



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso : 50 001 23 31 000 2006 10893 00
Acción : Contractual
Demandante : Consorcio Ductos de Oriente
Demandado : Ecopetrol S.A.
Providencia : Sentencia de primera instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el proceso de la referencia, luego de adelantado el correspondiente trámite judicial.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El Consorcio Ductos de Oriente y sus integrantes Cosa Colombia –Cosacol-S.A., FM Ingeniería S.A. e Incopav S.A., presentaron demanda en contra de Ecopetrol S.A. en ejercicio de la acción contractual (fl. 1-42).

Dentro de los **hechos** que se invocan, expresan que Ecopetrol abrió la oferta GEA-SO-RCC-3-071-04 correspondiente a obras para la construcción del oleoducto Castilla II–Estación de Bombeo Apiay de la Superintendencia de Operaciones Apiay de Ecopetrol S.A., en el que participaron; que el 2 de junio de 2004, Ecopetrol profirió la Adenda No. 1 por la cual modificó y adicionó varios puntos del proceso, especialmente el anexo No. 4 de las Condiciones Específicas de Contratación, que incluye cantidades estimadas de obra, precios unitarios y ofrecimiento económico y aclaró el numeral 3.7, respecto al valor a ofrecer cuando se debe incluir el A.I.U. y elabora un nuevo cuadro de dicho Anexo modificando la descripción de cinco ítems de tubería, que inicialmente era “*enterrada*” pero por el cambio después debía ofertarse “*tubería lastrada y enterrada*”.

Manifiestan que el 7 de junio de 2004 con la Adenda No. 2, modificó las Condiciones Específicas de Contratación –CEC- indicando que el presupuesto oficial estimado era de \$14.099.678.435 sin incluir Iva. Que Ecopetrol confeccionó los pliegos de condiciones destacando que los proponentes debían adecuarse a las CEC, particularmente en los temas de presupuesto oficial estimado del contrato, el ajuste al mismo, al ofrecimiento económico y a las fórmulas de desempate, todo lo cual cumplieron, no así los demás oferentes, y por ello debía ser la recomendada en primer lugar de elegibilidad, lo que de manera infundada no ocurrió.

Agregan que la propuesta de Ismocol al no cumplir con los rangos del numeral 3.9, ajuste al presupuesto oficial debió ser declarada no elegible,

decisión que se pasó por alto; al igual que la del Consorcio Oriente que solo ofertó "tubería enterrada" cuando era "tubería lastrada y enterrada". Y que luego de aclaraciones y el retiro de varias ofertas, el informe estableció un orden de elegibilidad con las propuestas de Consorcio Oriente, Ismocol, Ductos de Oriente y el Consorcio Gayuriba en aparente empate de puntaje, que se resolvió en su criterio, de forma equivocada, bajo la fórmula que Ismocol de Colombia ofreció el valor más económico entre los empatados.

Aducen que ante el informe del Comité Evaluador presentaron observaciones, contra la propuesta de Ismocol porque el valor ofertado se encontraba en más del 20% -Era el límite- por debajo -\$0.60, sesenta centavos- del presupuesto oficial estimado, contra la del Consorcio Oriente, porque modificó el Anexo 4 en la descripción de cinco ítems al incluir "tubería enterrada" cuando era "tubería lastrada y enterrada" y con ello no ofertó su precio, lo que es uno artificialmente menor al real que debería aplicar, y contra la del consorcio Guayuriba por no acreditar la experiencia mínima del Supervisor Mecánico; y relatan que la tercera de sus observaciones se aceptó, pero las dos primeras no fueron acogidas, con respuestas de la entidad, que cuestiona en detalle, que no corresponden a una fundamentación legal y armónica con los términos de referencia, con lo que es una decisión irregular, inconveniente e ilegal. Que recalcaron sobre el uso equivocado de las fórmulas de desempate y concluyen que su oferta era la mejor, la única que reunía los requisitos y la más conveniente para Ecopetrol.

Como **pretensiones**, solicitan que se declare la nulidad del acto de adjudicación del 19 de agosto de 2004 expedido por Ecopetrol, por el cual adjudicó el proceso de selección GEA-SO-RCC-3-071-04 al Consorcio Oriente, y como consecuencia, la nulidad también del contrato GEA-C-RCC-3-177-04 suscrito el 19 de agosto de 2004 entre la demandada y el Consorcio Oriente, y se condene a Ecopetrol como responsable de los perjuicios ocasionados, entre otras.

Como **normas violadas** citan la Constitución Política (Artículos 2, 90, 121, 209), el C.C.A., el C.C., y la Ley 80 de 1993. Y sobre el **concepto de la violación**, hacen la aclaración preliminar que demandaron en acción de nulidad y restablecimiento del derecho la adjudicación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp. 2004-2033, pero que también procede la contractual. Se refieren a las normas que citan como vulneradas, a conceptos doctrinales y jurisprudenciales sobre la nulidad pedida, y al trámite del proceso de selección y a la calificación de las ofertas.

2. La contestación de la demanda

2.1. Ecopetrol en su escrito (fl. 126-157), se opone a las pretensiones por cuanto considera que no existen fundamentos legales y jurídicos válidos que las sustenten, frente a los hechos expresa que unos son ciertos, otros lo son parcialmente, algunos no son ciertos y varios no son hechos. Se pronuncia frente a cada uno de los fundamentos de derecho, normas

violadas, concepto de la violación y aclaración de la demanda, dentro de lo que manifiesta que *"Por todo lo anterior, es válido concluir que la aplicación de la fórmula de desempate en el presente caso se encuentra adecuada a las previsiones legales y a las incluidas en los DPS, especialmente en lo referente a aceptar a los consorcios y uniones temporales poseen capacidad para contratar, por lo que las fórmulas de desempate fueron correctamente aplicadas"*.¹

Propone la excepción de *"Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales"*.

2.2. La empresa Montajes Técnicos Zambrano y Vargas Ltda. expresó (fl. 281-284) su oposición a las pretensiones, frente a los hechos considera que unos son ciertos, otros no lo son, algunos no son hechos y varios no se refieren a ella.

2.3. Montecz S.A. e Ingeniería Construcciones y Equipos Conequipos Ltda. manifestaron (fl. 320-368) que se oponen a las pretensiones por cuanto en su criterio carecen de todo sustento fáctico y jurídico, admiten varios hechos como ciertos y otros en forma parcial, de varios dicen que no son ciertos y otros no les constan.

Proponen las excepciones de *"Caducidad de la acción"*, *"Pleito pendiente"*, *"Indebida conformación de litisconsorcio necesario por pasiva"*, *"Ineptitud de demanda"*, *"Los hechos en los cuales se funda la acción no ocurrieron"*, *"Legalidad del acto administrativo de adjudicación"*, *"Principio de buena fe en el PS y en las actuaciones judiciales"*, *"Imposibilidad de condenar a las sociedades que conforman el Consorcio Oriente"* e *"Imposibilidad de retrotraer las consecuencias del contrato y disminución de la indemnización pretendida por los accionantes"*.

3. Trámite surtido

3.1. Las partes. La demandante está conformada por el Consorcio Ductos de Oriente y sus integrantes Cosa Colombia –Cosacol- S.A., FM Ingeniería S.A. e Incopav S.A.; la demandada por Ecopetrol.

Fueron vinculados a la parte demandada, el Consorcio Oriente y sus integrantes Montecz S.A., Ingeniería Construcciones y Equipos Conequipos Ltda., y Montajes Técnicos Zambrano y Vargas Ltda.

3.2. La demanda se radicó (fl. 1-42), y luego de un inicial rechazo (fl. 49-53), se admitió (fl. 111-116) y fue notificada a la demandada y a las vinculadas (124, 280, 308-309) y todas la contestaron (fl. 126-157, 281-

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

284, 320-368); se profirió auto de pruebas (fl. 395-400), y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para concepto (fl. 807).

4. Los alegatos de conclusión

4.1. Los demandantes expresan en su escrito (fl. 808-833), que se demostraron la ilegalidad del acto de adjudicación y el perjuicio que se les causó, del que aparece su cuantificación. Se refieren a los fundamentos de hecho y de derecho que consideran plenamente demostrados, se pronuncian sobre las pruebas recaudadas, de manera especial respecto de los dictámenes periciales contables y técnicos, aducen que no hay caducidad de la acción y citan jurisprudencia y doctrina que invocan como aplicable al caso.

6.2. Ecopetrol manifiesta (fl. 834-844) luego de citar contenido de la demanda, que hay caducidad de la acción y también ineptitud de la demanda por ausencia de requisitos para solicitar la nulidad absoluta del contrato, y expone sobre la carga probatoria del demandante para obtener la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y la indemnización de perjuicios por haber sido privado del derecho a ser adjudicatario

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió pronunciamiento alguno en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la primera instancia, la Sala decidirá de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Son ilegales el acto de adjudicación y el contrato que cuestionan los demandantes? Si la respuesta es afirmativa, ¿Procede acoger y conceder las pretensiones indemnizatorias de la demanda?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

2.2. Las excepciones

2.2.1. Respeto de las propuestas. En la planteada por Ecopetrol de *"Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales"*, acusa a la demanda de manera específica frente a la exigencia del artículo 137.2, C.C.A: *"Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: (...) 2. Lo que se demanda"*; porque considera que no se precisó la causa o vicio que afectan al acto de adjudicación y al contrato (Artículo 137.4, C.C.A), ni tampoco la forma como aspira a que se le restablezca el derecho.

Un detallado análisis de la demanda permite determinar que su contenido sí cumple con las exigencias legales, pues de manera concreta incluyó varias específicas pretensiones indemnizatorias consecuenciales a las de anulación, las que detalla y cuantifica, al tiempo que cuestiona el acto de adjudicación y el contrato cuya nulidad pide porque *"desconocieron las normas de orden constitucional, legal y contractual"* e invoca como vulneradas la Constitución Política (Artículos 2, 90, 121, 209), el C.C.A., el C.C., y la Ley 80 de 1993 y las reglas del proceso de selección, lo que configuraría la causal del artículo 84 del C.C.A, cuando *"infrinjan las normas en que deberían fundarse"*, al tiempo que el artículo 87 del mismo Código prescribe que en la acción contractual *"podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad (...) y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas"*.

Además, la demanda también expone los motivos por los que considera que el acto y el contrato demandados deben anularse (fl. 15-34). Asunto diferente es que al momento de decidir el caso, prosperen estos fundamentos, que por lo mismo, no se analizan en esta etapa de la sentencia, sino que ello se abordará en otras consideraciones más adelante.

Es necesario precisar que la normativa procesal no impone requisitos adicionales de extensión mínima, o de calidad de los argumentos, pero ni siquiera es exigible una matemática precisión de las disposiciones violadas.

Cosa distinta es que no se comparta su estilo o contenido, como lo hace la demandada, lo cual no configura motivo descalificatorio.

Con ello, se tiene por cumplido el requisito, pues además como lo consagró la Corte Constitucional al declarar condicionalmente exequible dicha exigencia en vigencia del C.C.A. en la sentencia C-197 de 1999, *"bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución"* y que *'No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe*

extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el Juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad'.

Criterios estos que también acoge el Consejo de Estado (M.P. Gerardo Arenas Monsalve, 11 de julio de 2013, rad. 520012331 000200400188-02, 1982-09, entre otras sentencias).

Por lo tanto, la demanda tiene plena aptitud legal para abordarse su estudio y en consecuencia, no se declarará probada esta excepción.

Montecz S.A. e Ingeniería Construcciones y Equipos Conequipos Ltda. también propusieron la de ineptitud de la demanda, con base en varios aspectos. Algunos de ellos ya se resolvieron en los párrafos precedentes cuyo análisis también se aplica aquí, pues consisten en que no se indicó una causal de nulidad y que hay un insuficiente e indebido planteamiento de las pretensiones. Agregan que hay ineptitud porque no se pidieron pruebas para demostrar que la propuesta de los demandantes era la mejor, lo que no constituye un requisito de la demanda, pues se trata de un aspecto a debatir que si no lo acreditan, tendrá las consecuencias procesales que correspondan, por lo que no prospera la excepción.

Tales vinculadas propusieron la de "*Pleito pendiente*", que no se declara probada por cuanto para el momento de proferirse esta sentencia, el caso del proceso 2004-02033 donde los demandantes pidieron la nulidad del mismo acto de adjudicación que aquí pretenden, ya fue archivado por el Consejo de Estado (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 29 de abril de 2015, rad. 25000232600020040203301, 34694), mediante sentencia que confirmó la indebida escogencia de la acción, al considerar que la correcta era precisamente, la que aquí se analiza, la contractual, y en este caso tampoco se configura cosa juzgada que impida decidir el proceso.

De igual forma, no se encuentra probada la de "*Indebida conformación de litisconsorcio necesario por pasiva*", que para los vinculados debió integrarse con todos los proponentes que participaron en el trámite de selección; en este tipo de proceso, además de la entidad adjudicante, los únicos que podían o pueden resultar afectados por las decisiones judiciales que se adopten, son los adjudicatarios del procedimiento o contratistas, a lo que se procedió en debida forma a hacerlos partícipes del caso. Y contrario a lo que exponen, los oferentes vencidos no tienen posibilidad de resultar en inferior condición a la que se les definió en vía administrativa, ni tampoco sería dable de oficio asignarles alguna indemnización cuando no ejercieron su derecho a demandar, si acaso se llegara a encontrar que su propuesta era la mejor de todas las que se radicaron.

Montecz S.A. e Ingeniería Construcciones y Equipos Conequipos Ltda. también propusieron las de "*Los hechos en los cuales se funda la acción no*

ocurrieron”, “Legalidad del acto administrativo de adjudicación”, “Principio de buena fe en el PS y en las actuaciones judiciales”, “Imposibilidad de condenar a las sociedades que conforman el Consorcio Oriente” e “Imposibilidad de retrotraer las consecuencias del contrato y disminución de la indemnización pretendida por los accionantes”.

Las así planteadas no se tienen como unas excepciones propiamente dichas, toda vez que no constituyen hechos que se opongan a las pretensiones de la demanda; por el contrario, son aspectos sustanciales de derecho, argumentos de defensa y de respaldo a sus intereses, que se dirimirán más adelante en esta sentencia al momento de decidir de fondo el asunto litigioso, por cuanto son temas objeto del debate judicial; por lo tanto, conforme con el resultado que se expondrá en las presentes consideraciones, de manera consecuencial se tendrá la respuesta a los planteamientos efectuados por las vinculadas.

Estas dos empresas así mismo, propusieron la de “*Caducidad de la acción*”, con fundamento en que el contrato se perfeccionó el 26 de agosto de 2004 y los dos años se vencieron el 25 de agosto de 2006, pero la demanda se presentó el 4 de septiembre de 2006, cuando ya había vencido el término de caducidad.

Por su parte, Ecopetrol en su escrito de alegatos considera que hay en el proceso una doble caducidad: Para demandar el acto de adjudicación se tenían 30 días y al haber sido proferido el 19 de agosto de 2004 y la demanda presentarse el 4 de septiembre de 2006, la acción está fenecida; y para el contrato, como su vigencia fue de 176 días calendario, menos de dos años, la caducidad era por ese mismo tiempo, y como se liquidó el 15 de diciembre de 2005, el plazo para pedir la nulidad absoluta era hasta el 19 de agosto de 2006, pero al radicarse la demanda el 4 de septiembre de 2006, el plazo feneció.

La excepción propuesta se negará, por cuanto ningún respaldo tienen los criterios que aducen los excepcionantes.

En efecto, en este tipo de casos, cuando se cuestiona una adjudicación por considerarla ilegal y en los 30 días siguientes se suscribe el contrato, el proponente inconforme puede demandar después del perfeccionamiento del mismo, solo en ejercicio de la acción contractual –Ya no es viable la de nulidad y restablecimiento del derecho-, la que tiene un lapso de dos años de caducidad (Artículos 87 y 136.10.e, C.C.A).

El acto de adjudicación y el contrato se suscribieron el 19 de agosto de 2004; luego, se tenía hasta el 20 de agosto de 2006 para radicar la demanda, hecho que ocurrió no el 4 de septiembre de ese año como al unísono lo predicen los excepcionantes, sino el 18 de julio de 2006 (Hoja de reparto, fl. 43; y fl.1), esto es, dentro del término oportuno de los dos años que se exigían, con lo que no tuvo ocurrencia en el caso, el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción judicial.

2.2.2. En cuanto a **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)³.

2.3. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo del Meta, para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia de primera instancia; todos los demás trámites, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente (fl. 846-857).

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio recaudado y valorado, se destacan las siguientes:

- Acto demandado: Adjudicación del 19 de agosto de 2004 expedida por Ecopetrol, dentro del proceso de selección GEA-SO-RCC-3-071-04, en favor del Consorcio Oriente (fl. 62; 1755-1799, a.4).
- Contrato demandado: No. GEA-C-RCC-3-177-04 celebrado el 19 de agosto de 2004 entre Ecopetrol y el Consorcio Oriente, cuyo objeto era ejecutar Obras para la construcción del oleoducto Castilla II-Estación de Bombeo Apiay de la Superintendencia de Operaciones Apiay, por \$11.279.742.748, con plazo de 176 días calendario a partir de la suscripción del acta de inicio (fl. 62-94).
- 71 Normas de Ingeniería de Oleoductos -NIO- (fl. 157A-CD).
- Manual de contratación de Ecopetrol (fl. 167-276).
- Documentos del proceso de selección GEA-SO-RCC-3-071-04, incluyendo adendos, CEC, CGC, evaluación, ofertas presentadas y del contrato GEA-C-RCC-3-177-04 (fl. 95-108, 286-297, 369-371, 424, 456-512; a.1-4, 6, 8-10).
- Diligencia de Inspección Judicial en Ecopetrol sobre los archivos del proceso de selección y del contrato que se demandan en el proceso, adelantada a través del Juzgado 13 Administrativo de Bogotá (fl. 431-433; a.5).
- Documentos del exp. 2004-02033-01, 34694, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado (fl. 443-444; a.7).

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; CGP es el Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente de la sentencia que se cita; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba o referencia invocada y "c" se refiere a la carpeta o cuaderno, que si es de pruebas, se anota "c.pr"; "a" es Anexo; si no se menciona "c", es el principal.

- Dictamen pericial contable, rendido por Sergio Solano Cuéllar y su aclaración (fl. 445-512, 528-561).
- Dictamen pericial de ingeniería, rendido por Enrique Abello Suárez (fl. 743-787).

4. Caso concreto

4.1. Los demandantes pretenden que se declare la nulidad del acto de adjudicación del 19 de agosto de 2004 expedido por Ecopetrol, por el cual adjudicó el proceso de selección GEA-SO-RCC-3-071-04 al Consorcio Oriente, y como consecuencia, la nulidad también del contrato GEA-C-RCC-3-177-04 suscrito el 19 de agosto de 2004 entre la demandada y el Consorcio Oriente, y se condene a Ecopetrol como responsable de los perjuicios que les ocasionó por la que consideran ilegal adjudicación, entre otras pretensiones.

4.2. La entidad demandada en el proceso es Ecopetrol, cuyo régimen jurídico de contratación ha sido analizado por el Consejo de Estado (M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 24 de abril de 2020, rad. 13001-23-31-000-2011-00066-01, 64432), así:

“Debe tenerse en cuenta que los contratos referidos en esta controversia se suscribieron el 29 de diciembre de 2005, en vigencia del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

*“Artículo 76. 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. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.*

“Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

“En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos” (la negrilla no es del texto).

Es preciso agregar que para la fecha en que se celebraron los contratos aún no se había expedido la Ley 1118 de 27 de diciembre de 2006, por la cual se modificó la naturaleza jurídica de Ecopetrol –de sociedad pública a sociedad de economía mixta– y se definió que sus actos y contratos se regirían por el derecho privado⁴.

⁴ Ley 1118 de 2006. “Artículo 6o. Régimen aplicable a Ecopetrol. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.

Para esa época tampoco se había creado la Agencia Nacional de Minería (ANM),⁵ ni la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA⁶, con sus facultades de licenciamiento en materia de operación de refinerías, hoy contenidas en el Decreto 1076 de 2015, que compiló el Decreto 2041 de 2014.

Sin embargo, se registra que mediante el Decreto 1760 de 2003, dictado en desarrollo de la Ley 790 de 2002⁷, que creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos -ANH-, se le asignó a esa entidad la contratación en materia de exploración y explotación de hidrocarburos, bajo las reglas del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, al paso que respecto de Ecopetrol se dispuso la condición de sociedad pública por acciones, con capacidad de contratación, entre otras, en materia de refinación, bajo las normas de la Ley 489 de 1998⁸, así:

"Artículo 33. (...)

Artículo 34. (...)

Artículo 35. (...)".

En este proceso Ecopetrol sostuvo que la Ley 80 de 1993 *"más allá de consagrar el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades encargadas de la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales renovables, las autoriza[ba] a expedir un reglamento interno que regule el procedimiento de selección, cláusulas excepcionales, cuantías y trámites, que deba adelantar la empresa en desarrollo de su objeto social"*.

La Sala está de acuerdo con esa apreciación y precisa que las obras ordenadas por Ecopetrol - Gerencia de Refinería de Cartagena, objeto de los contratos *sub júdice*, en su momento eran conexas con las de refinación, a su vez calificadas como de explotación de recursos naturales, de manera que para el año 2005, antes de expedirse la Ley 1118 de 2006, estaban sometidas al reglamento de Ecopetrol y a la Ley 80 de 1993, tal como lo entendió esa entidad, al invocar sus disposiciones en sus contratos".

Las mismas consideraciones y conclusiones de nuestra Alta Corte se aplican al presente caso, toda vez que el Contrato GEA-C-RCC-3-177-04 celebrado el 19 de agosto de 2004 entre Ecopetrol y el Consorcio Oriente, cuyo objeto era ejecutar Obras para la construcción del oleoducto Castilla II-Estación de Bombeo Apiay de la Superintendencia de Operaciones Apiay (fl. 62-94) fue adjudicado y suscrito antes de la Ley 1118 de 2006, para una actividad realizada por la empresa en la explotación de recursos naturales, dentro de su sistema de transporte de hidrocarburos, contempladas en el Decreto 1760 de 2003, artículos 33, 34.2, 34.5, 35.1, 35.3 y 35.4.

⁵ Decreto 4134 de 2011. *"Artículo 4°. Funciones. Son funciones de la Agencia Nacional de Minería, ANM las siguientes: (...) 3. Promover, celebrar, administrar y hacer seguimiento a los contratos de concesión y demás títulos mineros para la exploración y explotación de minerales de propiedad del Estado cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley"*.

⁶ Decreto 3573 de 2011.

⁷ *"Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República"*.

⁸ Ley 489 de 1998. *"Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...) d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; (...), f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; Parágrafo 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado"*.

4.3. Cuando para la fecha de los hechos había inconformidad de un proponente con el resultado de un proceso de selección de contratista del Estado, se presentaban los siguientes escenarios, que surgen de inmediato con la adjudicación que se tilda de ilegal:⁹

a). Demandar dentro de los 30 días siguientes, pero antes de la suscripción del contrato: En acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para pedir la anulación del acto de adjudicación e indemnización.

b). Cuando en los 30 días siguientes, ni se firma el contrato, pero tampoco se demanda: Hay caducidad de la acción de restablecimiento del derecho, y se pierde la posibilidad de obtener el reconocimiento económico por los derechos que habrían sido vulnerados.

c). Si dentro de los 30 días siguientes se perfecciona el contrato, demandar en el tiempo que reste de ese lapso: Es la acción contractual, para pedir la nulidad del contrato, y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos para que prospere aquella, y procede la pretensión de indemnizaciones, pues es dable la acumulación de las mismas.

d). Demandar después de los 30 días, así el contrato se haya firmado dentro de ese plazo: La acción es la contractual, con caducidad de dos años; solo es viable la petición anulatoria del contrato y del acto de adjudicación para que aquella prospere; no proceden pretensiones ni condenas subjetivas de resarcimiento económico.

4.4. En el expediente está probado:

- El acto de adjudicación dentro del proceso de selección GEA-SO-RCC-3-071-04 (fl. 62; 1755-1799, a.4), se produjo el 19 de agosto de 2004.

- El contrato GEA-C-RCC-3-177-04 entre Copetrol y el Consorcio Oriente (fl. 62-94), se celebró el 19 de agosto de 2004.

- Por su parte, la demanda se radicó (fl. 1, 43) el 18 de julio de 2006.

En consecuencia y como quiera que la acción se instauró después de los 30 días siguientes a la fecha de adjudicación del contrato pero dentro de ese lapso se perfeccionó el negocio jurídico, el tema objeto de debate procesal se encuentra dentro del escenario **d)** del acápite precedente.

4.5. Definido lo anterior, se analizarán a continuación las diferentes circunstancias que aducen los demandantes como constitutivas de

⁹ Entre otras sentencias que conforman la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el tema: M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 10 de febrero de 2016, rad. 250002326-000-2003-00959-01, 38696; M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 9 de julio de 2014, rad. 660012331000200900087 02, 47830; M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, 10 de septiembre de 2014, rad. 2500023260002000 0130501, 27203, y M. P. (E) Hernán Andrade Rincón, 13 de agosto de 2014, rad. 25000232600020040120001, 35965. Y de la Corte Constitucional: C-1048 de 2001 y C-712 de 2005. Dentro de la normativa aplicable para la fecha de los hechos, se tienen los artículos 87 y 136.10.e del C.C.A y 44 de la Ley 80 de 1993.

ilegalidad del acto de adjudicación cuestionado, que lo acusan de violación de normas constitucionales, legales, pero de manera especial, de las reglas del proceso de selección. De igual forma, se abordarán inicialmente los cargos frente a la propuesta adjudicataria, la del Consorcio Oriente. Solo en caso que se acojan sus reproches contra dicha oferta y que con ello prospere su pretensión de declarar la nulidad del acto de adjudicación y la consecuencial de anulación del contrato, se establecerá si es procedente asumir la evaluación judicial de las demás ofertas, como la de Ismocol e incluso la suya misma, a efecto de determinar si en verdad como lo predicaban, era la mejor de todas y debió adjudicárseles el contrato.

A la propuesta del Consorcio Oriente, de manera concreta le endilgan los demandantes dos críticas:

- i). En el cuadro o Anexo 4, no asumió la modificación que introdujo el Adendo 1, que para los cinco numerales o ítems de tubería exigió ahora ofertar la descripción de "*Tubería lastrada y enterrada*", en lugar de la inicial que consistía solo en "*Tubería enterrada*" la cual mantuvo el Consorcio Oriente –El único oferente que persistió–; con tal omisión, consideran que la propuesta modificó dicho Anexo con lo que no se ajustó a lo requerido en los términos de referencia, y la hacía no elegible; y que además, con ello no ofertó su precio –El de *lastrada y enterrada*–, por lo que hay uno artificialmente menor al real que debería aplicar, que reclamará por desequilibrio económico pues instalará una –La *lastrada y enterrada*– que no propuso –Ofreció fue la *enterrada*– (Hechos 11, 12, 18, 21, fl. 7-8, 10-13; fundamentos de derecho, fl. 15-34; lo que reitera en los alegatos de conclusión, fl. 808-833).
- ii). Al utilizar Ecopetrol las fórmulas de desempate, se equivocó con el Consorcio Oriente, al considerar a un consorcio como una persona jurídica y que por lo tanto, el requisito de vinculación con la región debía serlo del consorcio y no de los miembros que lo componen, como es lo apenas lógico y adecuado de interpretar y aplicar (Hecho 22, fl. 13)

Frente al primer cuestionamiento, se encuentra que en efecto, Ecopetrol inicialmente con la solicitud de ofertas abierta dentro del proceso de selección GEA-SO-RCC-3-071-04, en el Anexo 4 correspondiente a Relación de cantidades estimadas de obra, precios unitarios y ofrecimiento económico, en algunos ítems de tubería (También había en los ítems 1.4.1. y 1.4.4. Instalación de tubería enterrada y superficial, los que no fueron cuestionados), establecía lo siguiente:

Norma	Ítem	Descripción	Unidad	Cantidad
NIO-0600	2.1.2.2.	Instalación de tubería enterrada	ml	492
NIO-0600	2.2.2.2.	Instalación de tubería enterrada	ml	644
NIO-0600	2.3.3.2.	Instalación de tubería enterrada	ml	523
NIO-0600	2.4.3.2.	Instalación de tubería enterrada	ml	1.102
NIO-0600	2.5.2.2.	Instalación de tubería enterrada	ml	95

También se demostró que con el Adendo 1, entre otros cambios, se modificó el Anexo 4, y en los cinco ítems que se acaban de mencionar, la norma ya era la "NIO 0903" y la descripción ahora exigía "*Instalación de tubería lastrada y enterrada*"; los números de los ítems, la unidad y la cantidad seguían siendo las mismas (fl. 456-462).

De igual forma, se acreditó que la propuesta a la que se le adjudicó el contrato, la del Consorcio Oriente, en el Anexo 4 incluyó los cinco ítems ya referidos, en los que coinciden en la norma, el número de los ítems, la unidad y la cantidad que exigía la regla del proceso de selección dada con el Anexo 4 del Adendo 1.

Pero también se probó, que en cuanto a la descripción, en las cinco actividades indicadas a ejecutar, la propuesta del Consorcio Oriente registró "*Instalación de tubería enterrada*" (fl. 502-509), cuando lo exigido en el Anexo 4 del Adendo 1, se reitera, era "*Instalación de tubería lastrada y enterrada*" (fl. 456-462).

No obstante, se encuentra que dicha falencia no constituye un error sustancial con la magnitud suficiente de producir la anulación del acto de adjudicación que se demanda.

En efecto, es claro que las dos actividades de construcción, la instalación de tubería "*enterrada*" y "*lastrada y enterrada*", son muy diferentes, y se probó en el expediente que la segunda de ellas tiene condiciones de ejecución, materiales, especificaciones técnicas y complejidades superiores a la primera, y así se advierte de las exigencias que contemplan las Normas de Ingeniería de Oleoductos -NIO- que se aportaron al expediente (fl. 157A-CD; 762-786) donde a la instalación de tubería lastrada y enterrada se rige por la NIO-0903 y la enterrada por la NIO-0600.

Ello también se refleja en la mayor inversión que se debe hacer en cada caso, pues en la zona del Departamento del Meta donde se ejecutó el contrato, para instalar un metro lineal de tubería lastrada y enterrada, se requerían \$680.000, mientras que para instalar un metro lineal de tubería enterrada se exigían \$90.000, según precios dados por el perito ingeniero en el proceso (fl. 755-756).

Sobre estos dos aspectos, tanto los demandantes como el perito hicieron apreciaciones y suposiciones sin ningún respaldo fáctico.

Así y sobre el primero, el Consorcio Oriente en el Anexo 4 de su oferta, se comprometió de manera expresa y concreta a ejecutar los cinco ítems de tubería que se cuestionan, con la aplicación de la norma NIO-0903, que es la que corresponde de forma taxativa a la instalación de tubería lastrada y enterrada (fl. 506-507). Así, no había lugar a equívocos ni alguna posibilidad para no tener por ofrecida dicha actividad; al tiempo que al contener su propuesta la indicación en los cinco ítems mencionados de la

utilización de la norma NIO-0903, ningún chance podía aducir después para en lugar de instalar tubería lastrada y enterrada, alegar que lo haría solo enterrada, porque en el Anexo 4 en la descripción no aparecía "lastrada".

Resalta tan de bulto esta circunstancia, que en el contrato se pactó exacta y precisamente, "*Instalación de tubería lastrada y enterrada*" (fl. 90-91), en los mismos cinco ítems, con igual unidad de medida y cantidades que contenía la oferta del Consorcio Oriente. Luego, a pesar de la omisión en el documento, el proponente sí ofreció instalar la tubería en la forma requerida en la regla del proceso de selección, esto es, "*lastrada y enterrada*" y por ello, sin discusión alguna lo convino en el contrato, lo que a su vez corrobora que Ecopetrol también tuvo claro siempre que era la actividad que se le propuso.

Y respecto del segundo, en la situación tampoco asoma duda. Ya se mostró que el perito estableció la gran diferencia en precios entre las dos actividades de instalación de tubería de oleoducto (\$680.000 y \$90.000).

Pues he aquí, que contrario a la endilgada mala fe que hacen los demandantes y el perito contra Consorcio Oriente, con la que supusieron precio artificialmente bajo, artimaña para ganar el contrato y futura reclamación por desequilibrio económico, se acreditó en el expediente que el consorcio adjudicatario ofertó precios en los cinco ítems, de instalación de tubería lastrada y enterrada y no de tubería enterrada, así esta última descripción sea la que aparezca en su propuesta.

En el Anexo 4 de la propuesta del Consorcio Oriente, los precios son: \$901.235 para los tres primeros ítems, \$1.349.273 para el cuarto, y \$1.081.482 para el quinto (fl. 506-507).

Como se observa, son incluso superiores a los que fijó el perito, con lo que se desvirtúan las suposiciones de este. Y son todavía más altos que los ofertados por los demandantes, que como Consorcio Ductos de Oriente propusieron \$512.754 en cada uno de los cinco ítems de instalación de tubería lastrada y enterrada (fl. 470-471), lo que hace desechar sus apreciaciones.

Como también se descarta, que lo consignado por el perito en el punto 8 del dictamen sobre reconocimiento económico que se le hizo al Consorcio Oriente en el acta de liquidación por obras no contempladas en forma específica en el contrato (fl. 758-759), se deba a que se ofertó instalación de tubería enterrada y como se instaló lastrada y enterrada, ello obedezca a suplir alguna diferencia por los precios de las dos actividades. Eso no sería aceptable pues carecería de fundamentos fácticos y jurídicos. En efecto, en el acta de liquidación (fl. 98-108) no se planteó discusión alguna en razón de los cinco ítems de instalación de tubería lastrada y enterrada que se pactaron en el contrato, y el reconocimiento al que alude el perito es por "Cruce Zonas Pantanosas", mientras que los cinco ítems no fueron

pactados para ese tipo de terreno, sino para el cruce de ríos, el Orotoy, el Acacías, el Chichimene, el Guayuriba y Negro (fl. 506-507).

A propósito del dictamen pericial de ingeniería (fl. 743-787), no se le asigna validez, solidez ni credibilidad, ya que además de lo señalado en los párrafos precedentes frente a sus conclusiones al sopesar los precios de los proponentes para las actividades de "Instalación de tubería lastrada y enterrada" y "Instalación de tubería enterrada", desconoce que en el Anexo 4 del Adendo 1, Ecopetrol sí estableció de manera estricta y expresa que la norma técnica para cada uno de los cinco ítems de "Instalación de tubería lastrada y enterrada" era NIO-903 (fl. 5-8, a.1).

Además, se apartó del objeto encomendado, el de un dictamen de ingeniería mecánica, para dar criterios que no le correspondían, como jurídicos ("*Lo anterior desarticula la sentencia del Consejo de Estado*", "*Incumplimiento del numeral 3.7 de los pliegos de la licitación*" (fl. 757-759), filosóficos ("*tratar de entender la filosofía del proponente*", fl. 756), y suposiciones ("*Quizás la verdadera intención del proponente ganador era sacar ventaja de la inducción a confusión*", "*Otra opción del proponente (...) sería significar*", y en franca alusión a Consorcio Oriente, "*Las tres (3) compañías participantes finalistas asimilando el concepto de buena fe en la contratación y demostrando su concepción de la negación del ventajismo*", "*y no tratar de acomodarlos para conseguir un valor mínimo (...) Sin reflejar el costo real de una actividad como es el de la tubería enterrada y lastrada*", "*resolvió el costo de los ítems colocando el de más valor aquel que tenía más posibilidades de ser reajustado y anexar adicionales, sentando jurisprudencia para los nuevos contratistas, que es el caso que presenciamos aquí, con el Consorcio Oriente*" (fl. 758-760).

De igual forma, con las circunstancias que en este expediente se acreditaron, no es necesario revisar lo que ocurrió en otros procesos de selección de Ecopetrol, pues el caso es independiente de estos; al igual que no inciden las providencias que se adoptaron en el expediente 2004-2033 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, ya que en ese proceso no hubo decisión de fondo sobre la legalidad del acto de adjudicación y del contrato que aquí se demandan.

Con todo lo anterior, se encuentra que si bien es cierto que en la descripción de los cinco ítems de instalación de tubería a que se ha hecho mención, se anotó en la propuesta del Consorcio Oriente "enterrada" y no "lastrada y enterrada" como lo exigía la regla del proceso de selección, no es menos cierto que dicha omisión no tuvo incidencia en los aspectos de calificación de las propuestas, ni implicó cambio alguno para lo pactado en el contrato, ya que en todo momento tanto el oferente como Ecopetrol la tuvieron como "lastrada y enterrada" sin lugar a controversia o equívoco; por lo tanto, no constituyó un condicionamiento ni una excepción a lo que estipuló la regla del proceso de selección, ni significó el incumplimiento de requisito alguno para participar, y en consecuencia era un ofrecimiento elegible, que no ameritaba la descalificación.

De manera que se trató de un descuido inocuo del proponente al escribir incompleta la descripción de los cinco ítems, que no resultó sustancial ni de trascendencia a la hora de establecer la adjudicación del contrato, pues no alteraba el precio ni otro factor de puntuación. No cualquier error de las entidades en la confección de sus pliegos o en sus procedimientos contractuales, o de los proponentes en sus ofertas, acarrea la descalificación en el proceso, y en estos casos debe evitarse el rigorismo de la formalidad excesiva.

Así lo ha consagrado el Consejo de Estado (M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 26 de febrero de 2018, rad. 68001-23-31-000-2001-01182-01, 41198):

“La Sala observa que una elección ceñida irrestrictamente a las formas puede revertir en contra de la libre concurrencia. De acuerdo con el principio de la libre concurrencia en las licitaciones públicas, debe permitirse que la mayor cantidad de particulares interesados puedan presentarse al proceso, para que se evalúen sus propuestas y la licitación se adjudique a precios del mercado¹⁰, consiguiendo así las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que es el objeto de la contratación estatal. En sentido contrario, un proceso guiado por criterios exclusivamente formalistas no lleva a la elección de la mejor propuesta, sino a la mejor “*de las pocas que quedaron luego de que la Administración eliminó las más que pudo por razones formales*”. De esta forma, la decisión se desvía hacia factores secundarios, olvidando el objetivo principal de la contratación”.

Incluso, nuestra Alta Corte ha determinado que ante algunas falencias no sustanciales de las ofertas (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 26 de noviembre de 2015, rad. 85001233100020110010901, 51376), es un deber de las entidades pedir las aclaraciones y las explicaciones pertinentes, y el no hacerlo acarrea responsabilidad para la licitante. En este caso, se reitera, no había duda para Ecopetrol que el Consorcio Oriente había propuesto en los cinco ítems ya reseñados del Anexo 4, Instalación de tubería “*lastrada y enterrada*” como lo pidió en el Adendo 1, y nunca asumió que a pesar de la omisión, el Consorcio solo ejecutaría “*enterrada*” y por ello, no vio necesario pedir alguna explicación:

“En armonía con lo dicho, el artículo 30 numeral 7 establece la manera de cómo deben estructurarse los procesos de selección, al señalar que: “*De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia¹¹, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables*”.

Es evidente que dicho estatuto previó la imposibilidad del rechazo *in limine* de las ofertas por el incumplimiento de formalidades e impuso a las entidades estatales la carga de alcanzar la claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la

¹⁰ “La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de los mismos suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con ellos”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Op. Cit.*, p. 739.

¹¹ La expresión “Términos de referencia” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

evaluación de las ofertas, para de esta manera, evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los proponentes. Es decir, que si la entidad no comprende alguna o algunas de las cosas señaladas en la oferta, o si existe contradicción, o si un requisito fue omitido debe la administración solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr los fines de la contratación”.

Y en otra sentencia (M. P. Enrique Gil Botero, 12 de 2014, rad. 25000-23-26-000-1996-12809-01, 27986) precisó:

“Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de *principio* del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que: (...)

ii) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento. (...)

iii) El artículo 30, numeral 8, de la Ley 80, (...).”

En consecuencia de lo que se expuso y demostró, no prosperan estas circunstancias que endilga la demanda en contra del acto de adjudicación que adoptó el 19 de agosto de 2004 Ecopetrol, pues se acreditó que la decisión fue legal, y por lo mismo, con ella ni se vulneraron las normas jurídicas que plantearon los demandantes, ni sus derechos fundamentales.

Respecto del segundo cuestionamiento que le formuló la demanda al acto de adjudicación acusado y que se refiere a la oferta adjudicataria del proceso de selección, se tiene que consiste en que se equivocó Ecopetrol al utilizar las fórmulas de desempate, de manera específica con el Consorcio Oriente, al considerar a un consorcio como una persona jurídica y que por

lo tanto, el requisito de vinculación con la región debía serlo del consorcio y no de los miembros que lo componen (Hecho 22, fl. 13).

En el procedimiento de solicitud de ofertas abierta GEA-SO-RCC-3-071-04, se estableció como el cuarto criterio de desempate: *"Si no obstante lo anterior continúa el empate, se adjudicará el Contrato al PROPONENTE vinculado a la región donde se ejecutará el contrato; dicha vinculación está relacionada con el domicilio principal del PROPONENTE o con el desarrollo de actividades industriales y comerciales en dicha región y para el efecto se tendrá en cuenta la información aportada con la propuesta"*.

El Consorcio Oriente con la oferta anexó el documento de conformación, en el que fijó como su sede la ciudad de Villavicencio, *"en la Carrera 33 No. 36-25 oficinas 303 y 304, Edificio Pasadena Plaza"* (fl. 938-939, a.3).

Los demandantes consideran que el Consorcio Oriente no debió ser tenido con vínculo con la región, ya que dicha característica solo era viable demostrarla por los integrantes del mismo y no por el Consorcio pues no es persona jurídica y por ello no debe ser tomada en cuenta la sede que se estableció en su acuerdo consorcial, que la situó en Villavicencio.

No hay duda que es cierto que al conformarse, el consorcio no se convierte en persona jurídica; pero ello no impide que adquiera algunas características que le permitan actuar por sí mismo, por ejemplo, celebración del contrato, la facturación contractual, los cheques se le giran a su nombre, cuentahabiente, es sujeto tributario, y contrario a lo que dicen los demandantes, sí puede demandar y ser demandado judicialmente, entre otras muchas situaciones que pueden presentarse sobre el tema.

Pero además, se destaca que la exigencia de las CEC hacía alusión en el criterio de desempate aludido, al PROPONENTE y *"con el domicilio principal del PROPONENTE"*. Y en este caso, contrario a la apreciación de los demandantes, el proponente era el consorcio y no sus integrantes individualmente considerados. Y los consorcios no solo tienen la naturaleza de contratistas, sino la obvia y previa obligatoria de proponentes, como lo establece la Ley 80 de 1993 en su artículo 6: *"DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"* y en el 7, que prescribe: *"DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por: 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. (...)"*.

El Consejo de Estado ha definido este tema con Sentencia de Unificación (M. P. Mauricio Fajardo Gómez, 25 de septiembre de 2013, rad. 250002326 00019970393001, 19933), y lo ha reiterado (M. P. Jaime Enrique Rodríguez

Navas, 31 de mayo de 2019, rad. 52001233100020110013401, 46597, entre otras), así: *"Por tanto, la Sala no comparte la premisa sobre la que el recurrente estructura este cargo, puesto que, si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, aquellos y estas sí cuentan con capacidad como sujeto de derechos y obligaciones para actuar frente a la administración contratante, por conducto de su representante"*.

Por lo tanto, al establecerse que la sede del Consorcio Oriente era en Villavicencio, situada dentro del sector de ejecución (Departamento del Meta), era jurídico tenerlo como vinculado a la región y tomarlo en su favor al dirimir el empate con el cuarto criterio fijado por Ecopetrol. A la dirección de esa ciudad se le remitieron documentos y los demandantes no probaron ni insinuaron que el Consorcio Oriente no haya funcionado allí. De ahí que este cargo de la demanda no fructifica en el proceso.

4.6. De conformidad con lo que se expuso y demostró en los acápites precedentes, se determina que no prosperan los cargos de la demanda en contra de la decisión administrativa por la que Ecopetrol le adjudicó el contrato al Consorcio Oriente. Lo que a su vez indica que no se afecta la legalidad del contrato suscrito, por cuanto la nulidad que se reclamó contra el negocio jurídico dependía que se declarara la del acto de adjudicación, como también sujetaba la posibilidad de analizar la procedencia de las aspiraciones indemnizatorias de los demandantes.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

Estas consideraciones conducen a establecer que por sustracción de materia, no se abordarán los cargos de la demanda contra la decisión cuestionada en relación con la negativa de declarar no elegible a la oferta de Ismocol, toda vez que incluso si prosperaran, ninguna incidencia tendría sobre la adjudicación que se hizo al Consorcio Oriente, que conservaría su plena legalidad, pues en ese caso la nulidad afectaría solo lo relativo a Ismocol, que como se observa, no fue la adjudicataria del contrato.

4.7. En consecuencia y frente al problema jurídico planteado, se responde que no son ilegales el acto de adjudicación y el contrato que cuestionaron los demandantes. Y como la respuesta es negativa, no procede analizar el tema de las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta segunda instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por



correo -Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, (i) Se remita copia de esta providencia por correo -Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

CUARTO. ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

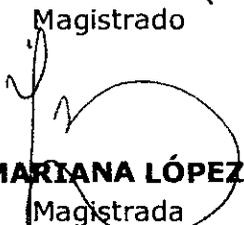
QUINTO. ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO

Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO

Magistrada


LIDIA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Magistrada