

429

866

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000232600019961176101 (20911)

Actor: SOCIEDAD ASEGUROS LTDA.

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ

Asunto: Acción de controversias contractuales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de marzo de 2001, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, en la que se declaró probada la excepción de caducidad. La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será modificada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 19 de diciembre de 1995, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A., modificado por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989) ASEGUROS LTDA., formuló demanda contra la Empresa de Telecomunicaciones, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que es nulo el artículo primero de la Resolución 9405 del 16 de diciembre de 1994 emanada de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de



Bogotá, por virtud de la cual se dispuso adjudicar el concurso de méritos n.º 001/94 '...a Saiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros como auditor con el 40% por haber tenido el segundo puntaje'.

SEGUNDA.- Que también es nulo el artículo tercero de la mencionada resolución, en la medida en que dispuso que 'La firma Saiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros deberá presentar dentro de los cinco días calendario siguientes a la notificación de la presente resolución una certificación expedida por un revisor fiscal en la cual conste el valor de las primas recaudadas en el sector oficial y el porcentaje de participación con relación a lo certificado por el mismo oferente en su propuesta'.

TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad absoluta del contrato que se hubiera celebrado con Saiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros con el objeto de asesorar a la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, en el manejo de las pólizas que integran su programa de seguros.

CUARTA.- Que en atención al puntaje obtenido por Aseguros Ltda. en el concurso de méritos 001 de 1994, convocado por la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, le sea adjudicado el contrato para asesorar a tal entidad en el manejo de las pólizas que integran su programa de seguros.

QUINTA.- Que si para la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que ha de poner fin al presente proceso, el contrato cuya nulidad se solicita se hubiere cumplido en su totalidad y en consecuencia no fuere posible adjudicárselo a mi mandante, se condene a la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá a indemnizar a Aseguros Ltda. la totalidad de los perjuicios en que esta última hubiere incurrido, lucro cesante y daño emergente incluidos.

SEXTA.- Que en el evento mencionado en el numeral anterior y como parte integrante del daño emergente, se condene a la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá al pago a favor de mi mandante de la suma correspondiente a la desvalorización del peso colombiano liquidada sobre la indemnización a que haya lugar, desde la fecha en que se ocasionó el perjuicio hasta que se verifique el pago."

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. El 11 de noviembre de 1994, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá abrió el concurso de méritos n.º 001 /94 con el objeto de seleccionar dos firmas intermediarias de seguros para que la asesoren y presten sus servicios en el



430

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

manejo de las pólizas que integran el programa de seguros para el cubrimiento adecuado de sus bienes e intereses patrimoniales.

2.2 Que en los términos de referencia en el número 9 se especificó que la evaluación de las propuestas se efectuaría con base en un puntaje cuyo máximo sería de 1000 puntos, adjudicándose a la capacidad técnica y de servicio un máximo de 600. Que la capacidad técnica y de servicio, se descompuso en tres rubros, dentro de los cuales, el "tamaño en primas" otorgaba un máximo de 50 puntos.

2.3 Que el demandante obtuvo el cuarto lugar en la evaluación de las ofertas con 779,76 puntos, luego de Valencia e Irragorri Ltda que obtuvo 911 puntos y Saiz y Cía Ltda. que obtuvo 841,84 puntos.

Que en lugar de rechazar la propuesta por falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por el pliego, "decidió corregirle motu proprio (sic) el defecto -por sí y ante sí- y asignar un puntaje sobre unas cifras diferentes a las suministradas por el proponente". Que estos defectos fueron puestos de presente a la entidad accionada, mediante comunicación 10467 de 9 de diciembre de 1994.

2.4 Que en la audiencia de adjudicación del concurso, el demandante presentó un certificado expedido por el Banco Cafetero, que demostraba "que ni siquiera esa era la suma realmente facturada, puesto que la póliza global bancaria cuyas primas Saiz y Cía. Ltda. reclamaba como facturadas por ella, sólo le pertenecían en parte puesto que compartían dicha póliza con el propio Aseguros (...) En otras palabras, Saiz y Cía. Ltda. estaba ganando indulgencias con avernarias ajenas sino -lo que resulta más aberrante- con las de su propio competidor".



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

2.5 Que en la audiencia se decidió adjudicar el concurso de méritos a Valencia Irragorri y Cía Ltda. con el 60% como líder y a Saiz de Castro con el 40%, “ad referéndum de que el estudio de las cartas presentadas por Aseguros no modifique el estudio presentado a la audiencia”.

2.6 Que desconoce si ese estudio se realizó o no, “porque lo único que supo luego, por comunicación que le enviara la empresa era que el concurso le había sido adjudicado en un 40% a Saiz y Cía Ltda. Que al adjudicar de esta irregular manera el concurso a una persona que no cumplió con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, el actor se vio privado de la posibilidad de celebrar el contrato y con ello de percibir las comisiones que les corresponden a los corredores de seguros por este concepto”.

3. Normas infringidas y concepto de la violación

El actor consideró que la actuación de la entidad transgredió el artículo 25 numeral 8 de la Ley 80 “al adjudicarse el concurso en la forma descrita en el acta de adjudicación y en la Resolución 9405 de 1994”, en tanto esa norma señala que el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes a los previstos en esa ley.

Que también fue violado el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80, que establece que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, en tanto “al evaluar los documentos con los que Saiz y Cía. Ltda. pretendió demostrar la cuantía de las primas que había facturado al sector oficial, la empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, encontró que eran inferiores a las que la firma pretendía y en vez de descalificarla automáticamente, procedió a efectuar



431

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

otros análisis —que posteriormente resultaron también equivocados- con lo cual adecuó una propuesta que no se ajustaba a los pliegos de condiciones a los términos reales de estos últimos”.

4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda

En auto de 23 de mayo de 1996 el Tribunal *a quo* admitió la demanda, negó la suspensión provisional solicitada y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público, al demandado y al gerente de la sociedad Saiz Cía Ltda.

5. La oposición de la demandada

La entidad pública demandada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros. Manifestó que la evaluación a que hizo referencia el actor corresponde a la realizada el 2 de diciembre de 1994, puesta a disposición de las partes por cinco días conforme lo orden el artículo 30 numeral 8° de la Ley 80, se rehizo la evaluación el 16 de diciembre. Agregó que “esta nueva evaluación se realizó teniendo en cuenta las objeciones planteadas por los proponentes durante los cinco días dados por la ley, en forma especial por las observaciones de Aseguros quien sube 31 puntos”.

Que por este motivo no hay lugar a descalificar al proponente Saiz y Cía Ltda., por cuanto la sanción o consecuencia jurídica del proceder de este proponente no es la de descalificación o rechazo de la propuesta “sino la de descontarle el valor de las primas colocadas que no correspondían a lo solicitado por la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, que fue lo que efectivamente se hizo”.



Que a pesar de la redacción del acta de audiencia pública, la adjudicación no se hizo *ad referendum*, pues la adjudicación se concretó mediante el acto administrativo demandado, esto es, la resolución 9405 de 16 de diciembre de 1995. La demanda confunde el acta de adjudicación con la resolución de adjudicación, “induciendo a error al juzgador”.

Propuso como excepción la ausencia total de poder para las pretensiones contractuales y falta de legitimación parcial en la causa por activa. Expuso que la única persona afectada con la supuesta adjudicación condicionada es Saiz y Cía Ltda. y no Aseguros Ltda. pues a esta última no se le adjudicó el contrato. Invocó como excepción igualmente indebida acumulación de pretensiones: “la demanda acumula pretensiones propias de la acción de nulidad y restablecimiento con pretensiones propias de la acción contractual”.

Por su parte, Saiz y Cía Ltda. adujo razones similares a las expuestas por la ETB y añadió que lo que procedía, como en efecto sucedió, no era una resta de los 50 puntos, sino una disminución proporcional del puntaje y que la propia administración ya ajustó “en consideración a las observaciones presentadas por la propia demandante las cuantías base para la evaluación de este ítem, efectuando los arreglos correspondientes en la calificación de mi poderdante”.

Agregó que las condiciones de rechazo estaban claramente precisadas en los términos de referencia sin que se configurara ninguna para el proponente ganador, “dentro de una conducta absolutamente legal”, la ETB procedió a desglosar los valores totales relacionados por Saiz y Cía Ltda. “con el propósito de establecer el monto de las participaciones de mi procurada en los contratos que ella, como corredor líder, facturaba”.



Expuso que en el acto administrativo de adjudicación, Resolución 9405 de 1994, no existe ningún tipo de adjudicación *ad referendum* o condicionada, es una adjudicación pura y simple.

6. Actuación procesal en primera instancia

Por auto de 22 de agosto de 1997 se abrió el proceso a prueba y se decretaron las pedidas por el actor con la demanda y por los accionados en sus respectivos escritos de contestación. El 17 de junio de 1999 se llevó a cabo audiencia de conciliación, la cual fracasó por falta de ánimo conciliatorio de las partes.

Mediante providencia de 9 de agosto de 1999, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual la ETB a más de reiterar lo expuesto en la respuesta a la demanda agregó que en el proceso no obra prueba del mejor derecho a la adjudicación. A su turno, Saíz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros pidió no acceder a las súplicas de la demanda al encontrar que no se demostró que su propuesta era mejor que la de la adjudicataria. Por su parte, el demandante reprodujo los argumentos consignados en su escrito de demanda.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada, luego de fijar la cuestión litigada concluyó que la acción no fue ejercitada dentro del término fijado por la ley para relativa a las controversias de los actos previos a la celebración del contrato estatal. Explicó que según la jurisprudencia, la adjudicación del concurso por ser un acto precontractual sólo podía judicializarse antes del término de 4 meses, previsto en el artículo 136 del CCA (subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989), lo cual no ocurrió en este evento.



8. El recurso de apelación

La parte demandante presentó el 26 de abril de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, el cual sustentó el 7 de diciembre siguiente con el fin de que fuera revocada y en su lugar acogidas las súplicas de la demanda.

En su escrito indicó el recurrente que el proceso se promovió con el fin de que se declarara la nulidad absoluta del contrato, ya que se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo en que se fundamenta, esto es, la Resolución n.º 9405 de 1994. Alegó que “no se pretende con la demanda que se declare la nulidad de la Resolución 9405 del 16 de diciembre de 1994, como lo entendió el Tribunal, sino que se declare la nulidad absoluta del contrato que hubieren celebrado (...) como consecuencia de la adjudicación contenida en la resolución, acto, incluido en el artículo primero y tercero de la resolución, que a nuestro juicio viola normas de carácter superior”.

9. Actuación en segunda instancia

El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 1 de noviembre de 2001. Mediante auto de 7 de diciembre siguiente se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto. La ETB solicitó confirmar la sentencia, por cuanto “por la forma como está redactada la demanda es claro que la nulidad del contrato se solicitó a manera de restablecimiento del derecho que estimó conculcado por los actos administrativos demandados”. En adición expuso nuevamente los argumentos para que en caso de decidirse de fondo, sea despachada desfavorablemente la demanda.



433

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

Saiz y Cía. Ltda. destacó que las pretensiones de la demanda apuntan a la declaración de nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de ella, a la nulidad del contrato y que por ello hay lugar a confirmar la decisión impugnada. A continuación reiteró lo expuesto en el proceso. El demandante allegó memorial en el que repitió lo consignado en el recurso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala modificará la sentencia del *a quo*, para lo cual abordará el análisis de los siguientes aspectos: 1) la competencia; 2) el objeto de la acción y el motivo de la apelación; 3) hechos probados; 4) el término para accionar en nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de adjudicación; 5) la acción contractual de nulidad absoluta del contrato 6) los cargos de nulidad absoluta del contrato.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y por el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a la suma de



\$76.000.000,00 y la mayor cuantía para la fecha de presentación de la demanda - 19 de diciembre de 1995- era de \$9.610.000,00, lo cual comportaba que el proceso se tramitara en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado.

2. El objeto del litigio y el motivo de la apelación

La sociedad demandante persigue la nulidad parcial de la Resolución n.º 9405 de 1994, por la cual la ETB adjudicó el concurso de méritos n.º 001/94 y que “como consecuencia de lo anterior” se declare la nulidad absoluta del contrato que se hubiera celebrado y que le sea adjudicado el contrato para asesorar a tal entidad en el manejo de las pólizas que integran su programa de seguros.

La actora centró su censura contra el acto de adjudicación -y en consecuencia contra el contrato finalmente celebrado- en dos cargos: (i) violación del numeral 8º del artículo 25 de la Ley 80, al estimar que se sometió a una aprobación administrativa posterior y a requisitos o exigencias no previstos en esa ley y (ii) trasgresión del numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80, en tanto al evaluarse la propuesta del adjudicatario, la entidad oficial procedió a adecuarla en tanto no se ajustaba a los pliegos de condiciones.

El Tribunal *a quo* declaró la caducidad, al estimar que el demandante tuvo conocimiento de la adjudicación en la audiencia pública realizada el 16 de diciembre de 1994 y comunicada mediante oficio n.º 723 de 3 de enero del año siguiente, de modo que “la demanda debió promoverse antes del 4 de mayo de 1995, pero revisado el expediente se verifica que la presentación de la demanda se realizó el día 19 de diciembre de 1995”.



434

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

En el recurso de apelación, la parte demandante señaló que el término de caducidad de la acción de nulidad absoluta intentada en el presente proceso es de dos años según el artículo 136 C.C.A., contados a partir del perfeccionamiento del contrato.

En este contexto, el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala, estriba en establecer, en primer lugar, si la demanda fue o no, oportunamente presentada y, en segundo lugar, en caso positivo en determinar si el acto de adjudicación es encuentra, como alega el demandante, viciado de nulidad y -en consecuencia- debe procederse a anular el contrato celebrado con base en el mismo y a restablecer el derecho de la demandante.

3. Hechos probados

En cuanto al problema jurídico por resolver, el acervo probatorio muestra:

3.1 Que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB SA ESP es una empresa de servicios públicos, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal aportado al proceso (original, fls. 254 a 306 c. ppal.).

3.2 Que el 11 de noviembre de 1994 la ETB abrió el concurso de méritos n.º 001/94, cuyo objeto era la selección de dos firmas de corredores de seguros para que asesoraran a la ETB en el manejo de las pólizas que integran el programa de seguros, según se desprende de lo expresado en el primer considerando de la Resolución n.º 9405 de 1994 (copia auténtica fls. 1 a 3 c. 2 de prueba), en el primer folio de los términos de referencia respectivos (copia fls. 88 a 104 c.2 de pruebas) y en el “Estudio jurídico técnico y financiero del concurso público de méritos 001/94” que obra a fls. 114 a 128 y 147 a 151 c.2 de pruebas.



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

3.3 Que los términos de referencia previeron en el punto 9º (criterios de evaluación) que la evaluación de las propuestas se efectuaría teniendo como puntaje máximo 1000 puntos, de los cuales la capacidad técnica tendría un máximo de 600 puntos, la capacidad de organización 200 puntos y la capacidad financiera 200 puntos.

Que el *ítem* de capacidad técnica tenía en cuenta “la calidad y alcance de la capacidad técnica del proponente, el plan de seguros recomendado y los criterios utilizados para estructurar el mismo” y tenía un puntaje asignado de seiscientos (600) puntos, que el pliego de condiciones discriminó de la siguiente manera:

Capacidad técnica y experiencia		600
Capacidad técnica		225
Asesorías en seguros (Estructuración programa)	25	
Asesorías administración de riesgos	25	
Asesorías en siniestros	25	
Asesorías en sistemas	25	
Otras asesorías	125	
Servicios ofrecidos		225
Experiencia		150
Cuentas similares	50	
Tamaño en primas**	50	
Antigüedad de la empresa	25	
Directivos y técnicos	25	

** El ítem destacado en negrillas es el discutido en este proceso

Ítem –pues- que incluía un rubro de “experiencia” el cual a su vez comprendía el de “tamaño de primas” que tenía una puntuación asignada máxima de 50 puntos, acorde con los términos de referencia (copia fls. 88 a 104 c.2 de pruebas y fls. 423 a 439 c. 3 de pruebas).

Que de acuerdo con lo establecido en el numeral 7.8 del pliego de condiciones, dentro de los documentos que debían acompañar la propuesta estaba la



435

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

“información de los clientes a quienes hayan prestado o estén prestando asesoría relacionada con programas de seguros con riesgos similares a los del presente concurso, indicando la clase de pólizas, valores asegurados, amparos, calidad en que se actúa, participación, tiempo de servicio y cualquier información de interés” (copia fls. 105 a 107 c. 2 de pruebas y fls. 423 a 439 c. 3 de pruebas).

Que de acuerdo con el adendo n.º 1 al concurso público de méritos n.º 001/94 el “tamaño de primas” requerido aludía al “valor total facturado en primas del sector oficial según el anexo 2 de los términos de referencia” (copia fls. 105 a 107 c. 2 de pruebas y fls. 423 a 439 y fls. 516 a 518 c. 3 de pruebas).

3.4 Que las causales de rechazo de las ofertas fueron previstas en el numeral 15 del pliego de condiciones, en forma taxativa para únicamente los siguientes eventos:

- “1. Extemporaneidad de la propuesta
- 2. No acreditar los requisitos exigidos en los términos de referencia del concurso.
- 3. Omitir cualquiera de los siguientes documentos:
 - Garantía de seriedad de la oferta
 - Certificado de constitución expedido por la Superintendencia Bancaria.
 - Certificado de Cámara de Comercio sobre inscripción de documentos.
 - Balance general y estado de pérdidas y ganancias correspondiente al año de 1993
 - Fotocopia de póliza de infidelidad y riesgos financieros y responsabilidad civil profesional
 - Carta de presentación de la propuesta (anexo 1)
- 4. Cuando el proponente se encuentre inhabilitado o tenga incompatibilidad, de acuerdo con los presentes términos de referencia (...)” (copia fl. 99 c. 2 de pruebas y fls. 423 a 439 c. 3 de pruebas).

3.5 Que la sociedad Sáiz y Cía Ltda. Corredores de Seguros presentó con su propuesta una certificación del Banco Cafetero, fechada el 18 de noviembre de 1994, en donde se indica que es su corredor de seguros desde hace ocho años y que “actualmente tiene la calidad de líder con una participación de 65% en las Pólizas del Banco y Empleados, 23.75 y 23.13% en los Seguros de Deudores y



20% como Corredor participe en los Seguros de Salud” (copia fl. 248 c. 2 de pruebas).

3.6 Que la sociedad Saiz y Cía. Ltda. presentó una propuesta con un valor total de primas facturadas al sector oficial de \$20.550.701.840, suma que aparece en los cuadros resúmenes de su propuesta. Valor que en una primera evaluación fue ajustado por la ETB, conforme a la información disponible a \$17.186.651.000 con una calificación de 43 puntos sobre 50.

De lo anterior dan cuenta el cuadro n.º 8 de evaluación-capacidad técnica y de servicio (copia, fl. 76 A y 469 c. 3 de pruebas¹) y el acta de la audiencia pública de adjudicación n.º 18/94 (copia auténtica fls. 4 a 14 c. 2 de pruebas).

3.7 Que con posterioridad el hoy accionante objetó el monto de las primas facturadas por Saiz y Cía. Ltda., en especial los que compartía con aquel, y como consecuencia de ello la ETB ajustó el valor del *ítem* “tamaño en primas” a \$8.674.863.000, calificando definitivamente ese aspecto con 21.70 puntos de 50 máximos, según da cuenta el cuadro n.º 8 de evaluación -capacidad técnica y servicio- (copia fls. 193 y 494 c. 3 de pruebas).

3.8 Que la ETB tuvo en cuenta las observaciones de la hoy demandante y procedió en consecuencia a calificar nuevamente la propuesta de Saiz y Cía. Ltda., en relación con el *ítem* “tamaño en primas”. De ello da cuenta la comunicación n.º 265812 de diciembre 16 de 1994 a través de la cual la ETB respondió las observaciones hechas por la hoy actora, donde se dice textualmente en el numeral 6º: “Con relación al primaje, se verificaron nuevamente las primas facturadas en los ramos del anexo 2 del pliego de

¹ El cuaderno 3 de pruebas está integrado por 390 folios que fueron remitidos al a quo por la Personería Delegada para la vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, según oficio n.º 3657 de 25 de noviembre de 1997 (fl. 1 c. 3). Del fl. 392 al fl. 523 obran los “antecedentes administrativos” de la Resolución n.º 9405 de 16 de diciembre de 1994, enviados al Tribunal por oficio de 13 de enero de 1998 por la Jefe de la Oficina Jurídica de la ETB (fl. 391 c.3).



436

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

condiciones con los porcentajes de participación del oferente Saiz & Cía Ltda. Corredores de Seguros, evento que redujo el tamaño de las primas y por ende el porcentaje respectivo, como se puede apreciar en el cuadro 8". (copia fls. 165 a 174 c. 3 de pruebas).

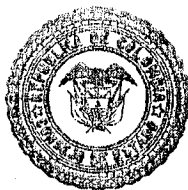
En el mismo sentido en el acta de la audiencia pública de adjudicación n.º 18/94 (copia auténtica fls. 4 a 14 c. 2 de pruebas), se puso de presente que:

"Respecto al concepto emitido por el asesor de Aseguros, el Doctor Dávila da la palabra al Doctor Antonio Jouve, Subgerente Jurídico de la Empresa el cual expresa que la Empresa consideró omitir y no evaluar los ramos de seguros presentados por Sáiz y Cía. Ltda., puesto que no eran objeto de la calificación, razón por la cual los \$20.000.000.000,00 de pesos presentados por Sáiz se corrigió en el estudio inicial a \$17.000.000.000,00 corregido de acuerdo a lo manifestado por usted [se refiere al consultor de Aseguros Ltda.] y corregido nuevamente al hacer el estudio a \$8.000.000.000,00 de pesos, toda vez que la Empresa debe buscar el fondo de lo presentado por el oferente en su propuesta, pues desconocer dicha información desestimaría (sic) si lo contenido en ella no se considerara, razón por la cual se ajustó únicamente al estudio solicitado en los términos de referencia. Al respecto cabe aclarar que la Ley 80 de 1993, al establecer los parámetros de selección objetiva de los contratistas en el parágrafo 4º establece: 'El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones de mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello'.

El Gerente da la palabra al Doctor Luis Alfonso Onzaga, Director de Adquisiciones, el cual manifestó cómo se realizó el estudio de las cifras, para el caso específico de Sáiz y Cía. Ltda. donde la corrección efectuada baja su monto no de \$20.000.000.000,00 a \$17.000.000.000,00 de pesos, sino a la cifra de \$8.000.000.000,00 (...)"

3.9 Que dentro del proceso de selección se llevaron a cabo dos calificaciones, la segunda de las cuales se adelantó con base en las observaciones presentadas por los oferentes, evaluación que arrojó los siguientes resultados²:

² Este cuadro se hizo a partir de lo consignado en el acta de adjudicación correspondiente (fls. 4 a 9 c. 2 de pruebas) y en los informes de evaluación respectivos aportados al plenario que obran a fls. 114 a 128, 147 a 151 ("Estudio jurídico técnico y financiero del concurso público de méritos 001/94), 265 a 267 ("Informe Concurso de méritos n.º 001/94); 270 c. 2 de pruebas y 468 c. 3 de pruebas ("Cuadro Resumen").



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

Proponente	Primera calificación	Segunda calificación (definitiva)
Valencia e Irragorri Cía Ltda. Corredores de Seguros	911,00	911,00
Saiz y Cía Ltda. Corredores de Seguros	841,84	874,55
Delima & Cía. Bogotá Ltda. **	827.16	859.16
Aseguros Ltda.	779.76	810.76
Proseguros Promotores de Seguros Ltda.	625.50	667.53
Rueda Barrera & Cía. Ltda. Corredores de seguros	522.56	565.18

**Esta propuesta finalmente fue rechazada

De modo que la diferencia de puntajes entre el segundo y tercer lugar³, esto es entre Saiz y Cía Ltda y Aseguros Ltda (en sombreado en el cuadro) en la evaluación definitiva fue de 63.79 puntos.

3.10 Que el Director de la División Administrativa y de Contratos y el Subgerente Jurídico de la ETB en memorando interno frente a las observaciones de la Compañía Aseguros Ltda de diciembre 9 de 1994, pusieron de presente que la evaluación y calificación del tamaño en primas se hizo de acuerdo con lo exigido en los términos de referencia (anexo número 2- adendo número 1- respuesta a la pregunta 3) "ya que en tal sentido esta debe buscar el fondo de la experiencia del oferente para encontrar la realidad objetiva de la propuesta y para ello con base en la información presentada desestimaría lo allí contenido y que no sea inherente a los riesgos de la Empresa. Ajustándose así únicamente la información requerida para efectos de calificación. Adicionalmente deben estudiarse los porcentajes indicados por el oferente dentro de su propuesta en relación con negocios efectuados paralelamente con otros corredores de manera

³ Como ya se precisó la propuesta de Delima & Cía. Ltda. que ocupaba el tercer lugar fue rechazada, por lo que Aseguros Ltda. que fue calificada en cuarto lugar, subió un puesto.



437

tal que la empresa logre establecer el monto que realmente corresponde al oferente" (copia, fls. 195 a 198 c. 2 de pruebas).

3.11 Que el Gerente de la ETB convocó a audiencia de adjudicación para el 16 de diciembre de 1994, audiencia en la que se dio lectura a las cartas de observaciones presentadas por los proponentes y a las respuestas dadas por la Empresa y se dio oportunidad a los oferentes para controvertirlas.

En tal la audiencia el oferente Aseguros Ltda. hizo una serie de "observaciones a las cartas de respuesta reiterando lo manifestado en la carta inicial las cuales fueron aclaradas en la misma audiencia", según da cuenta la Resolución n.º 9405 de 1994 (copia auténtica, fl. 1 a 3 c. 2 de pruebas) y el acta de adjudicación respectiva (copia auténtica fls. 4 a 14 c. 2 de pruebas y fls. 394 a 399 c. 3 de pruebas).

El mismo proponente presentó unas certificaciones adicionales sobre información que suministró la firma Saiz & Cía. Ltda. en su oferta, certificaciones que fueron analizadas por la ETB y no modificaron el estudio, como se desprende del contenido de la citada acta de audiencia de adjudicación (copia auténtica fls. 4 a 14 c. 2 de pruebas y fls. 394 a 399 c. 3 de pruebas):

"Nuevamente el representante de Aseguros solicita la palabra, el señor Gerente le conceda la palabra a Julio Arciniegas quien manifiesta que Saiz y Cía Ltda. Corredores de Seguros hizo incurrir en error a la empresa toda vez que certificó Primas por valores y porcentajes diferentes a los que realmente percibe corroborando lo anterior presenta una certificación del Banco Cafetero que establece lo siguiente: 'Que nuestra póliza de vida Grupo de Deudores de Cartera, cuya prima anual aproximada es de \$4.402.391.313. Fue adjudicada al grupo de corredores que lidera el consorcio conformado por Saiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros y Aseguros Ltda. con un porcentaje del 38%. Como corredores partícipes fueron designados Delima y Cía. Bogotá Ltda. con una participación del 33% y Proseguros Ltda. con una participación del 29%, según carta Dsg-035 de enero 31 de 1994'. También se anexa.



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

Posteriormente manifiesta que a Sáiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros no se le ha debido hacer el ajuste sobre lo manifestado por él en la propuesta, toda vez que el espíritu de la ley 80 establece que la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas...buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección; además, se afirma que todo ello se debe realizar en un contexto de máxima eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y obviamente, de una estricta responsabilidad.

Al respecto el doctor Gallo pide la palabra y manifiesta que el espíritu de la Ley 80 es descalificar las propuestas que no cumplan las condiciones del pliego y no permite de ninguna manera efectuar ajustes a las propuestas tal como lo efectuó la Empresa con la firma Sáiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros.

Al respecto el Doctor Antonio Jouve toma la palabra y aclara al Doctor Gallo que tal teoría era admisible bajo el espíritu del decreto 222, más no bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, puesto que esta última lo que pretende es precisamente evitar que las licitaciones se vayan para desiertas por errores de forma por tal razón y teniendo en cuenta que la firma Sáiz y Cía Ltda. Corredores de Seguros había suministrado la información dentro de su oferta a la Empresa le correspondía tomar de esa información lo pertinente para verificar la experiencia de acuerdo con lo solicitado en los términos de referencia es así como en las licitaciones de obra pública se efectúan las correcciones aritméticas a las ofertas siguiendo el espíritu de la Ley 80.

Además manifiesta que las observaciones han sido aclaradas suficientemente por la Empresa”.

3.12 Luego de esta intervención del Subgerente Jurídico de la ETB, el Gerente de la misma manifestó que “el proceso se ha llevado a cabo con la mayor transparencia tal como lo establece la ley 80 de 1993 siendo así que se puso a disposición las ofertas, los estudios los cuales fueron remitidos a cada uno de los oferentes, así como se les envió las cartas de observaciones que cada uno de ellos presentó”.

El mismo funcionario aclaró luego a Aseguros que “se solicitó subsanación de documentación a Aseguros, a Delima y Cía. Bogotá Ltda., a Rueda Barrera Cía. Ltda. a Proaseguros Productores de Seguros Ltda., cumpliendo así el principio de economía establecido en la misma Ley 80 de 1993”. En el acta respectiva se dejó a continuación consignado que “[c]on lo anterior quedan debidamente



438

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

aclaradas todas las inquietudes presentadas en su carta y en esta audiencia” (copia auténtica fls. 4 a 14 c. 2 de pruebas y fls. 394 a 399 c. 3 de pruebas).

El Gerente de la ETB informó también que “se reunirá con su grupo de trabajo para estudiar las dos certificaciones presentadas por Aseguros Ltda. sobre la oferta de Sáiz y Cía Ltda., Corredores de Seguros” e informó a continuación “los puntajes de los estudios definitivos de las propuestas” (subraya la Sala):

Proponente	Estudios definitivos
Valencia e Irragorri Cía Ltda. Corredores de Seguros	911,00
Sáiz y Cía Ltda. Corredores de Seguros	874,55
Delima & Cía. Bogotá Ltda.	859.16
Aseguros Ltda.	810.76
Proseguros Promotores de Seguros Ltda.	667.53
Rueda Barrera & Cía. Ltda. Corredores de seguros	565.18

A continuación en el acta se consignó que no cumplían “desde el punto de vista jurídico” las ofertas de: Delima y Cía. Bogotá Ltda., Proseguros Productores de Seguros Ltda. y Rueda Barrera Cía. Ltda. Corredores de Seguros.

3.13 En esa audiencia la ETB adjudicó el concurso público de méritos n.º 001/94 a Valencia & Irragorri y Cía. Ltda. con el 60% como “líder” y a Sáiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros con el 40% como “auditor”. Y a continuación se consignó en el acta: “lo anterior *ad referendum* de que el estudio sobre las cartas presentadas por Aseguros no modifiquen el estudio presentado a (sic) la Audiencia”, según da cuenta copia auténtica del acta respectiva (fls. 4 a 9 c. 2 de pruebas y fls. 394 a 399 c. 3 de pruebas)

3.14 Mediante Resolución n.º 9504 de 16 de diciembre de 1994, la ETB adjudicó el concurso en un 60% a Valencia & Irragorri como líder y en un 40% a Saiz &



Cía. Ltda., por haber obtenido la primera “el mayor puntaje” y ésta “el segundo puntaje”.

El mismo acto administrativo dispuso que la firma Saiz y Cía. Ltda. corredores de Seguros debía presentar, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esa resolución, una certificación expedida por su revisor fiscal en la cual conste el valor de las primas recaudadas en el sector oficial y el porcentaje de participación del mismo oferente (copia auténtica fls. 1 a 3 c. 2 de pruebas).

3.15 El 6 de diciembre de 1994 Aseguros Ltda. solicitó a la Personería Delegada para la vigilancia de los servicios públicos, la verificación del procedimiento de selección objetiva del concurso público de méritos n.º 001 de 1994 y de los métodos utilizados por la empresa para el análisis y calificación de las propuestas, para lo cual le remitió las observaciones que formuló en dicho concurso.

Ese ente de control archivó las diligencias radicadas “por no existir mérito para abrir formal averiguación disciplinaria en contra de funcionarios de la ETB” en relación con los mismos hechos que hoy estudia la Sala, según da cuenta copia de la Resolución n.º 161 de 25 de septiembre de 1995 (fls. 173 a 187 c. 2 de pruebas).

En relación con la denuncia de haber hecho una “adjudicación *ad-referendum* de que la firma Sáiz y Cía. presentara posteriormente una certificación”, el Ministerio Público concluyó que la adjudicación se hizo sin condicionamiento alguno (fl. 178 c.2 de pruebas).

En cuanto a que el monto de las primas reportadas en la certificación que presentó Sáiz y Cía. Ltda. no coinciden con las que tomó la ETB en la evaluación, la Personería puso de presente que:



439

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

“Sáiz y Cía. Ltda. para ilustrar mejor a (...) la ETB, sobre los documentos anteriormente señalados [primas recaudadas en el sector oficial] efectuó unos cuadros resúmenes de las primas facturadas con el sector oficial durante el último año, en ramos similares a los del anexo 2 y otros diferentes, arrojándole un gran valor de \$20.550.701.840.

Los funcionarios de la ETB encargados de evaluar las propuestas al momento de calificar el ítem ‘tamaño en primas’, para este proponente, extractó de la información allegada en su propuesta, los ramos similares, señalados en el anexo 2, del concurso público de méritos n.º001/94, teniendo en cuenta las primas facturadas vigentes y las no vigentes, pero que se facturaron en el último año, de acuerdo a la participación de Sáiz y Cía. Ltda., señalada en su propuesta, lo que arrojó una cifra de \$8.674.863.000.

(...) La propuesta de Sáiz y Cía. Ltda., no sólo se limitó a presentar certificaciones de las entidades oficiales en las que se indicaba su participación en porcentajes desglosando cada entidad en folio separado y señalando el ramo, amparo, valor asegurado y descripción, tal como consta a folios 97 a 156 de su propuesta, sino que efectuó unos cuadros resúmenes, visibles a folios 422 a 424 de la propuesta, donde señaló los ramos exigidos por la Empresa, las entidades oficiales y el valor total, en cuanto a primas facturadas, clientes actuales y no actuales, de conformidad con lo exigido en los términos de referencia.

Por lo anteriormente expuesto, estima esta Agencia Pública, que no existió irregularidad en la forma de presentar la propuesta Sáiz y Cía Ltda., pues ésta se limitó a dar aplicación a los términos de referencia, contenidos en la información.”

Al estudiar si la evaluación adelantada en relación con este punto por parte de la ETB se ajustó al marco jurídico aplicable, la Personería estimó que:

“(…) Los evaluadores tomaron para calificar las primas similares señaladas en el Anexo 2 de los términos de referencia la información de los cuadros resúmenes adjuntados por el proponente, en los porcentajes señalados por las entidades oficiales como de participación de Sáiz y Cía. Ltda. Tenemos por vía de ejemplo, que en el cuadro visible a folio 422 de la propuesta, el oferente señaló que el valor facturado al Banco Cafetero en el último año, ascendía a la suma de \$5.347.510.705 y los evaluadores tomaron como porcentaje de participación de Sáiz en las pólizas un 30% en los ramos similares, lo que les dio un valor final de \$1.584.665.323 y del Banco del Estado, que señaló que el valor facturado ascendía a un valor de \$1.119.821.800 sólo tomó, un porcentaje del 50% en los ramos similares, lo que les arrojó un valor de \$559.910.900; del Banco de la República, el oferente señaló como valor facturado en primas durante el último año una cifra de \$1.375.323.695 y se le aplicó el 55.56% en ramos similares, lo que les dio un valor final de \$763.518.685 y así sucesivamente.



Este procedimiento le permitió a la Empresa determinar que el valor facturado en primas en el sector oficial, clientes actuales y no actuales, durante el último año, por parte de Sáiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros era de \$8.674.863.000 cifra ésta que lo hizo acreedor de un puntaje de 21.70 en este ítem.

Por lo anterior, estima esta Agencia Fiscal, que los funcionarios de la ETB que efectuaron la evaluación y calificación de las propuestas, obraron conforme a los principios de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993".

3.16 Mediante comunicación de 9 de febrero de 1995 la ETB solicitó al Jefe de Departamentos de Seguros del Banco Cafetero que le "confirmara" la certificación emitida por ese Banco en cuanto al "tamaño de primas" (monto total y porcentaje de participación) a Sáiz y Cía. Ltda. (copia auténtica fl. 392 c. 3).

Igualmente, la ETB el 15 de marzo de 1995 solicitó al Presidente del Banco del Estado la "confirmación" de los datos suministrados en la certificación expedida por ese Banco en cuanto al "tamaño de primas" de Sáiz y Cía. Ltda. En ese escrito se indicó: "Como quiera que la firma Aseguros Ltda. manifestó por escrito a la ETB que las certificaciones en cuanto a tamaño en primas presentadas por Sáiz y Cía. Ltda. no correspondían a la realidad, esta Empresa procedió a solicitar al Señor Villalba el 10 de febrero de 1995 la confirmación de los datos contenidos en la certificación expedida, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta" (copia auténtica fl. 393 c. 3 de pruebas).

4. Régimen jurídico aplicable al proceso de selección

Como quedó dicho, está acreditado que la ETB abrió el concurso de méritos n.º 001/94 el 11 de noviembre de 1994, esto es, en vigencia de la Ley 142 de 1994, en tanto ésta entró a regir el 11 de julio de ese año, con arreglo a lo prescrito por



140

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

el artículo 189 de la misma, normativa aplicable al *sub examine* al tenor de lo prescrito por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por cuya inteligencia en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Conviene anotar que el artículo 31 de la ley 142 en su tenor original señalaba:

“ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

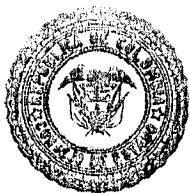
Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.” (se subraya).

Al estudiar el alcance de este precepto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado puso de presente que:

“(…) Se impone reiterar lo expresado en el concepto anterior de la Sala que sobre el mismo tema manifestó: ‘El artículo 32, parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios públicos domiciliarios, la sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994.

Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios ya las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada (...)’”².

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de julio de 1995, rad.704, C.P. Roberto Suárez Franco.



La Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 23 de septiembre de 1997⁴, definió el alcance de esa norma en el sentido de que por regla general los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios estaban sometidos al derecho privado y a la justicia ordinaria, con algunas excepciones entre las cuales se encuentra la de aquellos regulados en los artículos 128 y siguientes de la ley 142 de 1994 es decir, los de condiciones uniformes, en los que identificó el derecho público como predominante y a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo como la competente para su juzgamiento. Se concluyó en aquella providencia:

“a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art. 154 inc. 1º). c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los artículos 128 y ss. y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art. 31 inc. 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.”⁵

⁴ Proferida dentro del proceso radicado al Número S-701.

⁵ Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-066 de febrero 11 de 1997, CP Fabio Morón Díaz. En esa oportunidad estimó la Corte que: “(...) Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la Ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a las prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadores de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior.



De modo que el Legislador implantó en este tema, como en otros del régimen legal de los servicios públicos, un criterio eminentemente comercial para la prestación de esta clase de servicios, en el marco de un esquema de competencia entre los diferentes operadores del servicio que entraña que la prestación de los servicios públicos domiciliarios no constituye una faceta de la función administrativa⁶.

Es importante anotar que el texto original del artículo 31 de la Ley 142, vigente para la época de los hechos⁷, disponía que únicamente los contratos que tengan

De otra parte, si las actuaciones y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados el título preliminar de la ley objeto de control (artículo 30), y no directamente a los del artículo 23 de la ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos los establecidos a lo largo del título preliminar de la ley 142 acusada (artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta (...).

Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la Ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador. (...)

(...) Así teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la república, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley (...).

⁶ Vid. "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en Superintendencia de Servicios Públicos", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 3 (abril de 2002), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss. Una referencia pormenorizada de los múltiples fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en este mismo sentido en "¿Las empresas de servicios públicos privadas son entidades estatales?", *Elementos de juicio, Revista de temas constitucionales*, n.º 9, mayo-septiembre de 2008, pp. 161 y ss.

⁷ Con posterioridad el artículo la Ley 689 de 2001 modificó expresamente este precepto y al hacerlo declaró sin ambages que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esa ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La



por objeto la prestación de esos servicios escapaban al ámbito de acción de la Ley 80 de 1993, es decir que debían estar dirigidas a cumplir el objeto último. De no cumplir con esta condición de aplicación de la norma en comento, no resultaba aplicable el régimen de derecho común. Así lo interpretó, vía doctrina, la Superintendencia del ramo al estimar que: “(...) debe guardarse una relación de medio a fin, que permita hacer extensivos los efectos y el régimen de contratación privado a la totalidad del esquema contractual de las entidades vigiladas.”⁸

En el caso que se examina esa relación no se da, en la medida en que la contratación del programa de seguros de la ETB evidentemente no tiene por objeto la prestación de los servicios públicos y por lo mismo su régimen de derecho es el previsto por la Ley 80 de 1993.

5. Del término para demandar en nulidad y el restablecimiento del derecho el acto de adjudicación

Como ya se indicó las pretensiones de la demanda están enderezadas a obtener la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y “como consecuencia” de ello del contrato estatal fruto de un procedimiento de selección adelantado por la entidad demandada, además del restablecimiento del derecho a favor de la demandante.

La demanda fue presentada el 19 de diciembre de 1995, esto es, en vigencia del artículo 77 parágrafo primero de la Ley 80 de 1993 y antes de la modificación

normativa actualmente vigente a los operadores de telecomunicaciones es la consignada en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009.

⁸ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto SSPD 005 de 1999, disponible en www.superservicios.gov.co



442

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

introducida por la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del CCA. De modo que para la época de los hechos, la impugnación del acto de adjudicación se hacía a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con las reglas del CCA, cuyo artículo 136 establecía un término 4 meses para demandar, contados a partir de la “publicación, notificación o ejecución del acto”.

Como ha señalado la Sala en un caso similar al que hoy se debate el mecanismo idóneo para obtener el restablecimiento del derecho que hubiere sido violado con el acto de adjudicación, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, habida consideración de que:

“(...) lo querido por los demandantes en el presente caso es obtener la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación que consideran ilegal, pero no con la finalidad de defender el ordenamiento jurídico objetivamente considerado frente a la presencia de una decisión ilegal, sino como medio para obtener el restablecimiento del derecho a la adjudicación del contrato, que consideran conculcado o desconocido, o la indemnización de los perjuicios que consideran haber sufrido con ocasión de la expedición del acto demandado, por lo tanto la reclamación han debido presentarla en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.”⁹

Ahora bien, la Sala ha considerado¹⁰ que para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes “tipos de acciones” que podrán ser impetradas ante esta jurisdicción por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 16540, Rad. 250002326000199409827 01 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Ver entre otras providencias, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 18139 y auto del 26 de enero de 2011, exp. 39822, ambas con ponencia de quien proyecta este fallo.



Asimismo, esta Sección ha señalado¹¹ que para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales, no se ejercen en un término específico. El interesado tiene la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y, de no hacerlo en tiempo, perderá la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho sustancial que se busca con su ejercicio puede verse afectada.

La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción que se da con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

Como ya se indicó, el Código Contencioso Administrativo en el artículo 136, modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23, vigente al momento de presentación de la demanda¹², consagraba diferentes términos para intentar las acciones y sancionaba su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el inciso 2º preveía un término de cuatro (4) meses para demandar en nulidad y restablecimiento del derecho, contados a partir del día siguiente de “la publicación, notificación o ejecución del acto”, vencido el cual no sería posible

¹¹ Ver entre otras: sentencias de octubre 7 de 2009, exp. 18373 y enero 31 de 2011, exp. 17064, ambas con ponencia de quien proyecta esta providencia.

¹² Es decir, antes de que fuera proferida la Ley 446 de 1998.



44B

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

solicitar la nulidad del acto acusado y la consecuente declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habría operado el fenómeno de la caducidad.

Con fundamento en los criterios anteriores, concluye la Sala que para la fecha de interposición de la demanda, ya había operado la caducidad, en tanto ya habían transcurrido los 4 meses que la ley establecía para la impugnación judicial de la decisión administrativa en cuestión, dado que el acto de adjudicación, contenido en la Resolución n.º 9405, es del 16 de diciembre de 1994, fue comunicado a la hoy demandante el 3 de enero siguiente (copia oficio n.º 268282 fl. 151 c. 3 de pruebas) mientras que la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 1995.

6. La pretensión de nulidad absoluta del contrato

La Sala -siguiendo el criterio sentado en oportunidad precedente- considera que lo anteriormente expuesto no impide intentar la acción contractual y en ejercicio de ella pedir la declaratoria de nulidad absoluta del contrato resultante de la adjudicación, con base en la ilegalidad del acto que le sirvió de fundamento, de conformidad con lo prescrito por los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el artículo 44 de la Ley 80 prevé como causal de nulidad absoluta de los contratos estatales la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten, al paso que el artículo 45 *eiusdem* prescribía (texto vigente para la época de los hechos) que la nulidad absoluta del contrato podía ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público o por cualquier persona¹³.

¹³ Con la modificación que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo al artículo 87 del CCA, se circunscribió la legitimación universal que para demandar la nulidad absoluta del contrato consagró el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a las partes, al agente del Ministerio Público y al tercero con interés directo en el contrato.



En tal virtud, la actor -en tanto oferente en el concurso de méritos- estaba habilitada para intentar la nulidad del contrato por el medio de control escogido, esto es, el relativo a controversias contractuales, siempre que la demanda la hubiera presentado dentro de los dos años siguientes a la suscripción del contrato. Incluso, ha advertido esta Corporación la viabilidad de acumular en la misma demanda las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación con la pretensión de nulidad absoluta del contrato, fundada precisamente en la ilegalidad que afecta al acto de adjudicación, siempre que la demanda se presente en el plazo establecido para el enjuiciamiento del mencionado acto administrativo.

Viene a propósito para la decisión de este proceso, lo dicho por la Sala en oportunidad anterior:

“ No obstante considerar la Sala que la demanda era procedente en ejercicio de la acción incoada, puesto que cualquier persona podía pedir la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato administrativo alegando la nulidad de los actos que le sirvieron de fundamento, también estima que no son procedentes ni tienen vocación de prosperidad la pretensión anulatoria del acto administrativo de adjudicación ni la de restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios que se hubieren solicitado, los cuales no pueden ser concedidos a favor de los demandantes, puesto que incumplieron con la carga procesal de presentar la demanda en ejercicio de la acción que correspondía ejercer, dentro del plazo legal para ello.

(...) Admitir lo contrario implicaría, así mismo, aceptar que la norma sobre caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que legalmente procedía contra el acto de adjudicación, podía ser desconocida o ignorada por el interesado y que éste podía escoger entre las varias acciones a su disposición para lograr la defensa de sus derechos -de nulidad y restablecimiento del derecho, con 4 meses de caducidad, o acción contractual con 2 años de caducidad-, lo cual resulta absolutamente ajeno y extraño a la naturaleza de esta clase de disposiciones procesales, de obligatorio cumplimiento.

Por otra parte, observa la Sala que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, lo que consagra como causal de nulidad del contrato estatal es que **se haya declarado la nulidad** de los actos administrativos que le sirvieron de fundamento, es decir que la norma presupone la existencia de tal declaratoria, fruto obviamente



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

de otro proceso judicial previo en el cual hubiese sido demandado el respectivo acto, en ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso; es por ello precisamente que, a su vez, el artículo 45 *ibidem* establece que el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato cuando se configure esta causal de nulidad absoluta, es decir cuando surja una sentencia anulatoria de un acto previo que le sirvió de fundamento al negocio jurídico; de modo que una interpretación exegetica, conduciría a rechazar la posibilidad de que la validez de tales actos precontractuales se pudiese analizar conjuntamente en el proceso en el cual se estuviere estudiando la validez del contrato al que dieron lugar; no obstante, una interpretación armónica de esta norma con la contenida en otras disposiciones, como lo es el actual artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que dispone, como ya se vio, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del mismo, permite admitir la procedencia de aducir, como causal de nulidad del contrato, la **ilegalidad** de los actos precontractuales que le sirvieron de fundamento, pero sin que resulte procedente en tal caso, ni la declaratoria de nulidad de los mismos ni la condena a perjuicio alguno derivado para el demandante de esa ilegalidad, salvo que en la misma demanda se hubiere efectuado la impugnación del acto de manera oportuna, teniendo en cuenta los términos de caducidad para ello.

Por lo expuesto, se reitera que la acción de nulidad contractual no puede constituir un mecanismo para evadir el correcto ejercicio de las acciones consagradas por la ley a disposición de los afectados por las distintas actuaciones de la Administración; en consecuencia, la Sala considera que estuvo bien declarada la caducidad de la acción como lo hizo el Tribunal **a-quo** en relación con la pretensión anulatoria del acto de adjudicación, pues al momento de presentación de la demanda, su ilegalidad en los términos de la ley, sólo podía alegarse como causal de nulidad absoluta del contrato.

(...) la acción contractual dirigida a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato fue ejercida oportunamente, puesto que a la fecha de presentación de la demanda no habían transcurrido los dos años del término de caducidad de la acción.

Sin embargo, estima la Sala que, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó el presente proceso, así como las razones expuestas, si bien es procedente el estudio de la validez del contrato demandado con fundamento en la causal aducida, esto es la ilegalidad del acto administrativo que le sirvió de fundamento, lo cual implica analizar así mismo la validez de esa decisión administrativa, lo que no resulta admisible es la pretensión de restablecimiento o indemnizatoria elevada como consecuencia de la declaratoria de nulidad que se pidió en la demanda.¹⁴ (negrillas originales)

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, Exp. 16540, Rad. 250002326000199409827 01 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Aplicadas en el *sub examine* las reflexiones que anteceden, se tiene que deberá declararse la caducidad en relación con las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y, en cambio, por haber sido oportunamente formulada se despachará la pretensión de nulidad absoluta del contrato fundada en la ilegalidad de la adjudicación aducida en la demanda y la cual se centra en dos cargos.

6.1 Cargo de nulidad absoluta del contrato por violación del artículo 25 numeral 8° de la Ley 80 de 1993

De acuerdo con la demanda, media una ilegalidad del acto de adjudicación por haberse hecho "*ad referendum*" del estudio de unos documentos, lo cual contraviene el numeral 8° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que señala que el acto de adjudicación y el contrato no se someterá a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores.

Conviene advertir que en desarrollo del principio de economía, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en su numeral 8° dispuso que el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobación o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

Norma que tiene por objeto proteger al adjudicatario ganador de un proceso de selección frente a eventuales arbitrariedades de la administración, en tanto establece un límite en relación con los requisitos o exigencias para la adjudicación y celebración del contrato, al dejar en claro que estos deben ser previstos previamente en el pliego de condiciones, de modo que evite que se sorprenda al vencedor del proceso de selección con exigencias adicionales y caprichosas por parte de la entidad pública contratante.



445

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

De ahí que el precepto en comento lo que busca es evitar que las entidades estatales de que trata el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en sus reglamentos internos o en actos administrativos particulares, prevean requisitos adicionales a los consignados previamente en el pliego de condiciones y de paso, busca el precepto hacer más eficiente el accionar del Estado.

Se trata, pues, de un desarrollo coherente del artículo 84 superior por cuya virtud cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer requisitos ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. Norma que hace parte del sistema de garantía de los derechos constitucionales y que tiene por objeto contrarrestar los males endémicos propios de la “tramitomanía” que corroe a la administración.

Al descender estas consideraciones al *sub examine*, observa la Sala que a pesar de que en la audiencia de adjudicación literalmente se dijo que la adjudicación se hacía “*ad referendum* de que el estudio sobre las cartas presentadas por Aseguros no modifiquen el estudio presentado a (sic) la Audiencia”, según da cuenta copia auténtica del acta respectiva (fls. 4 a 9 c. 2 de pruebas), lo cierto es que de la lectura integral del acta se infiere que no hubo condicionamiento alguno en la adjudicación.

En efecto, luego de responder las observaciones planteadas por la sociedad oferente hoy accionante, la entidad a través de su subgerente Jurídico dejó en claro en la audiencia de adjudicación que “[c]on lo anterior quedan debidamente aclaradas todas las inquietudes presentadas en su carta y en esta audiencia” (copia auténtica fls. 4 a 14 c. 2 de pruebas).

Más adelante el Gerente informó “los puntajes de los estudios definitivos de las propuestas” y si bien anotó que “se reunirá con su grupo de trabajo para estudiar



las dos certificaciones presentadas por Aseguros Ltda. sobre la oferta de Sáiz y Cía. Ltda., Corredores de Seguros”, en modo alguno ello significa que la adjudicación no fuese —como en efecto lo fue— pura y simple sino sujeta a modalidad (obligación condicional que no nace ni se hace exigible sino con el acaecimiento de un hecho futuro e incierto).

Es más en la Resolución n°. 9504 de 16 de diciembre de 1994 se dispuso sin ambages que el concurso se adjudicó en un 60% a Valencia & Irragorri como líder y en un 40% a Saiz & Cía. Ltda., por haber obtenido la primera “el mayor puntaje” y ésta “el segundo puntaje.

Ahora, si bien en el mismo acto administrativo se dispuso que la firma Saiz y Cía. Ltda. corredores de Seguros debía presentar, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esa resolución, una certificación expedida por su revisor fiscal en la cual conste el valor de las primas recaudadas en el sector oficial y el porcentaje de participación, con relación a lo certificado por el mismo oferente (copia auténtica fls. 1 a 3 c. 2 de pruebas), observa la Sala que ello no es suficiente para concluir escuetamente que el acto de adjudicación fue objeto de modulación.

Del acto de adjudicación impugnado nació una obligación pura y simple, esto es, simultáneamente con la fuente que la produce y se hizo exigible desde el mismo momento en que nació¹⁵. Como es sabido la obligación condicional no nace ni se hace exigible con su fuente, sino con el acaecimiento de un hecho futuro e incierto.¹⁶

¹⁵ Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Temis, 1982, p. 25.

¹⁶ *Ibid.*



446

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

Observa la Sala que el proceder de la Administración en este caso no supone la previsión de un hecho futuro del cual dependa el nacimiento y la exigibilidad de las obligaciones que emergen del acto de adjudicación. Tampoco la circunstancia de aportar este documento impedía -en caso de incumplimiento- la celebración del contrato respectivo. Igualmente no se está delante de la exigencia de un requisito de aprobación o revisión posterior por parte de la administración, sino que se trató de una previsión que si bien no ha debido ser consignada en el mismo (por los equívocos que genera), estaba más bien encaminada a establecer que si eventualmente había alguna conducta irregular por parte del oferente y -en caso afirmativo- proceder a adelantar las correspondientes acciones judiciales (penales e incluso contencioso administrativas para demandar eventualmente el propio acto), de haberse establecido que la adjudicación se obtuvo -como alegó la oferente impugnante y hoy demandante- por medios ilegales.

No se olvide que para la época de los hechos, el artículo 30 numeral 11 *eiusdem* preveía que el acto de adjudicación era irrevocable y obligaba a la entidad y al adjudicatario, norma que fue modificada por el artículo 9º de la Ley 1150¹⁷.

De modo que al no poderse revocar y al estar vedado sujetar la adjudicación a la modalidad de "condición", la entidad accionada obró en pleno desarrollo de los principios constitucionales que orientan la función administrativa y justamente a instancias de la delicada denuncia que formuló el hoy demandante, en tanto en primer lugar adjudicó y a continuación en una decisión que en nada altera la adjudicación, ordenó remitir la información pertinente para si era del caso proceder ante las instancias judiciales y de control correspondientes.

¹⁷ Precepto que añadió la siguiente regla: No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.



Corroborar lo anterior la actuación desplegada por la ETB en relación con dicha información que se solicitó. En efecto, mediante comunicación de 9 de febrero de 1995 la ETB solicitó al Jefe de Departamentos de Seguros del Banco Cafetero que le “confirmara” la certificación por ese Banco Expedida en cuanto al “tamaño de primas” (monto total y porcentaje de participación) a Sáiz y Cía. Ltda. (copia auténtica fl. 392 c. 3).

Asimismo, la ETB el 15 de marzo de 1995 solicitó al Presidente del Banco del Estado la “confirmación” de los datos suministrados en la certificación expedida por ese Banco en cuanto al “tamaño de primas” de Sáiz y Cía. Ltda. En ese escrito se indicó: “Como quiera que la firma Aseguros Ltda. manifestó por escrito a la ETB que las certificaciones en cuanto a tamaño en primas presentadas por Sáiz y Cía. Ltda. no correspondían a la realidad, esta Empresa procedió a solicitar al Señor Villalba el 10 de febrero de 1995 la confirmación de los datos contenidos en la certificación expedida, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta” (copia auténtica fl. 393 c. 3 de pruebas).

De manera que lo que se pretendía era “confirmar” si los datos suministrados por el oferente correspondían o no a la verdad, en atención a la delicada acusación formulada por la hoy actora en la audiencia de adjudicación. “Confirmación” que en modo alguno afectaba lo ya decidido en el sentido de haberse adjudicado la propuesta y que tampoco constituía una aprobación o revisión administrativa ulterior.

En tal virtud, para la Sala es claro que no hubo violación del numeral 8º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en tanto no se condicionó la adjudicación sino que lo que se persiguió fue establecer la veracidad o no de las imputaciones que hizo en su momento la oferente no adjudicataria hoy demandante. Lo inusitado y anormal del proceder de la administración que si bien resulta cuestionable por la



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

impertinencia de la inclusión de advertencias de esta índole en los actos administrativos de adjudicación de contratos, no tiene por sí solo la aptitud para viciar de nulidad el acto de adjudicación por el motivo invocado por la sociedad actora, en tanto —se repite— no supuso infracción alguna de lo ordenado por el numeral 8º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por cuya inteligencia el acto de adjudicación y el contrato no pueden someterse a aprobación o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en el estatuto de contratación estatal, circunstancia que —como ya se explicó— no aconteció en el *sub lite*.

La Sala en este punto coincide con lo observado por la Personería Distrital por Resolución n.º 161 de 1995 que al archivar el expediente abierto para investigar la adjudicación *sub examine* razonó que:

“(…) dicho acto [el de adjudicación] es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, por lo que el requisito señalado por el señor Gerente de la ETB al momento de adjudicar, en la audiencia pública, bien ha podido cumplirse o no, dado que éste no era de la sustancia del acto jurídico que se estaba realizando, toda vez que la propuesta presentada por Sáiz y Cía. Ltda., contenía la información solicitada en los términos de referencia (…)

Así las cosas, estima esta Agencia Fiscalizadora que la adjudicación del concurso público de méritos n.º 001/94, quedó efectuada en la audiencia pública llevada a cabo el 16 de diciembre de 1994, por cuanto así lo prescriben las normas anteriormente señaladas, amén de que, en tal fecha, quedó comunicada a los adjudicatarios y surge entre ellos y el adjudicante, una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones” (fl. 178 c.2 de pruebas).

En definitiva, el hecho de que en el acta de audiencia se haya indicado que la adjudicación se hiciera “*ad referendum*” de que el estudio sobre las cartas presentadas por Aseguros no modifiquen el estudio presentado a la Audiencia” si bien es una evidente impropiedad terminológica, lo cierto es que no tuvo incidencia alguna en la decisión finalmente adoptada en el acto de adjudicación.



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

acusado, habida cuenta que en modo alguno supone que éste contenga una obligación sujeta a modalidad (condición).

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

6.2 Cargo de nulidad absoluta del contrato por violación del numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80

Según la demanda la entidad accionada mostró favoritismo en relación con Saiz y Cía. Ltda., el cual se hizo patente en la medida en que al evaluar la cuantía de las primas y encontrar que eran inferiores a lo afirmado por aquel, no se procedió a solicitarle las aclaraciones y explicaciones pertinentes, sino que de oficio se le completó y adicionó la propuesta.

Al respecto la Sala advierte que está acreditado en el plenario que la ETB realizó sus estudios de evaluación, los puso a consideración de los concursantes y luego los rehizo, tomando en consideración los escritos de los proponentes, todo ello con arreglo a lo prescrito por el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

De la prueba aportada, se tiene que la entidad accionada no corrigió la propuesta que se demanda. Como ya se indicó en el apartado de pruebas de este proveído, en los cuadros resúmenes de su propuesta la sociedad Sáiz y Cía. Ltda. consignó un valor totalizado de primas facturadas al sector oficial de \$20.550.701.840., el cual fue ajustado por la ETB, con arreglo a la información suministrada con la propuesta, lo cual arrojó en una primera evaluación una cifra menor: \$17.186.651.000 y al encontrar acreditada ese monto procedió a asignar una calificación de 43 puntos sobre 50 posibles. Para la Sala el que haya una inconsistencia en los "cuadros resúmenes" que incluyó la propuesta, y que esta sea advertida por los funcionarios evaluadores, no supone en modo alguno que



448

al reasignar el valor que efectivamente corresponda, ello entrañe modificación alguna de la propuesta.

En otras palabras, con base en la información de que disponía en la evaluación preliminar la ETB encontró que la cifra consignada en el cuadro resumen por el proponente como correspondiente al ítem "tamaño en primas" no correspondía a la que se desprendía de la información documental disponible y por ello procedió a establecer la que correspondía tal y como consta en el cuadro de la evaluación inicial (copia, fl. 76 A y 469 c. 3 de pruebas), acto que dicho sea de paso, es solo de su competencia.

También quedó acreditado en el proceso que al rehacer la evaluación, una vez aquella fue sometida a las observaciones formuladas con arreglo a lo prescrito en el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública accionada rehizo la evaluación, en un nuevo cuadro el 16 de diciembre de 1994. En efecto, con ocasión de las observaciones presentadas por la hoy demandante al monto de primas facturada por Saiz y Cía. Ltda., la ETB ajustó el valor del ítem "tamaño en primas" a \$8.674.863.000, calificando definitivamente ese aspecto con 21.70 puntos de 50 máximos, según da cuenta el cuadro n.º 8 de evaluación -capacidad técnica y servicio- (copia fls. 193 y 494 c. 3 de pruebas).

De ello fue informada la sociedad hoy actora, en comunicación n.º 265812 de diciembre 16 de 1994 a través de la cual la ETB respondió las observaciones hechas por aquella, donde se dice textualmente en el numeral 6º: "Con relación al primaje, se verificaron nuevamente las primas facturadas en los ramos del anexo 2 del pliego de condiciones con los porcentajes de participación del oferente Saiz & Cía. Ltda. Corredores de Seguros, evento que redujo el tamaño de las primas y por ende el porcentaje respectivo, como se puede apreciar en el cuadro 8". (copia fls. 165 a 174 c. 3 de pruebas).



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

Por manera que en tanto en la calificación provisional como en la definitiva, la entidad pública accionada se limitó justamente a apreciar o a determinar con arreglo a lo establecido en los términos de referencia, cuál era efectivamente el “tamaño de las primas” que efectivamente acreditaba el oferente finalmente ganador, sin que pudiera esperarse –como parece sugerir la demanda- que debía limitarse a la información suministrada en un cuadro resumen por el proponente.

El acto de calificación de una oferta entraña la expresión o declaración de un juicio de valor por parte de la entidad estatal, lo cual comporta que ésta juzgue efectivamente el grado de suficiencia o insuficiencia de los diferentes componentes que previamente se han señalado como objeto de evaluación por los términos de referencia respectivos. Y ese acto de evaluar, esto es, de señalar el valor de las propuestas, supone no contraerse a dar por cierta la información que eventualmente se consigne en un cuadro resumen de la propuesta, sino que entraña ir más allá y constatar –como lo hizo la entidad accionada en el *sub lite*- con toda la información disponible si lo expresado en un documento corresponde o no a la realidad.

Por ello, como atinadamente afirmó el subgerente jurídico en la audiencia de adjudicación, la entidad pública debe buscar el fondo de lo presentado por el oferente en su propuesta. Lo que no se avendría al ordenamiento jurídico, sería que no obstante la evidencia de una información de que se dispone, el evaluador se resignara a dar por cierto un dato suministrado en un cuadro, desconociendo que lo allí consignado no corresponde a lo que efectivamente aparece acreditado.

Conforme a lo anterior, es claro que la entidad pública accionada en ningún caso completó, adicionó, modificó o mejoró la propuesta presentada por Saiz y Cía. Ltda., habida cuenta de que se limitó a evaluar la propuesta, es decir, a señalar el



valor que le correspondía y para el efecto tomó legítimamente de los datos suministrados, aquellos que cumplían los requisitos pedidos, desechando los demás y de ese ejercicio se obtuvo la experiencia efectivamente acreditada, en relación con el *ítem* "tamaño de primas".

De otro lado, para la Sala es claro también que —contrario a lo afirmado por la actora— la administración no estaba en este evento facultada para rechazar la propuesta de Sáiz y Cía. Ltda. Corredores de Seguros, habida cuenta de que ésta cumplía con los requisitos señalados por los términos de referencia y no incurría en alguna de las causales de rechazo de la propuesta.

En otras palabras, el comportamiento desplegado por la entidad accionada no sólo no infringió lo prescrito por el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80, que se invocó como infringido, sino que además se ajustó a lo prescrito por el numeral 8º de la misma norma, pues conforme a la información solicitada y suministrada por el concursante, realizó el ajuste del ítem "tamaño de primas" y posteriormente procedió a disminuirle la calificación con base en las observaciones formuladas por la hoy accionante.

De otra parte, los procesos de selección de contratistas del Estado están concebidos para que de ordinario culminen en el acto de adjudicación al proponente que hizo la oferta más favorable, decisión que debe estar debidamente razonada y motivada (arts. 24 n°. 7 y 30 n°. 11 Ley 80 de 1993). De manera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata.¹⁸

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18293), CP Ruth Stella Correa Palacio.



Con apoyo en lo estatuido por el numeral 15 del pliego de condiciones, la ETB debía rechazar las propuestas, únicamente en los siguientes eventos: (i) Extemporaneidad de la propuesta; (ii) No acreditar los requisitos exigidos en los términos de referencia del concurso; (iii) Omitir cualquiera de los siguientes documentos: garantía de seriedad de la oferta, certificado de constitución expedido por la Superintendencia Bancaria, certificado de Cámara de Comercio sobre inscripción de documentos, balance general y estado de pérdidas y ganancias correspondiente al año de 1993, fotocopia de póliza de infidelidad y riesgos financieros y responsabilidad civil profesional y carta de presentación de la propuesta (anexo 1) y (iv) Cuando el proponente se encuentre inhabilitado o tenga incompatibilidad, de acuerdo con los presentes términos de referencia (...)” (copia fl. 99 c. 2 de pruebas).

Conforme a esta estipulación, únicamente podían rechazarse las propuestas que estuvieran incursas en alguno de los eventos allí previstos y no es justamente el caso de la propuesta adjudicataria acusada.

Es claro que la situación descrita no daba lugar a la configuración de causal de rechazo. Lo acontecido no se subsume en alguna de las situaciones previstas en el pliego, pues al efecto aparece de bulto que la circunstancia alegada por el demandante no configura alguna de las situaciones descritas en el pliego de condiciones.

Si una propuesta —como en efecto ocurrió en el *sub lite*— no acreditaba la experiencia en el ítem aludido sino que —por el contrario la administración encontraba acreditada una cifra inferior— la consecuencia no era rechazarla, como pretende el actor, pues la situación no se subsumía en alguno de los supuestos fácticos de que trata el numeral 15 citado de los pliegos de condiciones, sino que



450

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

tan sólo debía disminuirse la puntuación en este acápite de la evaluación, como en efecto sucedió.

Al no darse las condiciones de aplicación del numeral 15 de los pliegos, mal podría la Administración proceder a rechazar la propuesta, sino que —por el contrario— al presentarse una falencia en la presentación de una cifra relacionada con el valor total de primas facturadas en el sector oficial, ha debido proceder —como en efecto sucedió— a disminuir la puntuación en este apartado de la evaluación.

El proceder de la entidad accionada se acompasó en un todo con los principios con arreglo a los cuales deben desarrollarse sus actuaciones contractuales (art. 23 de la Ley 80 de 1993), mediante la escogencia de la propuesta más favorable a la Administración, lo cual supone proceder a evaluar con la información de que se dispone.

Es procedente insistir en que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata. Lo que da tanto como afirmar que la determinación que adopta por la Administración de no elegir alguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, sólo puede tener lugar cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva.

Por manera que se observa que la ilegalidad invocada por el actor no fue demostrada tampoco en este cargo.

6.3 Tercer cargo: Ineptitud parcial de la demanda por no explicación del concepto de la violación



El actor en los hechos de la demanda alegó que la ETB otorgó puntaje a aspectos que no tenían relación con el objeto del concurso, "tales como televisor, vhs, proyector, vehículo, biper, moto y teléfono celular y que, por consiguiente, no se mencionaban en forma alguna en los términos de referencia".

La Sala no analizará este cargo, en la medida en que no se explicó el concepto de su violación. No puede el juzgador -sin infringir sus competencias- entrar a evaluar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas como violadas junto con su respectivo concepto de violación, tal y como lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A.

La disposición en cita debe tomarse conjuntamente con el principio de congruencia previsto en el artículo 170 *eiusdem* y desarrollo del principio general del derecho procesal de consonancia¹⁹, contenido en artículo 305 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989, por cuya virtud, la decisión final del juzgador debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma.²⁰

El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. a cuyo tenor "[c]uando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el

¹⁹ Imperativo legal, como anota Devis Echandía, relacionado con el debido proceso (art. 29 C.N.) y el valor de la cosa juzgada. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, p. 57).

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 16 de marzo de 2005, Rad. 27921, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



451

Exp. 25000232600019961176101 (20911)

concepto de su violación" prevé sin duda un presupuesto formal de la demanda, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo.²¹

Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el principio dispositivo, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En otras palabras, el fallador está impedido para estudiar temas y para pronunciarse sobre puntos que no fueron planteados y sustentados por el actor, en el escrito de demanda²².

En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la *causa petendi* tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración de que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter *general*, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

O lo que es igual, la demanda demarca el debate judicial y -por contera- el juez

²¹ Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de julio de 1993, Exp. 2262, C.P. Yesid Rojas Serrano y Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 11121, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 12 de septiembre de 1996, Rad. 3580, C.P. Manuel S. Urueta.



Exp. 25000232600019961176101 (20911)

no está facultado para estudiar preceptos diferentes de aquellos que se adujeron en la demanda, de no ser así, ha dicho la jurisprudencia *"se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado, al resolver el conflicto con base en un punto de derecho que no fue invocado ni debatido"*²³.

De cuanto antecede se concluye que la Sala no hará pronunciamiento alguno de fondo en torno a este último punto planteado por la actora y por lo mismo se inhibirá parcialmente por inepta demanda.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 29 de marzo de 2001, por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, la cual quedará así:

Primero.- DECLÁRASE la caducidad en relación con las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de los artículos 1º y 3º de la Resolución 9405 de 16 de diciembre de 1994.

Segundo.- NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 2000, Rad. 12640, C.P. Alíer Hernández Enríquez.

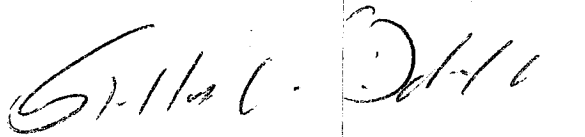


452

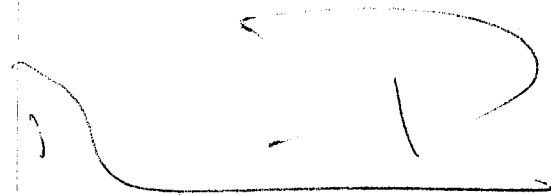
Exp. 25000232600019961176101 (20911)

Tercero.- DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

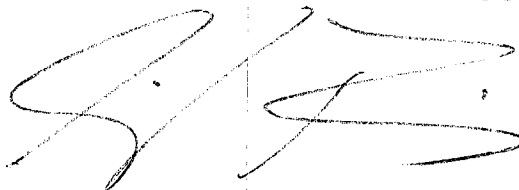
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala



RUTH STELLA CORREA PALACIO



DANILO ROJAS BETANCOURTH