aportes parafiscales no era un requisito indispensable para la comparación de las propuestas, por lo que su subsanación no vulneró el principio de igualdad (f.1534 c.4). Por último, propuso las excepciones de: i) indebida acción, ii) inepta demanda y ii) legalidad de la actuación administrativa (fls. 1534-157 c.4).

### **Fundamentos de la providencia recurrida**

El 23 de octubre de 2012 (fls. 1667-1690 c. Principal), el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia negó las pretensiones incoadas. Resolvió las excepciones de caducidad e indebida escogencia de la acción, argumentando que ello había sido objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado (fls. 1477-1485 c.4), al resolver el recurso de apelación contra el auto que rechazó la demanda (f.1461 c.4), -en el que se determinó que la acción contractual era la procedente, sin que hubiese operado la caducidad-. (f. 1676 c. Principal).

Señaló que no existió una indebida acumulación de pretensiones, dado que, para poder impetrar la acción de controversias contractuales, se hacía necesario pretender la nulidad absoluta del contrato y la nulidad del acto de adjudicación de la licitación, como en efecto se hizo (fls. 1677- 1678 c. Principal).

Indicó que como parte del expediente no se había aportado el pliego de condiciones definitivo, por lo que no se pudieron conocer los parámetros que finalmente rigieron el proceso de selección (f. 1683 c. Principal). Pese a ello, concluyó que el certificado de pago de aportes parafiscales no impedía la comparación de las propuestas y que su omisión era subsanable (fls. 1686- 1687 c. Principal).

Determinó que el actor tenía la carga de demostrar el vicio de ilegalidad de la resolución de adjudicación y que su propuesta era la mejor, y no aportó la totalidad de las ofertas ni el pliego de condiciones definitivo. (fls. 1687-1689 c. Principal)

## **Recurso de apelación**

La demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 30 de mayo de 2013 (f. 1702 c. Principal). En su recurso, el demandante pidió que se revocara la sentencia y se despacharan favorablemente las pretensiones.

Expuso que el certificado de pago de aportes parafiscales era un requisito contemplado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, y al ser una exigencia impuesta por una ley especial, no podía ser subsanado (fls.1692-1693 c. Principal). Afirmó que sí se había aportado el pliego de condiciones con sus anexos, por lo que desconocía la decisión del Tribunal al considerar que la parte actora no había cumplido con la carga probatoria que le asistía. Adicionalmente, con la demanda se solicitó oficiar a la entidad demandada para que remitieran el expediente del proceso de selección, prueba que fue decretada y allegada al proceso (fls. 1694-1695 c. Principal).

Argumentó que, contrario a lo indicado por el Tribunal, sí había demostrado que su oferta era la mejor, pues aportó los informes de evaluación en los que, inicialmente, había obtenido el máximo puntaje y que de no haberse permitido la subsanación del proponente A.I.A. S.A., hubiera terminado como adjudicatario y contratista (f.1696 principal).

## **Trámite de segunda instancia**

El 30 de mayo de 2013, el Despacho admitió el recurso de apelación (f. 1702 c. Principal). El 18 de junio siguiente, el apoderado de la parte demandante solicitó que se oficiara a la demandada para que aportara copias auténticas del expediente de la licitación pública 001 de 2003 (fls.1703-1704 c. Principal). El 4 de julio de 2013, el Despacho requirió a la demandada para que allegara copia auténtica de lo solicitado por el demandante (f.1706 c. Principal), pruebas que fueron aportadas el 6 de agosto de 2013 (f.1708 c. Principal).

El 13 de agosto de 2013, la parte actora solicitó que se volviera a requerir a la demandada, dado que había allegado el expediente en copia simple y no en copia auténtica (f.1709 c. Principal); petición que terminó siendo rechazada por el Despacho, determinándose que las copias habían sido aportadas por la entidad estatal, por lo que eran auténticos y válidos (f. 1713 c. Principal). El 21 de octubre de

2013, el demandante elevó una nueva petición al considerar que el demandado no había aportado la totalidad de los documentos que se le habían solicitado, reiterando la solicitud de que fueran aportados de manera completa (f.1714 -1716 c. Principal). El 5 de diciembre de 2013, el Despacho consideró que el expediente aportado por la demandante estaba casi completo y que solo había hecho falta la oferta de Conconcreto S.A. (f.1718 c. Principal).

Conforme a lo anterior, el 5 de febrero de 2014, el demandado aportó la oferta de Conconcreto S.A. (f. 1721 c. Principal) y el 20 de febrero de 2014, se corrió traslado de los anexos allegados por el demandado para que se ejerciera el derecho de contradicción. El 28 de abril de 2014, se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia (fls. 1960-2000 c. Principal). El demandante reiteró sus argumentos (fls. 1960- c. Principal), y el demandado los suyos (fls. 2001-2007 c. Principal). El Ministerio Público guardó silencio (f. 2008 c. Principal)

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **I. Presupuestos procesales**

1. Como la demanda se presentó el 18 de abril de 2005 (f. 1452 c. 4) el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012–, prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código, seguirían rigiéndose y culminarían conforme al régimen jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguiría el Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

#### **Jurisdicción y competencia**

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998. El Consejo de Estado es

competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual, resuelve los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía pues, de conformidad con el artículo 20.2 del CPC, el valor de la pretensión mayor –\$462.072.389.00 (f. 1450 c. 4)– supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.5 del CCA, esto es, \$190.750.000<sup>2</sup>.

### **Acción procedente**

3. Conforme al párrafo primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación no tiene recursos en la vía gubernativa y puede impugnarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del CCA. Las reglas aplicables para cuestionar la legalidad del acto de adjudicación, conforme a la regulación del procedimiento aplicable a los procesos que se tramitan en esta jurisdicción, y el término para formular la demanda, han sido objeto de varias reformas legales.

Antes de las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 al CCA, el acto de adjudicación podía ser controvertido por los proponentes vencidos mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación o ejecución del acto (arts. 85 y 136 del CCA, subrogados por los artículos 15 y 23 del Decreto 2304 de 1989, respectivamente)<sup>3</sup>.

El artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del CCA –acción de controversias contractuales–, introdujo un cambio sustancial a la forma de demandar los actos previos al contrato y a los plazos de caducidad. Según esta norma, los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato podían ser demandados mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Sin embargo, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de esos actos solamente podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

4. La Corte Constitucional, al declarar exequible ese artículo (art. 87 del CCA),

---

<sup>2</sup> Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2005, \$381.500, por 500.

<sup>3</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, Rad. 16041 [fundamento jurídico 1].

resaltó que, una vez vencido el término de treinta días o suscrito el contrato, desaparecía la posibilidad de formular la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos previos al contrato. A partir de ese momento esos actos sólo podían ser impugnados pidiendo la nulidad absoluta del contrato, pues era «*clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato*»<sup>4</sup>.

Para corroborar este aserto, la Corte Constitucional, en el año 2005<sup>5</sup>, retomó el análisis de la decisión que declaró exequible el artículo 87 del CCA –modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998–, de la siguiente manera:

*“(...) la Corte dejó en claro que la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones”* (Negrilla fuera de texto).

La Sección Tercera de esta Corporación<sup>6</sup> también ha reiterado que, conforme al artículo 87 del CCA, los actos proferidos antes de la celebración del contrato deben ser demandados dentro de los treinta días siguientes a su notificación mediante la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos, como el de adjudicación, solo puede invocarse como fundamento de la nulidad absoluta mediante la acción contractual.

5. De conformidad con el artículo 87 del CCA –modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998–, el legislador definió una regla de procedimiento, con fundamento en la cual, ante la celebración del contrato estatal, los actos administrativos que lo precedían se tornaban inseparables del negocio jurídico. Ello traía como consecuencia que su control solamente procedía mediante la acción contractual, a través de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, fundamentada en la nulidad de los actos previos.

El artículo 141 del CPACA no retomó la modificación de la Ley 446 de 1998. Ese

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001 [fundamento jurídico 10].

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-712 de 2005 [fundamento jurídico 4].

<sup>6</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de abril de 2009, rad. n°. 36124 [fundamento jurídico 2.1].

mandato legal prevé que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, pueden demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 –medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho–. Según el artículo 164.2 (c), cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, la demanda deberá ser presentada dentro de los cuatro meses, contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación. Las pretensiones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos previos al contrato pueden acumularse con pretensiones de nulidad del contrato, si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 165 del CPACA.

6. El marco legal descrito impone al juez determinar, en cada caso, la norma procesal aplicable. La Sala reitera que, por regla general, las normas de derecho procesal son de aplicación inmediata, pero solo rigen hacia el futuro. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios no tienen carácter retroactivo, porque prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, salvo los eventos excepcionales y taxativos que señaló la ley (art. 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 626 del CGP).

7. En el caso bajo consideración, debe aplicarse el artículo 87 del CCA, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente al momento de presentar la demanda, por lo que, aunque se demandaron los actos previos, lo procedente era la acción de controversias contractuales dado que se celebró el contrato No. LP 001/2004. En tal sentido como el demandante invocó la nulidad absoluta del contrato en virtud de la nulidad de esos actos, procedía la acción contractual.

8. Frente al termino para demandar, tal situación fue resuelta, en este caso, por el Consejo de Estado en el auto del 26 de marzo de 2007, al decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante, ante el rechazo de la demanda por el Tribunal Administrativo de Antioquia (fls. 1477-1485 c.4), por lo que la Sala se atenderá a lo allí resuelto, en el sentido de que no operó la caducidad.

### **Legitimación en la causa**

9. Coninsa & Ramón H S.A. está legitimado en la causa por activa, dado que participó y presentó oferta en la licitación pública 001 de 2003. El Centro

Internacional de Convenciones LTDA. (hoy Plaza Mayor de Medellín Convenciones y Exposiciones S.A.) está legitimado en la causa por pasiva, debido a que fue la entidad que abrió el proceso de selección mediante la Resolución de 5 de enero de 2004 (f.17 c.4), emitiendo a su vez, la Resolución de adjudicación de 17 de marzo de 2004 (fls.1390-1395 c.4).

## **II. Problema jurídico**

**10.** Corresponde a la Sala determinar si el acto de adjudicación de la licitación pública 001 de 2003 se encuentra viciado de nulidad al haber sido expedido con violación de los pliegos de condiciones, la Ley 80 de 1993 y la Ley 789 de 2002, y, por ende, si el contrato No. LP 001/2004 es nulo ante la declaratoria de los actos administrativos en que se fundamenta.

### **Análisis de la Sala**

**11.** Como la sentencia fue recurrida por la parte demandante, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 357 del CPC.

**12.** Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio<sup>7</sup>.

**13.** Según el artículo 251 del CPC (retomado por el art. 243 del CGP), los documentos son públicos o privados. El documento es público si es otorgado por funcionario en ejercicio de su cargo o con su intervención y, es privado, si no reúne los requisitos para ser público. El documento público se presume auténtico y el documento privado es auténtico en los casos previstos en el artículo 252 del CPC. El mérito probatorio de los documentos lo asigna el juez (arts. 264, 277 y 279 del CPC), luego de la apreciación de las pruebas en su conjunto, según las reglas de la sana crítica (art 187 del CPC).

**14.** Encuentra la Sala necesario analizar si como parte del material probatorio obrante en el expediente, se aportó el pliego de condiciones definitivo que reguló el proceso de selección 001 de 2003, y que, para todos los efectos, fungía como la hoja

---

<sup>7</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, rad. 25.022 [fundamento jurídico 1].

de ruta a la que se sometían los oferentes para presentar sus ofertas, ya que en este se debían estipular las reglas que garantizaban la escogencia objetiva de los participantes.

Como pruebas aportadas con la demanda, el demandante allegó un documento que se titula "Proyecto de Pliego de Condiciones" (fls. 20-55 c.1). Al dar lectura al documento, se encontró que se trataba del proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública 001-2003, cuyo objeto es la «*construcción de los acabados, las instalaciones técnicas y obras complementarias del Centro Internacional de Convenciones de Medellín- Plaza Mayor*» (f. 23 c.1).

**15.** Por medio de auto con fecha de 3 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó las pruebas que solicitó el demandante (f.1548 c.4). Mediante el auto del 7 de julio de 2011, se exhortó al CIC para que remitiera copia auténtica y completa del expediente administrativo de la licitación pública 001 de 2003. El CIC (hoy Plaza Mayor Medellín S.A.) allegó, en principio, según el numeral 2° de la carta remisoría, el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2003 (fls.1620-1621 c.4).

El pliego que fue remitido por la demandada lleva el título de «*CONVOCATORIA CIC-001-2003*», y consistió en una «*CONVOCATORIA PRIVADA PARA EL MOVIMIENTO DE TIERRA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE CONCRETO PARA EL CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES DE MEDELLÍN*» (f. 2 c.6).

**16.** El Tribunal Administrativo de Antioquia, en la sentencia de primera instancia, resolvió que el demandante había incumplido con su carga probatoria, dado que con la demanda se adjuntó el proyecto de pliego de condiciones y no el pliego definitivo, por lo que no fue posible conocer los parámetros que rigieron el proceso de selección (f. 1683 c. Principal).

**17.** En el recurso de apelación el demandante afirmó que sí había aportado el pliego de condiciones con sus anexos (f.1695 c. Principal). Adicionalmente, indicó que había solicitado el decreto y la práctica de la mencionada prueba, ya que había requerido que se oficiara a la entidad demandada, para efectos de que remitiera copia íntegra y completa del expediente administrativo (f. 1448 c.4).

En el trámite de segunda instancia, el apoderado del demandante solicitó requerir al CIC para que allegara copia auténtica e íntegra del expediente administrativo correspondiente al trámite de la licitación pública 001 de 2003, ya que las que habían sido aportadas eran copias simples (fls.1703-1704 c. Principal). Conforme a lo anterior, el Despacho, mediante el auto de 4 de julio de 2013, requirió al CIC para que remitiera las copias auténticas de lo solicitado (f. 1706 c. Principal). En respuesta, la sociedad demandada, mediante oficio fechado el 6 de agosto de 2013 (f.1708 c. Principal), remitió nuevamente el expediente de la convocatoria privada CIC-001-2003 (fls.1-5 c.13).

**18.** La licitación pública 001-2003, no es la misma convocatoria privada 001-2003, porque sus objetos, aunque se ejecutaron en un mismo lugar, no son los mismos. En efecto, la licitación pública 001-2003 tenía por objeto «*la construcción de los acabados, las instalaciones técnicas y obras complementarias del Centro Internacional de Convenciones de Medellín*» (f. 2 c.6), mientras que la convocatoria privada 001-2003, tuvo por objeto «*el movimiento de tierra y la estructura de concreto del Centro Internacional de Convenciones de Medellín -CIC-*» (f. 23 c.1).

En cuanto a tiempos, la Sala aprecia que la licitación pública 001-2003, se llevó a cabo entre diciembre de 2003 y marzo de 2004, mientras que la convocatoria privada 001-2003, inició en el mes de mayo de 2004. Por otro lado, se aprecia que el valor de los pliegos de la licitación pública fue de cuatro millones quinientos mil pesos, mientras que el de la convocatoria fue de dos millones de pesos. Así entonces, se colige que la licitación pública 001-2003, no es igual a la convocatoria privada 001-2003.

En línea con lo expresado, la Sala valora que, en la documentación que le fue solicitada y que aportó el CIC, existió una imprecisión, dado que en el documento remisario se referenció que se había aportado el «*[p]liego de Condiciones de la Licitación Pública No.001 de 2003, junto con sus adendas correspondientes*» (fls.1620-1621 c.4); cuando lo cierto fue que se aportó el pliego de condiciones de la convocatoria privada 001-2003 que, como se explicó, correspondió a un proceso distinto.

**19.** De esta manera, la Sala encuentra que en el expediente no obra el pliego de condiciones definitivo de la licitación pública 001-2003, ya que el demandante solo aportó el proyecto de pliegos de condiciones, mientras que la demandada remitió el pliego de condiciones de otro proceso de selección. Conforme a lo expresado, le asiste razón al Tribunal Administrativo de Antioquia al considerar que el demandante incumplió su carga probatoria, pues no es posible conocer las reglas definitivas que fueron aplicables a la licitación pública 001-2003.

En este orden, la Sala considera que el demandante incumplió el deber establecido en el artículo 177 del CPC, por medio del cual, les corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen.

**20.** Pese a lo advertido, la ausencia del pliego de condiciones no impide a la Sala revisar si se presentó alguna violación que torne nulo el acto administrativo de adjudicación de la licitación pública 001-2003 y el contrato LP001/2004.

En efecto, la sentencia de primera instancia concluyó que la certificación de pago de aportes parafiscales era subsanable y que *«a lo sumo constituía causal de mala conducta para el funcionario que no dejara constancia de la verificación de su cumplimiento, mas no, causal de rechazo, verbi gracia, porque no impedía la confrontación de la propuesta de la sociedad A.I.A. S.A., con la de las demás, por lo tanto estaba llamada a ser admitida y comparada, como efectivamente se hizo, y más cuando el requisito en comento fue satisfecho antes de la adjudicación de la licitación»* (f. 1687 reverso c. Principal).

En el recurso de apelación el actor apuntó que la exigencia impuesta por el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 – certificado de pago de aportes parafiscales-, no era un requisito subsanable por cuanto era exigido por una ley especial (f. 1692 c. Principal). En adición, señaló que el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 proscribía la posibilidad de rechazar las ofertas por incumplimiento de requisitos no necesarios para su comparación, pero que ello no operaba, cuando de forma perentoria y preclusiva lo exigieran las normas especiales, como el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 (f. 1693 c. Principal).

Conforme a lo decido en primera instancia y lo motivos de la apelación, la discusión

se centró en los efectos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, particularmente, en cuanto a que se debate si esa norma exigió un requisito que no podía subsanarse y, por ende, el no aportar el certificado de pagos de parafiscales generaba el rechazo de la oferta. En tal sentido, más allá de la regulación contenida en el pliego, que no obra en el proceso, de lo que se trata es de precisar los efectos de esa norma sobre el procedimiento de selección.

### **El régimen aplicable al proceso de selección y el deber de selección objetiva**

21. En el proceso se acreditó que el CIC fue la entidad que declaró la apertura de la licitación pública 001-2003, que tuvo por objeto la «*Construcción de los acabados y obras complementarias del proyecto CENTRO INTERNACIONAL DE CONVENCIONES DE MEDELLÍN – PLAZA MAYOR-*» (f.17 c.1). En el certificado de existencia y representación del CIC, se indica que su naturaleza jurídica es la de una sociedad de economía mixta, cuyo capital se encuentra compuesto en su mayoría por recursos públicos, ya que el 71.81% de la sociedad pertenecía al municipio de Medellín (f. 8 c.1).

Por medio de la Ley 80 de 1993 se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. En su artículo 1° se estableció que dicha normativa era aplicable a las entidades estatales. En su artículo 2°, enlistó las entidades públicas a las que era aplicable, entre las que se encuentran las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%).

Esta norma fue objeto de revisión de constitucionalidad. En efecto, mediante la sentencia C-629 de 2003, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 80 de 1993 frente al régimen de contratación de las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado. En la providencia se concluyó lo siguiente:

*Como ya se ha indicado, la disposición acusada en el presente proceso, contenida en el “estatuto general de contratación de las entidades estatales” (Ley 80 de 1993) determina un tratamiento especial, circunscrito al ámbito de la contratación, para señalar que, entre otras entidades, las sociedades de economía mixta con aporte estatal superior al 50%, tienen el carácter de entidades estatales y por ende a los contratos que celebre le son aplicables las disposiciones que en dicho estatuto se contienen, para precisamente, las entidades estatales.*

*Es decir que el régimen contractual de las sociedades de economía mixta, que por principio se encuentra sometido al derecho privado según la definición legal transcrita, conoce una excepción derivada del porcentaje del aporte estatal consistente en que cuando éste es superior al 50% del capital de la respectiva sociedad no se aplican “las reglas de derecho privado”, sino las normas especiales previstas para la contratación de las entidades estatales.*

(...)

*Así, se ha previsto que cuando la participación de la Nación, de entidades territoriales o de entidades descentralizadas en el capital social sea igual o superior al 90% el régimen de las actividades y de los servidores sea el aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado en los mismos ámbitos (artículo 97 de la Ley 489 de 1998, inciso segundo).*

*Igualmente, la norma acusada en este proceso, señala que por excepción, para efectos de la contratación, cuando la participación estatal sea superior al 50% del capital social, la sociedad de economía mixta no se rija por su régimen “general y propio” de derecho privado, sino por los principios y reglas aplicables a las entidades estatales conforme al Estatuto de Contratación de la de la [Sic] Administración Pública y para ello la ley acude a considerar a las sociedades de economía mixta, para esos solos efectos como entidades estatales.<sup>8</sup>*

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional consideró que el legislador no vulneró ninguna norma al establecer el régimen de contratación de las sociedades de economía mixta conforme al artículo 2° de la Ley 80 de 1993. En línea con lo expresado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en relación con los efectos de ese artículo conceptuó que, antes de la vigencia de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, por regla general y salvo las excepciones prescritas en la misma Ley 80 de 1993<sup>9</sup> o en otras leyes, el régimen de las sociedades de economía mixta era la el Estatuto General de Contratación Pública:

*d. Régimen legal. En relación con el régimen legal aplicable a la organización y funcionamiento de estas sociedades, el artículo 97 de la Ley 489 las somete al derecho privado, como regla general, y el inciso final del artículo 85 preceptúa que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta les serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12°, 13° y 17°; 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994..*

*Por su parte el parágrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 estatuye que las*

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-629 de 2003. rad. expediente D-44485 fundamento jurídico 4 y 6]

<sup>9</sup> El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esa Ley. A su vez, el artículo 76 de esa norma prescribe que Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable.

*sociedades de economía mixta en las que el Estado posea una participación igual o superior al 90% del capital se sujetarán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. En similar sentido el parágrafo del artículo 97 se refiere al régimen “de las actividades y de los servidores” de estas entidades.*

*e. Régimen contractual. En lo que concierne a la contratación es necesario recordar que el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 incluyó en la definición de “entidades estatales”, que están sometidas a las normas de dicho estatuto, a las sociedades de economía mixta “en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)”, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-629 de 2003.*

*Sin embargo el artículo 14 de la Ley 1150 de 200713, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011, dispuso que “...las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley”. El citado artículo 13 preceptúa que las entidades del Estado que cuenten con un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán aplicar, en todo caso, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución, según el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.<sup>10</sup>*

**21.** Según lo mencionado el certificado de existencia y representación que consta en el expediente (f.8 c.1), indica que CIC era una sociedad de economía mixta con capital estatal superior al 50%. El CIC ordenó la apertura de la licitación pública 001-2003, el 5 de enero de 2004 (f. 17 c.1) y adjudicó el proceso de selección el 17 de marzo de 2004. En virtud del principio general de irretroactividad de las normas, debe concluirse que la ley aplicable a este proceso de selección era la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios n.º 679 de 1994, n.º 855 de 1994 —sobre contratación directa— y n.º 287 de 1996 —sobre licitación y concurso—. Es de resaltar que, aunque para la época de la apertura de la licitación pública estaba vigente el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, este fue suspendido, por lo que en lo que toca con esa norma, no era aplicable al proceso.

**22.** En vigencia de la Ley 80 de 1993, existían únicamente tres procesos de selección: la licitación pública, el concurso público y la contratación directa. En virtud

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 2 de septiembre de 2014. Rad n.º 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206).

del artículo 24.1 del Estatuto, el Estado debía escoger a sus contratistas mediante licitación o concurso público, salvo que el contrato a celebrar se enmarcara en alguna de las causales de la norma (ejemplo, menor cuantía, contratos de empréstito, urgencia manifiesta o declaratoria de desierta de licitación o concurso), en cuyo caso podía contratarse directamente.

Por su parte, el artículo 30 reguló el procedimiento que debía surtir en la licitación o concurso y, en su párrafo, dispuso que el concurso correspondía a los procesos de selección en los que se pretendiera la contratación de estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados.

De acuerdo con los artículos 24.5 y 30.2<sup>11</sup> de la Ley 80 de 1993, la entidad debía — y debe, aun actualmente— elaborar los documentos precontractuales que, según el vocablo del momento, se denominaban pliegos de condiciones o términos de referencia<sup>12</sup>, en los que se definen las reglas objetivas, justas, claras y completas, a fin de garantizar la escogencia de la mejor oferta (literal b) art. 24.5).

Así, el deber de selección objetiva, consagrado en el artículo 29, definía que el contrato debía adjudicarse al “*ofrecimiento más favorable*”, sin que fuera posible considerar factores de afecto, interés o cualquier motivación subjetiva. Conforme a la jurisprudencia<sup>13</sup> que analizó la norma antes de su derogatoria:

a) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

b) En el marco de las licitaciones o concursos, el ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia (tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y su ponderación precisa, detallada y concreta) contenidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia,

---

<sup>11</sup> Artículo 30.2 de la Ley 80 de 1993: “La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.”

<sup>12</sup> Expresión derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>13</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, rad. 24715 [fundamento jurídico ii.d de las consideraciones de esta providencia].

resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos o sólo alguno de ellos.

c) La Entidad Estatal debe efectuar las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado, y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

Asimismo, en la exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992, que dio lugar a la expedición de la Ley 80 de 1993, se justificó la necesidad de la selección objetiva de la siguiente manera:

*“A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente, la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.*

*En orden, pues, a garantizar que la decisión de la administración sobre esta importante materia, se produzca en forma tal que apunte exclusivamente al cabal cumplimiento de tales propósitos, el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual recoge la esencia del artículo 33 del actual estatuto, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo a título meramente enunciativo, los factores determinantes de la escogencia.*

***Adicionalmente el aludido artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste en forma clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones, cuadernos de requisitos o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección. Con este mismo propósito la prenombrada disposición establece que la favorabilidad de la propuesta no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los referidos documentos contentivos de requisitos y condiciones o fundamentada exclusivamente en alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos.”***<sup>14</sup>. (Negrillas fuera del texto original).

Ahora, en línea con esta regulación, —y como lo ha comentado esta Corporación— el texto de los artículos 25.15 y 30.7 de la Ley 80 de 1993 original, en concordancia

---

<sup>14</sup> Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 149 Senado de 1992, en Gaceta del Congreso, año I, n.º75, 23 de septiembre de 1992, disponible en <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/>

con el artículo 84 de la Constitución Política<sup>15</sup>, prohibía a la Entidad Estatal rechazar ofertas por motivos insignificantes, al paso que le imponía el deber de solicitar a los proponentes la corrección de aspectos que no afectaran sus ofertas<sup>16</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, bajo la égida de la Ley 80 de 1993, la selección objetiva se ceñía a lo que se hubiera consignado en los pliegos de condiciones o términos de referencia que, a su vez, y de conformidad con el artículo 29, debía obedecer de manera estricta a factores objetivos. Asimismo, el error de los proponentes en asuntos que, según los mismos documentos precontractuales, fueran insustanciales, no ameritaba el rechazo de la oferta y, por el contrario, procedía la solicitud de la corrección.

En estos términos, eran los mismos documentos precontractuales los que definían las reglas en virtud de las cuales se escogería al contratista y, en esa medida, cuáles requisitos eran de tal naturaleza que su omisión aparejaba el rechazo y cuáles, *contrario sensu*, podían ser objeto de corrección, sin que la ley precisara lo atinente a los factores de habilitación o ponderación.

**23.** Más allá del tránsito legislativo referido, se ha entendido que la selección objetiva es un principio y deber fundamental en la actividad contractual de la Entidad Estatal, que orienta todos los procesos de selección.

Es un principio de la contratación estatal que permite la elección de la mejor oferta para los fines estatales previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que se opone a la discrecionalidad y, de contera, aplica a todas las modalidades de selección. Adicionalmente, es una regla de conducta en la actividad contractual que apunta a la escogencia de la oferta más favorable para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

La selección objetiva, en esencia, trae como consecuencia que, en la contratación, la Entidad Estatal esté obligada a respetar los principios que la rigen —transparencia,

---

<sup>15</sup> Artículo 84 CP: “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.”

<sup>16</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, rad. 16041 [fundamento jurídico 4.2.3 de las consideraciones de esta providencia], referente a una licitación que se abrió el 13 de septiembre de 1996, esto es, en vigencia de la Ley 80 de 1993] y sentencia del 8 de febrero de 2012, rad. 20811 [fundamento jurídico 4-6 de las consideraciones de esta providencia], referente a un proceso de contratación directa de 1996, es decir, en vigencia de la Ley 80 de 1993].

economía y responsabilidad— y los criterios de escogencia definidos en los documentos precontractuales. Para ello, las entidades públicas deben garantizar la aplicación de los criterios establecidos en las bases del proceso para la escogencia del proponente al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta. Estos criterios, además, deberían ser analizados de manera previa por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resultaba ser, en realidad, la más favorable.

De suerte que el concepto de *“ofrecimiento más favorable”* no es una actividad discrecional ni arbitraria, sino reglada, en tanto pone a la Entidad Estatal en frente del inequívoco camino de elegir aquella oferta que se ajusta a dichas condiciones y adjudicar al proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad, al punto que este ejercicio es susceptible de concreción en sede de revisión de la legalidad y razonabilidad de la comparación de los ofrecimientos.

**La subsanación del certificado de aportes parafiscales establecido en la Ley 789 de 2002 y el trámite de la licitación pública 001-2003.**

**24.** Aunque no obra en el proceso el pliego definitivo, por los motivos ya explicados en los numerales 18 y 19 de esta providencia, tal circunstancia no impide a la Sala resolver la controversia, fundamentalmente porque: (i) la discusión durante el procedimiento de selección, como en este proceso, se centró en determinar el efecto que tuvo el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, al exigir el aporte del paz y salvo de parafiscales y (ii) porque no se demostró que la ausencia de ese certificado fuera una causal expresa de rechazo de la oferta en los pliegos de condiciones. En efecto, se acreditó lo siguiente:

**25.** El 17 de febrero de 2004 se hizo el cierre de la licitación pública 001-2003, en la cual se presentaron cuatro ofertas, entre ellas, las de la sociedad A.I.A. S.A. y la de Coninsa Ramón H S.A. (fls.169-170 c.6.

**26.** El 26 de febrero de 2004, se publicó el informe de evaluación jurídico, en el que, respecto a la oferta presentada por A.I.A. S.A, se indicó:

*La propuesta no cumple con el requisito consignado **en el punto 1.30. del pliego de condiciones referente al pago de los aportes parafiscales, cuya certificación es indispensable y, por lo tanto insubsanable de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la ley 789 de 2002,** en especial en su tercero y cuarto párrafo, cuyo tenor es el siguiente: “Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante el lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.*

*Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.”*

*De acuerdo con lo anterior la propuesta debe ser rechazada y no tenida en cuenta para ser evaluada técnica y económicamente. (f. 1304 c.3).*

27. Ante la recomendación del equipo jurídico, se procedió a la evaluación técnico financiera de las tres propuestas que habían quedado habilitadas (fls. 1332-1333 c.3), y se obtuvo el siguiente resultado:

CLASIFICACIÓN PROPUESTAS	ARQUITECTURA Y CONCRETO	CONCRETO	CONINSA
PRECIOS UNITARIOS	927,23	940,75	950,00
HONORARIOS CONTRATOS ESPECIALES	50,00	50,00	50,00
<b>TOTAL</b>	977,23	990,75	1000,00

28. El 3 de marzo de 2004, el demandante elevó una observación con el fin de que el comité jurídico se ratificara en el rechazo de la propuesta presentada por A.I.A. S.A., que quedó redactada de la siguiente manera:

*En este orden de ideas, consideramos pertinente referirnos a la motivación de la descalificación de la propuesta presentada por A.I.A. S.A. la cual evidentemente radica no sólo como enuncia el informe de evaluación, en el incumplimiento de lo dispuesto en el punto 1.30 del pliego de condiciones, **sino en el incumplimiento de la citada exigencia legal, pues aunque el pliego no haya sido categórico en solicitar el certificado de paz y salvo de los aportes parafiscales ni en ese punto ni en otros, es indiscutible que la licitación,** todos sus documentos y actuaciones están enmarcados en la ley Colombiana, y que el pliego de condiciones está destinado a orientar y establecer las condiciones particulares de una contratación, pero no puede ni debe dedicarse a citar las múltiples normas legales llamadas a regirla tanto en la etapa precontractual como en la*

*contractual, no obstante lo cual el cumplimiento de las mismas, es obligatorio para las partes.*

(...)

**Ahora bien, si se tiene en cuenta la aparente confusión que se deriva del numeral 1.30 del pliego de condiciones, cuando al exigir estar a paz y salvo en el pago de salarios, prestaciones sociales y obligaciones parafiscales, hace referencia a El Contratista, no puede dejar de considerarse la posibilidad de que pretendiera forzarse a interpretar que dicho paz y salvo no tiene porque dar lugar al rechazo del ofrecimiento, por encontrarnos en la etapa previa a la eventual celebración del contrato,** y con base en tal razonamiento, dentro del período de formulación de observaciones al informe de evaluación de las propuestas, aportar la indicada certificación con el argumento de que se trata de un defecto subsanable, y que por no otorgar puntaje para efectos de la calificación, ni ser necesario para la comparación de ofertas, el hacerlo no constituye una forma de completar, adicionar, modificar o mejorar la propuesta.

(...)

Por lo expuesto, **en cuanto nos encontramos ante el evidente incumplimiento de un requisito que la ley 787 de 2002 dispuso como indispensable,** no siendo un requisito subsanable y en razón de la prohibición consagrada por el artículo 24 de la ley 80 de eludir los procedimientos de selección objetiva por ser una manifestación concreta de los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad que constituyen el marco constitucional de la actuación administrativa en desarrollo de los procesos contractuales, reiteramos, debe ratificarse la decisión de rechazar la propuesta presentada por A.I.A. S.A., por no haber allegado con su propuesta acreditación alguna sobre la condición de encontrarse a paz y salvo por concepto del pago de obligaciones parafiscales, siendo ello un requisito fijado en la ley y el pliego de condiciones. (fls. 1331-1340 c.3) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

29. El 5 de marzo de 2004, los evaluadores jurídicos dieron respuesta a la observación elevada por el demandante y concluyeron que debían rectificar su posición inicial de descalificar la propuesta de A.I.A S.A., dado que, luego de realizar el estudio del caso, determinaron que la certificación del revisor fiscal no impedía comparar las propuestas según el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Concluyeron que era subsanable, por lo que recomendaron que el CIC le solicitara al oferente A.I.A. S.A. el certificado de pago de aportes parafiscales y, de ser remitido, se procediera a elaborar un nuevo informe de evaluación. Tal circunstancia quedó redactada en los siguientes términos:

*Basados en todas las anteriores consideraciones, nos permitimos recomendar que se le solicite a la sociedad A.I.A. S.A. el mencionado certificado y, en caso de allegarse, se proceda a revocar los informes actuales y a la elaboración de un nuevo informe en el cual se proceda a evaluar técnica y económicamente la propuesta de A.I.A. S.A.*

*En caso de que se acoja nuestra recomendación, consideramos que de elaborarse un nuevo informe, éste deberá dejarse por el término de cinco (5)*

*días hábiles a consideración de los proponentes, con el fin de garantizar el principio de igualdad y el derecho de defensa. (fls. 1342-1343 c.3)*

**30.** Acogiendo la recomendación emitida por los evaluadores jurídicos, la sociedad demandada procedió a aceptar la certificación del pago de aportes parafiscales aportada por el proponente A.I.A. S.A. y, en ese orden, ordenó que los evaluadores realizaran un nuevo informe (f.1345 c.3). En cumplimiento de lo antedicho, el 8 de marzo de 2004, los evaluadores jurídicos presentaron un nuevo informe de evaluación, manifestando que la propuesta de A.I.A. S.A. cumplió con todos los requisitos contenidos en el pliego de condiciones, razón por la cual, debía ser evaluada técnica y económicamente (f.1353 c.3)

**31.** El 15 de marzo de 2004, el demandante elevó una observación con el propósito de que se revaluara la posición de habilitar al proponente A.I.A. S.A., indicando al respecto:

*Como lo fuera expuesto en anterior ocasión, lo que ni si quiera valió la mención por parte de los asesores jurídicos en su recomendación, ni mucho menos por parte de la entidad, la condición prevista en el artículo 50 de la ley 789 de 2002 es una verdadera inhabilidad cuya ocurrencia se verifica cuando el proponente presenta su propuesta sin el certificado de pago de los aportes al sistema de seguridad social. Es requisito indispensable, como lo denominó el legislador, el que el proponente presente su oferta acompañada de dicho documento, y debe tenerse presente que fue su voluntad, su mandato expreso que se hiciera al momento de la presentación de las ofertas, y no con posterioridad. (f.1384 c.3).*

**32.** El 17 de marzo de 2004, se llevó a cabo la audiencia de adjudicación de la licitación pública 001-2003 (fls.1390-1395 c. 4). Como constancia de la audiencia se levantó un acta, en la que se consignó que luego de haber analizado el comunicado enviado por el demandante, el comité jurídico ratificó la decisión de evaluar la propuesta de A.I.A S.A. (f. 1392 c.4). El demandante insistió en que la decisión del comité evaluador vulneraba las normas sustantivas laborales, especialmente, porque se estaba evaluando a una firma que estaba inhabilitada por haber omitido el certificado del revisor fiscal sobre el pago de seguridad social que consagraba la Ley 789 de 2002 (f. 1392 c.4).

**33.** En respuesta a la observación elevada por el demandante, el comité evaluador exteriorizó lo que se cita a renglón seguido:

*Al respecto se da respuesta al señalar que **lo que la ley laboral buscó fue garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones parafiscales y de seguridad social, lo cual se logra con el certificado del revisor fiscal, sin***

**que se creara una inhabilidad a quien no aporte el certificado, que como bien lo señala el Decreto 3070, se permite adjuntar durante el proceso licitatorio, y por el contrario, la inhabilidad se da para quien efectivamente no haya cumplido con la obligación de efectuar los pagos, lo que en el presente caso no ocurre, toda vez que AIA S. A. acreditó que sí estaba haciendo dichos pagos.**

*Finalmente se aclara que la constatación de los requisitos legales le correspondió a la asesoría jurídica, quien en el informe dice expresamente que sí se cumple con la totalidad de los documentos exigidos, y cuando se dice todos, se incluye la certificación de revisoría fiscal que ha dado pie a esta discusión, agregándose que se dio traslado de estos documentos por un término adicional de 5 días a todos los proponentes, quienes pudieron constatar el aporte de los mismos.*

*Así las cosas, se ratifica el concepto inicial de recomendar la evaluación de la propuesta de A.I.A. S.A. (fls. 1392-1393 c.4) (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

**34.** Como se aprecia de las comunicaciones cruzadas durante el proceso de licitación, estaba claro que el numeral 1.30 del pliego exigía el pago de parafiscales para la suscripción del contrato y que la discusión se centró en el efecto que tenía el artículo 50 de la Ley 789 de 2002. Los pliegos, entonces, no dispusieron que el no aportar el certificado de pago o paz y salvo de aportes parafiscales fuera causal de rechazo. Los proyectos de pliego que sí reposan en el expediente permiten reforzar esta conclusión. En efecto:

**36.1.** El numeral 1.16 del proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública 001-2003, determinó los requisitos legales que debían aportar los proponentes, enlistándose los siguientes: a) original de la garantía de seriedad, b) certificado de existencia y representación legal o en caso de persona natural el certificado que acredite la inscripción en el Registro Público Mercantil, c) certificación sobre la inscripción, clasificación y calificación en el registro de proponentes, d) carta de autorización del órgano estatutario correspondiente para que el representante legal pueda presentar la oferta, e) certificación de la asistencia a la visita obligatoria expedida por la interventoría de la obra, f) certificado de calidad vigente bajo la Norma NTC/ISO-9001 en la línea de construcción de obras civiles y g) carta remisoría de la propuesta firmada por el participante o su representante (fls.31-32 c.1).

**36.2.** El sub numeral 1.16.2 del proyecto de pliegos especificó los documentos técnicos y financieros que debían ser aportados con la oferta, entre ellos, la lista de precios de los materiales y contratos, la programación de obra, la hoja de vida del

programador de presupuesto, los análisis de precios unitarios y detalle del A.I.U., el anexo en el que se discriminaban los gastos generales, indirectos y administrativos, el formulario del valor de la propuesta, y las hojas de vida del personal ofrecido (fls. 32-37 c.1).

**36.3** Por su parte, el numeral 1.21 del proyecto de pliego de condiciones estableció las causales de eliminación o de rechazo de las ofertas, indicándose que era causal de eliminación el no aportar los documentos exigidos en el numeral 1.10 de dicho prepliego (fls. 41-42 c.1). El numeral 1.10 del prepliego lleva por título «*REUNIÓN INFORMATIVA*» (f. 24 c. 1).

**36.4.** Por último, el numeral 1.30 del prepliego precisó unas condiciones especiales con las que debía cumplir el contratista, cuyo texto era el siguiente:

#### *1.30 CONDICIONES ESPECIALES*

*Adicionalmente a todo lo señalado con anterioridad, **EL CONTRATISTA** deberá cumplir con las siguientes condiciones especiales:*

- a. Todo el personal de las obras antes de iniciar labores, deberá estar afiliado a un sistema de salud, pensiones y riesgos profesionales de los vigentes en el país.*
- b. El Participante se debe mantener al día por concepto de pago de salarios, prestaciones sociales y obligaciones parafiscales. (f. 46 c.1). (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

**35.** La adenda n°. 5 al pliego definitivo precisó las causales de eliminación, así:

*Respuesta: Efectivamente existe una inconsistencia en la nomenclatura citada dentro del pliego de condiciones; por lo tanto, se hace la siguiente corrección al respecto:*

- *Numeral 1.21 ELIMINACIÓN DE PROPUESTAS*

*Inciso c) queda así: “Cuando no se hubiese cumplido con alguna de las condiciones estipuladas en el numeral 1.16 de los presentes pliegos de condiciones”.*

*Inciso e) queda así: “Cuando se hubiere omitido la presentación de alguno de los documentos exigidos en el numeral 1.16.2 de estos pliegos de condiciones ...” (f.75 c.6)*

Ante el ajuste realizado, los proponentes conocían de antemano que las causales de eliminación por documentos se enumeraban en el numeral 1.16 del pliego de condiciones, listando una serie de documentos jurídicos, técnicos y financieros que,

de no presentarse, daban lugar al rechazo.

36. Lo expuesto descarta la imputación de la demanda, según la cual, se desconocieron las reglas del proceso de licitación, porque no está demostrado que las reglas del proceso impusieran como causal de rechazo la ausencia de prueba del pago de parafiscales. Ello es así, puesto que no obra el pliego definitivo y las comunicaciones de las partes una vez evaluado el proceso demuestran que la discusión se centró en los efectos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002. Por lo demás, el único material probatorio aportado al proceso, esto es, el proyecto de pliego de condiciones, tampoco contiene un cláusula que dispusiera del rechazo en ese sentido.

37. Determinado lo anterior, resta, entonces, determinar dado que la discusión se centró en el efecto del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, si de esa norma se podía derivar, como lo sostuvo el demandante, un motivo de rechazo por la falta de un documento que no podía ser subsanado. Por este motivo, se procede a estudiar el efecto de esa norma sobre el proceso de selección y si la entidad obró conforme a la ley al permitir que se subsanara el hecho de no aportarse certificación sobre el pago de parafiscales.

38. El artículo 50 de la Ley 789 de 2002, dispone lo siguiente:

*ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. **La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar.** Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.*

*En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.*

**Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el**

**representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato.** En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

**Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente.** El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La norma precitada buscó evitar la evasión en el pago al sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales, utilizando como estrategia la revisión constante por parte de los funcionarios públicos respecto a los posibles oferentes en los procesos de selección, así como de los contratistas de manera previa a la suscripción del contrato o su renovación, incluyendo su liquidación. En el caso de las personas jurídicas, el requisito se acredita con la certificación emitida por el revisor fiscal, cuando deba existir en la persona jurídica, o por el representante legal, el cual, en todo caso, no debe ser inferior a los 6 meses anteriores a la celebración del contrato o a la apertura del proceso de selección.

El artículo precitado hizo énfasis en que dicho requerimiento debe ser verificado en distintos momentos, entre los cuales se encuentra la etapa en la que se busca seleccionar al futuro contratista. Por ello, todos los oferentes deberán acreditar que se encuentran al día con el sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales al momento de ofertar. De esta manera, las personas jurídicas, de cara a acreditar el mencionado requisito, deberán aportar la certificación mencionada en precedencia, mientras que las personas naturales deberán demostrar, con los soportes del caso - las planillas-, que han cumplido con los pagos al sistema de seguridad social integral. Sobre el particular la Subsección A, en reciente fallo sostuvo:

*En esa medida y con el fin de hacer patente el mencionado control, esa misma norma le otorgó a las autoridades la competencia para verificar el cumplimiento en el pago de los aportes en distintos momentos, así les confirió la potestad de (i) verificar la observancia de tales obligaciones al liquidar el negocio jurídico, con la constatación de que se efectuaron durante toda su vigencia, si advierte que el contratista no realizó los aportes, la Entidad pública debe retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuar el giro directo de los recursos a los correspondientes sistemas, (ii) al momento de contratar, requerir a la persona jurídica que va a suscribir el negocio, para que acredite el pago de los respectivos aportes en relación con sus empleados, a través de una certificación expedida por el revisor fiscal, cuando exista por requerimiento de la ley, o por el representante legal, en donde conste el referido cumplimiento en un término no inferior a los 6 meses anteriores a la celebración del contrato o en caso de que la sociedad tenga menos de 6 meses de constitución, debe demostrar dichos pagos desde la fecha de su creación y (iii)*

*solicitar, de forma ineludible, a las personas jurídicas la acreditación mencionada en el punto anterior cuando presenten ofertas en procesos de selección. En todos los supuestos, la falta de revisión de la realización de los aportes supone la configuración de la causal de mala conducta del servidor o servidores encargados de ello<sup>17</sup>.*

En tal sentido, el inciso final de la norma, que es el que interesa al caso, expresó que era necesario acreditar, para presentar ofertas, el pago de los aportes de los empleados a los sistemas de seguridad social. Así, entonces, la acreditación de estar al día con el sistema de seguridad social y aportes parafiscales, se configura en un requisito de admisibilidad de los proponentes, quienes deberán demostrar que han sido cumplidos en su obligación. Ello, porque se trata de un requisito frente a las condiciones del proponente y no relativos al contenido mismo de la oferta. De esta manera, en caso de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus miembros deberá acreditar que se encuentra afiliado y al día en el pago de los aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales, dependiendo la prueba de su naturaleza jurídica.

Ahora bien, debe mencionarse que del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, surgen dos situaciones que no pueden confundirse. Una de ellas es la que consiste en que el proponente estando al día con el sistema de seguridad social integral, no aporta la prueba, mientras que otra muy distinta es que, al estar incumplido con el sistema, se vea imposibilitado de aportar la correspondiente prueba. Ante los dos escenarios, se debe tener en cuenta que en materia de procesos de selección lo que se subsana es la prueba<sup>18</sup>, mas no el requisito en sí mismo, por lo que, si el contratista se encuentra al día y no aportó el medio de prueba, podrá allegarlo, pero en caso de que se encuentre incumplido, deberá ser rechazado y no podrá ser adjudicatario del proceso de selección en el que participa.

En reciente fallo, la Subsección A estudió un recurso de apelación, en el que el recurrente afirmó que la exigencia de esa certificación, al ser subsanable, no imponía que constara el pago oportuno de la obligación. Frente a ese razonamiento, esa Sala estimó que debía rechazarse la propuesta, pues la interpretación del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, imponía que el pago estuviera efectivamente realizado al momento de ofertar. Dijo la Sala en esa oportunidad:

---

<sup>17</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 19 de febrero de 2021, rad. n°. 49167 [fundamento jurídico 3.2.3]

<sup>18</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 20 de mayo de 2010, rad. n°. 1992 [fundamento jurídico 5.2]

(...)

*Ahora, el recurrente también sostuvo que el INVÍAS realizó una interpretación inadecuada del pliego de condiciones, dado que en este expresamente se dijo que “el INSTITUTO verificará únicamente la acreditación del respectivo pago a la fecha de presentación de la oferta, sin perjuicio de los efectos generados ante las entidades recaudadoras por el no pago de las fechas establecidas en las normas vigentes”, lo que, en su parecer, denota que solo se le podía exigir el pago de los aportes, **sin la verificación de que éstos se realizaran de forma oportuna o no y sin la exigencia en la cancelación de los intereses, multas o sanciones impuestos por la supuesta extemporaneidad.***

(...)

*Por consiguiente y dado que no se acreditó que la sociedad Excarvar S.A. estuviese al día en el pago de sus aportes a la seguridad social, a la entidad demandada le correspondía, como ocurrió, desestimar su propuesta, en atención a lo prescrito en la nota del numeral 6 del punto 3.8.1. del pliego de condiciones y en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, ya referenciados, razón por la cual para la Sala el INVÍAS no incurrió en una interpretación extensiva e inadecuada del marco jurídico aplicable, sino que actuó en el marco de sus competencias y de los deberes de verificación y control de evasión de los aportes parafiscales expresamente establecidos en la normativa.*

*Por ende, pese a que en un primer momento fue ubicada la oferta del Consorcio Excarvar S.A. – Explanan S.A. en el primer lugar de elegibilidad, lo cierto es que la misma fue rechazada por la ausencia en el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la seguridad social, de modo que su propuesta no era la mejor ni la más conveniente para la Administración<sup>19</sup>.*

**39.** Esta interpretación, esto es, la calidad de subsanable del requisito, no solo se deriva de la regulación misma contenida en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, sino que se acompasa con la regulación de la Ley 80 de 1993, que propugnó por evitar el rechazo de aquellas ofertas por requisitos formales. En efecto, el inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época del proceso de selección y que fue retomado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>20</sup>, estableció que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos. Esta Corporación, en fallo en el que se analizó la aplicación de esa norma sostuvo lo siguiente:

*Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, **pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles;** así*

<sup>19</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 19 de febrero de 2021, rad. n°. 49167 [fundamento jurídico 3.2.3]. En el mismo sentido

<sup>20</sup> En esta norma, además, se introdujeron los conceptos de requisito habilitante y que otorgan puntaje que fueron incorporados por primera vez en el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002.

*lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia **deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores.**<sup>21</sup>*

Para tal efecto, esta Corporación también consideró que el inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, contenía un concepto indeterminado, el de «comparación de las ofertas». Para tal efecto, sostuvo que corresponde a la entidad hacer un juicio para efectos de determinar los requisitos que resultaban indispensables para la ponderación de las propuestas, puesto que solo en ese caso, sería procedente el rechazo. La Corporación analizó el punto de la siguiente manera:

*Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; **es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla.**<sup>22</sup>*

En tal sentido, aunque conforme al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, para el momento de ofertar debe aportarse la prueba del pago a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, ello no quiere decir que ese requisito no pueda ser subsanado en la medida en que se refiere a la condición misma del contratista y no aportaba ningún elemento de juicio significativo para efectos de la comparación de las propuestas (artículo 25.15 inciso

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, rad. n.º. 16540 [fundamento jurídico IV].

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2014, rad. n.º 25804 [fundamento jurídico 3.1] y sentencia de 12 de junio de 2014, rad.n.º. 21324 fundamento jurídico 2]

2). Se reitera, eso sí, que se permite subsanar la prueba del pago, pero en manera alguna supone que para el momento de ofertar se habilite el pago atrasado de esa obligación.

**40.** Luego de estudiar las observaciones que se presentaron durante el traslado del informe inicial, los evaluadores jurídicos optaron por dar aplicación al numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que, para el momento de los hechos, indicaba que la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, no era título suficiente para rechazarlas (f. 1343 c.3). Por ello, recomendaron que se le solicitara a A.I.A. S.A. el certificado de pago de aportes parafiscales y, si era remitido, que se realizara una nueva evaluación (f.1344 c.3). Conocido lo anterior, el CIC procedió a aceptar la recomendación de los evaluadores jurídicos y, dado que A.I.A. S.A. allegó el certificado requerido conforme a la ley, ordenó al comité evaluador que procediera a realizar una nueva evaluación (f. 1345. c.3).

El 8 marzo de 2004 se emitió el segundo informe de evaluación jurídico, en el que se habilitó la propuesta del oferente A.I.A S.A. (f. 1353 c.3), que fue sucedido del informe técnico y económico (fls. 1354-1358 c.3), en los que se ultimó una modificación en el orden de elegibilidad, ya que la propuesta de A.I.A S.A. era la más favorable para el CIC (fls. 1359-1360 c.3).

**41.** De acuerdo con lo probado, la ausencia del certificado de pago de aportes parafiscales no fue determinado como causal de rechazo de la oferta en el proyecto de pliego pliego. Además, como se mencionó en el numeral 38 de esta providencia, la prueba de estar al día con el sistema de seguridad social y parafiscales es un requisito para evitar la evasión conforme al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, mas no indispensable para la comparación de las ofertas. De igual forma, no se probó que al permitir subsanar ese requisito se permitiera al proponente realizar los pagos una vez presentada la oferta, sino que simplemente se allegó la prueba de que efectivamente esos pagos se produjeron en la forma y tiempo debidos.

**42.** En línea con lo anterior, la Sala considera que la respuesta que dio el CIC a la observación elevada por el demandante, que consta en el acta de adjudicación, fue ajustada a derecho, pues se indicó que lo que buscaba el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 era garantizar el cumplimiento de las obligaciones parafiscales y de seguridad social, lo cual se cumplía con la remisión de las planillas o con el

certificado emitido por el representante legal de la sociedad o su revisor fiscal – según aplique-, en la que constara el pago oportuno de esas obligaciones.

Sobre el particular, conviene señalar que durante el trámite del procedimiento de selección, el demandante afirmó, en sus observaciones, que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 estableció una «verdadera inhabilidad» (num. 31). La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación tiene su razón de ser en la protección del interés público:

*De conformidad con la filosofía inspiradora de la normativa contenida en la Ley 80 de 1993 y particularmente en lo relacionado con la razón de ser de la normativa de causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, se tiene que indudablemente han sido intereses públicos de carácter general los que han evidenciado la necesidad de que los procesos de selección de los contratistas que establecen vínculos para con la administración se adelanten dentro de parámetros de transparencia, moralidad e igualdad, para todos aquellos que concurren al proceso de selección. Esta es la razón de ser de la existencia de causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad, que buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concurso como en el acto mismo de contratación se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la administración puedan participar en los procesos de selección, pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación<sup>23</sup>.*

Como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades entraña una limitación a la libertad de contratar y supone una reserva a la capacidad legal de las personas, sus principales características son: (i) reserva legal, porque sólo pueden crearse mediante ley; (ii) taxatividad, es decir, solo se configuran por los supuestos expresamente establecidos en la ley; (iii) de orden público, esto es, que son imperativas o de obligatorio cumplimiento; y (iv) de interpretación restrictiva, de manera que no pueden extenderse a asuntos no regulados ni aplicarse por analogía<sup>24</sup>.

Como se mencionó en el numeral 38 de esta providencia, conforme al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, la prueba de estar al día con el sistema de seguridad social y parafiscales es un requisito para evitar la evasión, motivo por el cual el legislador estableció los controles que deben aplicar las entidades estatales para efectos de verificar su cumplimiento. En manera alguna la norma establece un inhabilidad para

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 1997, Rad. 10760,

<sup>24</sup> Corte Constitucional Sentencia C-415 de 1994, en la que se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 8 literales g, h i de la Ley 80 de 1993. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2014, Rad. 47830

contratar con el Estado, pues su texto no lo indicó así expresamente y dado el carácter taxativo que caracteriza a este tipo de limitaciones no es posible una interpretación extensiva o analógica.

En tal sentido la resolución de adjudicación no adolece de vicio alguno de nulidad, pues el proponente seleccionado fue debidamente habilitado al permitirse aportar un documento subsanable sobre los pagos oportunos al sistema de seguridad social, sin que con ello se desacataran las reglas de la licitación ni la regulación del artículo 50 de la Ley 789 de 2001.

### **Costas**

**43.** En virtud del artículo 171 del CCA – subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, norma vigente al momento de la presentación de la demanda – la Sala no condenará en costas, porque no está probada una actitud temeraria del recurrente.

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, conforme a los argumentos expresados.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE<sup>25</sup>  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**

VF

---

<sup>25</sup> Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.