

**CONTRATO DE OBRA PUBLICA – Objeto. Construcción del canal e interceptor Alsacia en la localidad octava de Kennedy en Bogotá / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedente contra actos separables del contrato / ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL – Adjudicación de contrato de obra pública / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedente para controvertir legalidad por adjudicación de contrato por inobservancia de requisitos habilitantes / INOBSERVANCIA DE REQUISITOS HABILITANTES – Lo es la firma de contador público en certificación de estados financieros / CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Acredita la existencia de requisito habilitante para contratar aunque se omita la presentación del balance y estado de pérdidas y ganancias / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Por inadecuada calificación de propuesta ganadora**

Se declare la nulidad del Pliego de Condiciones expedido por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA – ESPD, con ocasión de la Convocatoria Pública No. CSC-006-2003, cuyo objeto era seleccionar a la contratista para la Construcción del canal e interceptor Alsacia en la localidad Octava de Kennedy. (...) nulidad del acto de adjudicación efectuado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., en audiencia pública del día 20 de marzo de 2003, correspondiente a la convocatoria pública No. CSC-006-2003, cuyo objeto es la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY, y contenida en el acta de adjudicación del 20 de marzo de 2003 suscrita por el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente.

**COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Conoce de controversias provenientes de la actividad contractual de las entidades públicas / COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Conoce de aquellas decisiones producidas con anterioridad a la celebración del contrato / ACTOS PRECONTRACTUALES - Son sujetos a control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa**

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas” por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia, teniendo en cuenta que los actos acusados provienen de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, empresa industrial y comercial del orden distrital, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Se agrega que aquellas decisiones producidas con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, conocidas como actos previos, constituyen verdaderos actos pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla. Además, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

**FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 82 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 30 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75**

**COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Procesos con vocación de segunda instancia de sentencias dictadas por tribunales / VOCACION DE DOBLE INSTANCIA EN ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Cuando la pretensión mayor supera cuantía dispuesta para ser conocido en primera instancia por los tribunales administrativos**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en \$936'352.636, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V (\$332.000 x 500 = \$166'000.000), exigida de conformidad con la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 954 DE 2005

**IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - Primera Hipótesis.** Cuando el contrato estatal no se ha celebrado en el término de los 30 días siguientes a la publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación / **IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - Primera Hipótesis.** Es procedente mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho / **IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - Segunda Hipótesis.** Cuando transcurrido el término de 30 días no se hubiere celebrado contrato estatal pero tampoco se hubiere formulado demanda / **IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - Segunda Hipótesis.** Configuración de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / **IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - Tercera Hipótesis.** Cuando se celebra contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la publicación del acto de adjudicación y no se ha demandado tal acto / **IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - Tercera Hipótesis.** El interesado ya no podrá ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se deberá pretender la nulidad del contrato estatal / **IMPUGNACION DE ACTOS PREVIOS DEL CONTRATO - De evidenciarse celebración del contrato procederá acción de nulidad y restablecimiento del derecho únicamente para obtener nulidad absoluta del contrato**

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la acción procedente para demandar la legalidad del acto de adjudicación, consultar sentencias de 13 de noviembre de 2013, Exp. 25646, MP. Mauricio Fajardo Gómez y de 13 de agosto de 2014, Exp. 35965, MP. Hernán Andrade Rincón; y de 12 de febrero de 2014, Exp. 3272, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Caducidad / CADUCIDAD DE LA ACCION - No operó el fenómeno de caducidad al presentarse demanda dentro del término legal para demandar actos previos / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedente para solicitar nulidad absoluta de contrato de obra pública, nulidad del acto de adjudicación y cláusula del pliego de condiciones demandada**

En el caso concreto se establece que la demanda se ubicó en la primera hipótesis planteada en esta providencia, como se detalla a continuación: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se entabló el 9 de mayo de 2003, dentro del término de treinta días referido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el cual venció el 12 de mayo de 2003, toda vez que dicho lapso se cuenta a partir de la adjudicación del contrato que ocurrió el 20 de marzo de 2003, decisión que fue

objeto de la demanda. Se tiene en cuenta igualmente que dentro del plazo citado tuvo también lugar el perfeccionamiento del contrato correspondiente, el cual se suscribió el 1º de abril de 2003, antes de la presentación de la demanda y respecto del cual, una vez conocido el contrato, el demandante presentó la pretensión de anulación mediante la reforma a la demanda. Por tanto, se concluye con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que en este proceso se abre paso el estudio de las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y de la cláusula del pliego de condiciones que controvierte el demandante, así como el análisis de la pretensión de nulidad del contrato objeto de adjudicación y, en el evento de encontrar la prosperidad de dichas pretensiones, habrá lugar a estudiar las correspondientes al restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios, puesto que el demandante obró dentro de la oportunidad legal establecida para impetrar todas las antedichas pretensiones.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

**CADUCIDAD - Cómputo de días hábiles / COMPUTO DE DIAS HABILES - Excluye los días no laborales / DIAS FESTIVOS - Descanso remunerado / DIAS NO LABORALES – Deben excluirse deben excluirse del cómputo del término de caducidad**

Al respecto cabe recordar que el cómputo de días hábiles para efectos del inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo excluye los días no laborales, de conformidad con el artículo 70 del Código Civil, subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal (CRPM) y, por otra parte, se tiene en cuenta que la Ley 51 de 1983 trasladó el descanso remunerado de algunos días festivos al lunes siguiente, por tanto, en el período que ocupa la atención de la Sala para el cómputo del término de caducidad de la acción, los días 24 de marzo, 14 a 20 de abril y 1º de mayo correspondieron a días no laborales, razón por la cual deben excluirse del cómputo del término de 30 días.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL – ARTICULO 70 / CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL / LEY 51 DE 1983

**COPIAS SIMPLES - Valor probatorio / VALOR PROBATORIO DE COPIAS SIMPLES - Valoradas por encontrarse desde el inicio del proceso sin que fueran tachadas de falsas**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por EAAB, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el valor probatorio de las copias simples, consultar sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, MP. Enrique Gil Botero.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

**CONTRATACION ESTATAL- Régimen aplicable a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Fundamento Normativo / REGIMEN DE CONTRATACION DE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Procedimiento de derecho privado al que le resulta aplicable las disposiciones contractuales contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil**

En el análisis de las reglas de participación de los proponentes contenidas en el pliego de condiciones, debe tenerse en cuenta el régimen jurídico de la contratación por razón de la empresa convocante, en este caso, el de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de conformidad con la Ley 142 de 1994 y, por tanto, el derecho privado en el procedimiento de contratación. En dicho marco legal, dentro de las reglas de la contratación del derecho privado son llamadas a aplicarse las disposiciones relacionadas con la oferta mercantil y la etapa de formación del contrato, contenidas en el Código de Comercio, así como los principios y las reglas que gobiernan la formación de los actos y contratos en el derecho civil.

**CONTRATACION DE EMPRESAS PUBLICAS SOMETIDA A DERECHO PRIVADO - Límites a la libertad de reglas precontractuales / CONTRATACION DE EMPRESAS PUBLICAS SOMETIDA A DERECHO PRIVADO - Limitada para respetar los derechos del proponente frente a la oferta comercial / DERECHOS DEL PROPONENTE - Irrevocabilidad de la oferta comercial salvo que medie una justa causa / DERECHOS DEL PROPONENTE - Adjudicación al mejor postor / DERECHOS DEL PROPONENTE - Reparación de daños causados por la actividad contractual o extracontractual / CONTRATACION DE EMPRESAS PUBLICAS SOMETIDA A DERECHO PRIVADO -Debe garantizar el derecho a la libre competencia y selección objetiva de proponentes**

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca de los límites a la libertad de reglas y principios de la contratación de las entidades públicas cuyos contratos de someten al derecho privado, consultar sentencia de 9 de octubre de 2012, Exp. 30763, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

**OFERTA MERCANTIL - Noción. Fundamento normativo / IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA MERCANTIL - Una vez comunicada es obligatoria para quien la emite y su aceptación da lugar al perfeccionamiento del contrato**

La oferta mercantil ha sido definida por el Código de Comercio como la propuesta de celebración de un negocio jurídico, que una parte formula a otra, la cual deberá contener los elementos esenciales del respectivo contrato y ser comunicada a sus destinatarios. La fuerza jurídica de la oferta mercantil estriba en que la ley la califica como irrevocable -durante el plazo de su vigencia- y, por tanto, una vez comunicada la oferta es obligatoria para quien la emite y su aceptación da lugar al perfeccionamiento del contrato.

**PLIEGO DE CONDICIONES - De entidades públicas cuyos contratos de someten al derecho privado / PLIEGO DE CONDICIONES - Calificado como oferta mercantil en los términos del artículo 860 del Código de Comercio / DERECHO AL MEJOR POSTOR - Constituido para garantizar la adjudicación del contrato ofrecido mediante pliego de condiciones / DERECHO A REPARACION DEL DAÑO PROVENIENTE DE ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Consagrada en el Código de Comercio en beneficio del mejor postor despojado de la adjudicación del contrato en forma ilegal**

Especial interés reviste la postura del derecho comercial frente al pliego de condiciones, el cual es calificado como oferta mercantil, en los términos del artículo 860 del Código de Comercio. (...) De la normativa citada se desprende el derecho del mejor postor a ser el adjudicatario del contrato ofrecido y, también, el derecho a la reparación del daño causado a aquel proponente que, habiendo presentado la mejor postura, se vea despojado de la adjudicación del contrato en forma ilegal, por ejemplo, a través de un requerimiento o rechazo contrario a las reglas contenidas en la oferta mercantil o en la ley.

**CONTRATACION DE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Aplicación de reglas de Derecho Privado relativas a la oferta mercantil y la libertad de requisitos en la actuación precontractual / PLIEGO DE CONDICIONES - Sometido a las restricciones y garantías contenidas en la Oferta Mercantil referidas en el Código de Comercio / PLIEGO DE CONDICIONES - Irrevocabilidad una vez comunicada la oferta / PLIEGO DE CONDICIONES - Proponente debe acogerse a los términos y condiciones del pliego de condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio jurídico**

Se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones del pliego de condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio jurídico y la formación del consenso de voluntades.

**OFERTA MERCANTIL - Posibilidad de corregir, subsanar o aclarar la postura que verse sobre asuntos no esenciales del negocio jurídico / OFERTA MERCANTIL – La aceptación condicional es considerada como nueva propuesta / PLIEGO DE CONDICIONES - El derecho de la entidad convocante a pedir aclaraciones no permite mutar los elementos esenciales del negocio ofrecido**

Frente a las reglas de la oferta mercantil y en particular a lo dispuesto por el artículo 860 del Código de Comercio, el derecho a corregir, subsanar o aclarar la postura en relación con una oferta mercantil, no puede versar sobre asuntos esenciales del negocio jurídico, toda vez que en tal supuesto no se configuraría el acuerdo de voluntades que se encuentra en la base de la formación de todo contrato. Se agrega que el artículo 855 del Código de Comercio establece que la aceptación condicional será considerada como nueva propuesta, de donde el derecho a corregir, subsanar o aclarar no puede ser invocado sobre aspectos que hagan variar las condiciones del negocio jurídico en los términos en que se ha aceptado. Por ello, a la luz del derecho privado, las cláusulas del pliego de condiciones mediante las cuales se establece el derecho de la entidad convocante a pedir aclaraciones y las que relacionan los documentos pasibles de aclaración, deben ser respetadas en la medida en que por esa vía no se abra la puerta a mutar, en el curso de la dinámica de formación del contrato, los elementos esenciales del negocio ofrecido. De lo contrario se rompería el principio de aceptación pura y simple o libre de condicionamientos exigido para el perfeccionamiento del contrato bajo el régimen de la oferta mercantil.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 855 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 860

**OBLIGACIONES - Elementos esenciales / ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS OBLIGACIONES - Capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita / ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS OBLIGACIONES - Deben concurrir en la oferta mercantil y en la mejor propuesta para que sea exigible y permita el consenso contractual**

De conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, son elementos esenciales de la obligación: **i)** la capacidad, **ii)** el consentimiento libre de vicios, **iii)** el objeto lícito y **iv)** la causa lícita. Por tanto, estos elementos deben estar presentes para que la

oferta mercantil pueda constituirse como acto obligatorio y, a su vez, la mejor propuesta tenga la virtualidad de formar el consenso contractual en la licitación o convocatoria pública.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1502

**REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Exigidos al proponente para participar en la oferta pública y guardan relación con su capacidad para contratar / REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Pueden estar contenidos en el pliego de condiciones sin que configuren el derecho de igualdad y libre competencia entre proponentes / REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Su configuración no puede estar encaminada al favorecimiento de algún proponente**

Las condiciones que se exigen al proponente para participar en la oferta pública y que hacen relación con la capacidad para ser considerado como potencial contratista – también conocidas como requisitos habilitantes- tienen cabida en el pliego de condiciones del derecho privado en la medida en que no se configure una discriminación violatoria de la libre competencia entre los participantes. A su vez, dentro de una contratación pública, la convocante no puede variar las condiciones para un solo proponente, ni aceptar que uno de los participantes tenga oportunidad prevalente para mejorar la postura en orden a obtener el contrato, habida cuenta que se deben respetar los derechos de todos los competidores.

**REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Aplicación de principio de prevalencia del derecho material sobre lo meramente ritual de su prueba / PREVALENCIA DEL DERECHO MATERIAL - No puede haber rechazo de un proponente por asuntos meramente rituales / PREVALENCIA DEL DERECHO MATERIAL - Allegar nuevos documentos o aclarar los existentes no comporta per se incumplimiento de requisitos habilitantes del contratista / DERECHO A ENMENDAR UN ASPECTO RITUAL - No varía la postura presentada por el proponente ni sus condiciones por aspectos meramente formales**

En orden a puntualizar acerca de la prueba de las condiciones para participar en la convocatoria pública o abierta en el derecho privado y su eventual saneamiento, se trae a colación el principio de la prevalencia del derecho material sobre lo meramente ritual de su prueba, el cual se funda en la preponderancia de la voluntad real de las partes, la libertad de formas y la ausencia de ritos que inspiran el derecho contractual privado. Ese principio que se acaba de expresar corresponde a la prevalencia del fondo sobre la forma en los actos jurídicos que se ha desarrollado con fundamento en la regla expresa del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal, en tanto que no puede haber rechazo o discriminación del proponente por asuntos meramente rituales, de donde se advierte que lo importante para definir la viabilidad de allegar nuevos documentos o aclarar los existentes, depende del contenido de fondo de lo que allega en el procedimiento de selección en relación con los requisitos del pliego de condiciones y no de la forma o el título al que se solicitan los documentos o la denominación que se le dé a la respectiva actuación dentro del procedimiento de contratación. Así las cosas, el derecho a enmendar un aspecto ritual es decir el que no varía la postura presentada por el proponente ni sus condiciones, no se hace nugatorio por la existencia de una regla del pliego de condiciones que establezca la facultad de la entidad convocante para solicitar documentos o aclaraciones.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25

**FACULTAD DE SUBSANAR LOS REQUISITOS HABILITANTES - No es derecho absoluto del proponente / FACULTAD DE SUBSANAR LOS REQUISITOS HABILITANTES - No puede ser usada por los proponentes para modificar o mejorar la propuesta mediante sus aclaraciones**

Con fundamento en las citadas normas la Subsección A desarrolló una línea jurisprudencial, siguiendo los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en torno al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 acerca de los principios de la contratación estatal, la cual consistió en hacer prevalecer el aspecto sustancial del requisito exigible en la licitación pública, sobre su forma de presentación. Aunque la Ley 80 de 1993 no se refirió concretamente a la figura del saneamiento de la propuesta, la jurisprudencia abrió la posibilidad de subsanar o enmendar los requisitos ofrecidos en la propuesta bajo la normativa de los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, pero teniendo en cuenta la limitación que consiste en la improcedencia de modificar o mejorar la propuesta por la vía de las supuestas aclaraciones.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30

**PREVALENCIA DEL DERECHO MATERIAL - Prohibición de rechazar propuestas por falta requisitos meramente formales. Fundamento normativo / DERECHOS DE LOS PROPONENTES - Presentación de observaciones y solicitud de modificación de evaluación realizada por la contratante**

De acuerdo con la Ley 80 de 1993 resulta claro que no se pueden rechazar propuestas por razón de la falta de requisitos meramente formales (artículo 25, numeral 15) y que existe la regla legal de dar oportunidad a los proponentes para aclarar o explicar las dudas que tenga la Administración en relación con las propuestas, además de que se reconoce el derecho de los proponentes a presentar observaciones y solicitar la modificación de la evaluación realizada por la entidad convocante en la oportunidad fijada para ello (artículo 30, numerales 7 y 8).

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30

**REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - No toda información faltante puede ser saneada / REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - El saneamiento de la información presentada dependerá en cada caso de las reglas del pliego de condiciones y del cumplimiento del contenido sustancial del mismo / REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Importa su cumplimiento de fondo, no la forma**

No obstante, bajo la égida de la Ley 80 de 1993, -que se cita aquí a nivel de los principios de la contratación-, resulta útil precisar que no toda información faltante debe ser calificada como saneable: depende en cada caso de la especificidad de las reglas del pliego de condiciones, del cumplimiento de las condiciones para participar y del cumplimiento en el contenido sustancial de la información que fue presentada con la respectiva propuesta. (...) Como lo ha sostenido desde hace muchos años esta Corporación, lo importante del requisito que se califica como cumplido a la fecha de la propuesta es el fondo y no la forma. Es por ello que no se debe generalizar el saneamiento o la aclaración admisibles con respecto a la información financiera, pues de un caso a otro puede variar el alcance de la omisión cometida en la propuesta y el impacto sobre las posturas de las partes en el respectivo procedimiento de contratación. En relación con los requisitos formales y

sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones, consultar sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp 24.059, MP. Mauricio Fajardo Gómez; y de 29 de enero de 2014, Exp. 30250, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

**PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL CONTENIDO SUSTANCIAL - En materia de información financiera / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL CONTENIDO SUSTANCIAL - Importa el registro de los hechos económicos de acuerdo con su esencia por encima de las formas legales utilizadas / REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Exigencia de firma de contador público en certificado de estados financieros / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO - Su exigencia armoniza con la necesidad de contar con prueba idónea para establecer capacidad financiera de los proponentes / ESTADOS FINANCIEROS - Cuentan con veracidad legal cuando cumplen con las reglas de elaboración, registro y presentación de las normas de contabilidad / ESTADOS FINANCIEROS - Su cumplimiento de las normas de contabilidad se acredita mediante firma de certificación expedido por contador público**

En materia de la información financiera, la formulación del principio de prevalencia del fondo se corresponde con el de la esencia de los hechos económicos sobre la forma, toda vez que en las normas contables y de información financiera se exige el registro de los hechos económicos de acuerdo con su esencia -para asegurar la revelación de la realidad del ente contable- por encima de las formas legales utilizadas. (...) De conformidad con lo anterior, el sentido lógico de la exigencia contenida en el pliego de condiciones acerca de la certificación de los estados financieros firmada por el contador público se identifica con la necesidad de contar con una prueba idónea para establecer la capacidad financiera de los proponentes, teniendo en cuenta que la ley otorga una fuerza especial de veracidad a los estados financieros cuando cumplen con las reglas de elaboración, registro y presentación establecidas en las normas de contabilidad, cuyo cumplimiento se acredita precisamente a través de la firma en los estados financieros y en su caso, a través de la certificación firmada por el contador público.

**REQUISITOS HABILITANTES DEL CONTRATISTA - Exigencia de firma de contador público en certificado de estados financieros / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO - Su configuración como requisito incluido en el pliego de condiciones se encontró de acuerdo con las leyes contables / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO - Configurado en la Ley 43 de 1993 como requisito habilitante válido en pliegos de condiciones / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO - Se constituyó como instrumento probatorio válidamente exigido en el pliego de condiciones para acreditar la capacidad financiera de los proponentes**

Se observa que el requisito de la firma del contador público, bajo cuya responsabilidad se hubieren preparado los estados financieros, se exigió en dos documentos: los estados financieros y la certificación de los mismos. Dicho condicionamiento encontró respaldo legal en el artículo 10 de la Ley 43 de 1993, mediante la cual se reglamentó la profesión de contador público, por razón de la fe pública otorgada a la atestación o firma de dicho profesional. De las normas transcritas se reitera el sentido lógico que tuvo el pliego de condiciones en el sub lite, el cual exigió la firma del contador público como requisito tanto en los estados financieros como en la certificación sobre los mismos, a manera de instrumento para probar en debida forma las condiciones de capacidad financiera y asegurar que los proponentes cumplieran con los indicadores de capital de trabajo, gasto financiero, endeudamiento y relación de solvencia.

**CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Debe ser otorgada por el representante legal y el contador público / ESTADOS FINANCIEROS - El requisito de su certificación debidamente firmada tiene como objeto dotar de autenticidad y obtener las declaraciones de verificación sobre las afirmaciones allí contenidas / EXIGIBILIDAD DE ESTADOS FINANCIEROS - Es procedente en el pliego de condiciones de conformidad con el régimen de contratación de la Ley 80 de 1993**

Teniendo en cuenta que de acuerdo con la ley la certificación de los estados financieros debía ser otorgada por el representante legal y el contador público, se entiende que en el pliego de condiciones sub lite, tal certificación se exigió bajo sus firmas impuestas en el respectivo documento. El requisito de la certificación que ahora se examina se justificó en orden a dotar de autenticidad los estados financieros y obtener las declaraciones sobre la verificación de las llamadas afirmaciones de los estados financieros, de conformidad con las normas de contabilidad contenidas en el Decreto 2649 de 1993 y con el alcance fijado en la Ley 222 de 1995. Al margen se observa que en vigencia de la Ley 80 de 1993, dicho requerimiento era pasible en el pliego de condiciones con base en el Decreto 2649 de 1993 y por esa razón, también en el pliego de condiciones del procedimiento de contratación estatal, se considera ajustada a derecho la exigencia del documento correspondiente, con el contenido específico de la certificación a los estados financieros, fijado por la ley.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2649 DE 1993 / LEY 80 DE 1993 / LEY 222 DE 1995

**CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Valor probatorio / VALOR PROBATORIO DE CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Concordante con autenticidad de los documentos que otorga certeza sobre el autor de los mismos / VALOR PROBATORIO DE CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Se presume que corresponden al respectivo ente contable que lo emitió en los términos allí contenidos**

El valor probatorio proveniente de la certificación se aprecia en forma concordante con la autenticidad de los documentos prevista en el Código de Procedimiento Civil. La autenticidad consiste en el atributo según el cual se otorga certeza sobre el autor del documento. Para el caso de la certificación de los estados financieros, la autenticidad que se otorga por virtud de la certificación hace presumir que dichos estados financieros corresponden al respectivo ente contable y es respecto de ellos que se predicen las declaraciones contenidas en la certificación.

**CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Presunción de autenticidad legal. Fundamento normativo / CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Se presume auténtica cuando se encuentra debidamente firmada por contador público y el representante legal de la entidad / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO - Otorga fe pública contable a los estados financieros / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO Y DEL REPRESENTANTE LEGAL - Presume valor probatorio de estados financieros salvo prueba en contrario**

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, la exigencia de estados financieros certificados con la firma del representante legal y del contador público constituye un requisito idóneo para acreditar debidamente las condiciones financieras del proponente en aquellos casos en los cuales la entidad contratante decide exigir la presentación de estados financieros para efectos de la contratación pública, por las siguientes razones: i) La delegación para otorgar fe pública contable

acerca de los aspectos definidos en la ley en relación con los estados financieros se encuentra radicada en cabeza del Contador Público, de acuerdo con la Ley 43 de 1990 y ii) El Decreto 2649 de 1993 estableció un contenido específico para la certificación de los estados financieros, aspecto que se consagró a nivel legal acompañado de una presunción de autenticidad, de acuerdo con la Ley 222 de 1995, en cuanto se dispuso que “La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los mismos [estados financieros] conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”, así como también la misma Ley 222 consagró un valor probatorio a los estados financieros certificados, así: “Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos”.  
**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el valor probatorio de los estados financieros, consultar sentencias de 24 de julio de 2013, Exp. 25000, MP. Mauricio Fajardo Gómez; y de 28 de febrero de 2013, Exp. 18197, MP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2649 DE 1993 / LEY 80 DE 1993 / LEY 222 DE 1995

**CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS DE LA PROPONENTE - Se encontró ajustada a las normas contables pertinentes / CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS DE LA PROPONENTE - Contó con firma de contador público que le otorgó autenticidad**

Para el caso que ocupa ahora la atención de la Sala existió la firma del contador público en la certificación de los estados financieros a septiembre de 2002, en los estados financieros correspondientes a los años 2001 y 2002 y en las certificaciones expedidas para los estados financieros de los años 2001 y 2002. Todos los estados financieros requeridos, incluyendo los de septiembre de 2002, se encontraron firmados por representante legal y revisor fiscal, fueron objeto de certificación y de dictamen.

**AUSENCIA DE ESTADOS FINANCIEROS - Se acreditó que certificación firmada por el contador público subsana el requisito habilitante / FIRMA DE CONTADOR PUBLICO EN CERTIFICACION DE ESTADOS FINANCIEROS - Dotó de autenticidad y razonabilidad a la información que se acreditó por el proponente con respecto al balance y del estado de pérdidas y ganancias**

La firma del contador público en la certificación cobijó los estados financieros objeto de la misma, toda vez que: i) de acuerdo con la ley, la certificación se refiere precisamente a los estados financieros y hace parte de la respectiva información financiera y ii) la firma del profesional de la contaduría pública en el respectivo documento otorgó fe pública sobre el contenido de los estados materia de certificación e hizo presumir la autenticidad de los mismos. (...) la Sala se aparta de la interpretación del Tribunal a quo, toda vez que restringió el alcance de la certificación y de la firma del contador público impuesta en el respectivo documento, en contravía de lo previsto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990 y en los artículos 37 y 39 de la Ley 222 de 1995. Los referidos documentos debieron ser interpretados en su contenido sustancial en concordancia con el principio libre configuración del pliego bajo las reglas del derecho privado, además del respeto por el principio de lo esencial sobre los aspectos formales de acuerdo con las normas de la información financiera. (...) se concluye que la negativa a calificar la propuesta del Consorcio Alsacia 2003 se quedó en el aspecto formal de uno de los documentos, por cuanto se redujo a que faltó la firma en el cuerpo del balance y del estado de pérdidas y ganancias y pasó por alto que la firma del contador público estaba presente en la

certificación de los mismos estados financieros y que dicha certificación dotó de autenticidad y razonabilidad a la información que se acreditó en su oportunidad por el respectivo proponente.

**DERECHO DE SUBSANACION DE LA PROPUESTA - No se encontró vulnerado por el hecho de no concebirse en cláusula del pliego de condiciones / AUSENCIA DE CLAUSULA DERECHO DE SUBSANACION DE LA PROPUESTA - No determina nulidad de las reglas del pliego de condiciones / AUSENCIA DE CLAUSULA DERECHO DE SUBSANACION DE LA PROPUESTA - Se encuentra cobijado por la libertad de configuración del derecho privado que gobernó el procedimiento de formación del contrato**

Aunque el ejercicio del derecho de saneamiento o de aclaración del requisito no se hizo necesario en este caso teniendo en cuenta la presencia de la certificación firmada por el contador público en los documentos ya aportados, es cierto que careció de soporte la argumentación según la cual no era viable el saneamiento o la aclaración del requisito de la falta de la firma, supuestamente apoyada en la ausencia de una regla aplicable en el pliego de condiciones o en la carencia del requerimiento discrecional por parte de la entidad convocante. (...) no indican que procede la nulidad de las reglas del pliego de condiciones en la forma solicitada por el demandante, en relación con las cláusulas acerca de la discrecionalidad para solicitar aclaraciones por parte de la entidad convocante y los documentos a los que se refirió, por cuanto dichas cláusulas se ajustaban a la libertad de configuración del derecho privado que gobernó el procedimiento de formación del contrato, además de que no contemplaban la eliminación o restricción del derecho a subsanar o aclarar el aspecto formal que fue materia del debate. (...) el pliego de condiciones no violó la ley por el hecho de carecer de una cláusula sobre el derecho del contratista a subsanar el requisito de la firma del contador público. Tal derecho podía tener lugar, con arreglo a los principios de la contratación previstos del derecho privado así como aquellos que gobernaban la prueba contable materia del debate.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Requisitos de prosperidad cuando se ejerce contra acto de adjudicación del contrato / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Primer requisito. Existencia de causal de nulidad del acto precontractual / EXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD - Demanda prueba de que el acto de adjudicación lesionó el ordenamiento jurídico / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segundo requisito. Acreditación de calidad de mejor postor / CALIDAD DE MEJOR POSTOR - EL demandante debe probar que presentó la propuesta mejor calificada**

El Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con el acto de adjudicación del contrato depende del cumplimiento de una doble carga probatoria, de una parte, (i) demostrar que el acto efectivamente lesionó el ordenamiento jurídico, esto es, la ocurrencia de la causal de nulidad que afectó el acto de adjudicación y, de otra, (ii) probar que la propuesta del demandante ha debido ser objeto de la adjudicación del contrato, es decir, que de acuerdo con la ley y las reglas de la convocatoria -ajustadas a la ley-, el demandante presentó la propuesta mejor calificada y por tanto tiene el derecho a ser reparado por el razón del despojo ilegal de la adjudicación del contrato, en la medida en que la celebración del mismo le habría reportado una utilidad.

**ONUS PROBANDI - Corresponde a las partes probar las afirmaciones expuestas en los hechos para que sean procedentes sus pretensiones / CARGA DE LA PRUEBA - En casos en los que se pretende la nulidad del acto de adjudicación del contrato / CARGA DE LA PRUEBA - En relación con la acreditación de la calidad de mejor postor / CARGA DE LA PRUEBA DE CALIDAD DE MEJOR POSTOR - Basta con aportar los informes de evaluación y calificación emitidos en el procedimiento de contratación**

También es abundante la jurisprudencia que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, advierte que la referida carga probatoria corresponde al demandante en relación con los supuestos de hecho que alega, lo cual significa que a través de los medios de prueba que estén a su alcance debe llevar al Juez a la convicción de que el acto de adjudicación es ilegal y que su propuesta era la mejor de acuerdo con las reglas de selección del respectivo procedimiento de contratación. Aunque en algunas providencias se exigió la presentación de todas las propuestas que participaron en el procedimiento de contratación, para evidenciar la evaluación y calificación en orden a determinar que la propuesta de la parte demandante debió ser la ganadora, lo cierto es que no existe una tarifa probatoria y que puede ser suficiente aportar los informes de evaluación y calificación emitidos en el procedimiento de contratación si con base en ellos se logra demostrar la calificación de todos los proponentes y soportar que el primer lugar correspondía a la propuesta del demandante.

**FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177**

**OMISION DEL ONUS PROBANDI - Hizo improcedente la prosperidad de los cargos formulados por la parte demandante / OMISION DEL ONUS PROBANDI - No permitió determinar la calidad de mejor proponente del consorcio demandante / CALIDAD DE MEJOR POSTOR - No fue viable determinar que la propuesta del demandante por el hecho de tener el menor precio debió resultar seleccionada para la adjudicación / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No es procedente por no acreditarse que el consorcio era merecedor de la adjudicación del contrato**

Se advierte que el plenario carece de prueba acerca del puntaje final de calificación que habría logrado la propuesta del demandante. Si se tiene en cuenta que el pliego de condiciones constituye la ley de calificación de las ofertas en el procedimiento de contratación, el juzgador debe atenerse a las reglas del mismo para apreciar la prueba dentro de la controversia que se origina en torno a la adjudicación del contrato, como resultado de lo cual, en este caso, el análisis de las propuestas lleva a denegar las pretensiones del demandante. En consecuencia, con base en lo acreditado en el proceso no es posible aceptar que la propuesta del demandante por el hecho de tener el menor precio ha debido resultar seleccionada para la adjudicación del contrato en la convocatoria CSC-006 de 2003; por el contrario, aplicando las fórmulas del pliego de condiciones a los datos demostrados en el proceso, su propuesta no era la mejor. Así las cosas, se denegarán las pretensiones orientadas a la condena por restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios, aunque por razones distintas de las que consideró el Tribunal a quo.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No prosperó al no tenerse como probada la calidad de mejor postor de la demandante / NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACION - No es procedente al no acreditarse falsa motivación del acto demandado / FALSA MOTIVACION - Inexistente. No se encontró probada la inadecuada valoración de las propuestas que motivó la adjudicación del contrato**

Se puntualiza que la pretensión de nulidad del acto de adjudicación del contrato tampoco prospera, teniendo en cuenta que según lo probado en este proceso la propuesta del demandante no se debió rechazar por la falta de la firma del contador público y tuvo el derecho a ser objeto de la evaluación financiera, pero ello no significa que la decisión de adjudicación resultaba a su favor. Se observa que la motivación del acto de adjudicación se encontró sustentada en los informes de evaluación y calificación que hicieron parte del procedimiento y que soportaron la decisión, de acuerdo con lo probado en el proceso. De esta manera, a pesar de la decisión equivocada de negar la calificación financiera del demandante, ello no hacía variar la decisión final relativa a adjudicación del contrato –puesto que el Consorcio Alsacia 2003 no presentó la mejor propuesta- y, por tanto, no proceden los argumentos de falsa motivación y de falta de motivación en relación con la decisión atacada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00959-01(38696)**

**Actor: CONSORCIO ALSACIA 2003 Y OTROS**

**Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA Y OTROS**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009), mediante la cual se dispuso:

***“PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de caducidad formulada por la parte demandada, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.***

***“SEGUNDO.- Declarar no probada la excepción de caducidad formulada por la Curadora Ad Litem del señor Yamil Sabbagh Solano, de conformidad con la parte considerativa del presente fallo.***

**“TERCERO.-** Negar las pretensiones.

**“CUARTO.-** Sin condena en costas.”

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante demanda presentada el 9 de mayo de 2003, Carlos Orlando Becerra Castillo y J. E. Jaimes Ingenieros S.A., obrando en nombre propio y como integrantes del Consorcio Alsacia 2003, siendo el primero representante legal del referido consorcio, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y con fundamento en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.,<sup>1</sup> las cuales se incorporan a continuación de acuerdo con el texto de la reforma a la demanda<sup>2</sup>:

**“PRIMERA.** Que se declare la nulidad del Pliego de Condiciones expedido por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – ESPD, con ocasión de la Convocatoria Pública No. CSC-006-2003, cuyo objeto era seleccionar a la contratista para la Construcción del canal e interceptor Alsacia en la localidad Octava de Kennedy, específicamente en los siguientes apartes que a continuación se destacan con negrilla y subrayado:

#### **2.3. INSTRUCCIONES A LOS PROPONENTES SOBRE LOS ESTADOS FINANCIEROS**

- *El Balance General y Estado de Resultados de los años fiscales y periodos intermedios indicados en el Anexo No. 1 ‘Datos de la Convocatoria’, deben estar acompañados con sus respectivas notas aclaratorias, estar firmados por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, por el Contador Público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado. Así mismo, los estados financieros correspondientes a los años solicitados, deben estar firmados por el revisor fiscal o Contador Público independiente que hubiere emitido la opinión y dictamen anteponiendo a su firma la expresión ‘Ver la opinión adjunta o similar’.*
- *La persona natural o el representante legal de la persona jurídica y el Contador Público, bajo cuya responsabilidad se hubieren preparado los estados financieros, de los años fiscales y periodos solicitados, certificarán expresamente en hoja anexa, que han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.*

---

<sup>1</sup> En adelante EAAB.

<sup>2</sup> Folios 138 a 141, cuaderno 1.

(...)

- Cuando en desarrollo de la evaluación financiera, se requiera verificar la información contenida en los estados financieros presentados por el proponente, la EMPRESA **podrá discrecionalmente**<sup>3</sup> solicitar los documentos adicionales que considere necesarios para el esclarecimiento de la información.'

**“SEGUNDA.** Que se declare la nulidad del acto de adjudicación efectuado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., en audiencia pública del día 20 de marzo de 2003, correspondiente a la convocatoria pública No. CSC-006-2003, cuyo objeto es la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY, y contenida en el acta de adjudicación del 20 de marzo de 2003 suscrita por el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente, Sr. JORGE PABLO VELASCO VELASCO.

**“TERCERA.** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare la **nulidad absoluta** del contrato estatal de obra No. 1-01-3533002-056-2003 suscrito entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., y la UNIÓN TEMPORAL D&S, adjudicado en audiencia pública del día 20 de marzo de 2003, correspondiente a la convocatoria pública No. CSC-006-2003, cuyo objeto es la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY, firmado el 1º de abril del presente año bajo el número [espacio en blanco].

**“CUARTA.** Declarar que la oferta presentada por el CONSORCIO ALSACIA 2003, es la más favorable objetivamente considerada, de todas aquellas que se presentaron en el marco del proceso de selección correspondiente a la contratación para la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY.

**“QUINTA.** Como consecuencia directa e inmediata de las anteriores declaraciones, que se ordene el Restablecimiento en su integridad de todos los derechos que con la expedición del acto demandado fueron conculcados al CONSORCIO ALSACIA 2003, así como ordenar la reparación de todas las lesiones o perjuicios que le produjo el acto que ha de ser declarado nulo, específicamente en cuanto a los siguientes puntos:

**5.1.** Ordenar que se restablezca el derecho que debió reconocerse al CONSORCIO ALSACIA 2.003, quien ha debido ser la adjudicataria de la contratación correspondiente de la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY.

**5.2.** Que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a reconocer y a pagar, a favor de CONSORCIO ALSACIA 2.003, todas las sumas de dinero debidamente actualizadas, que habría tenido derecho a

---

<sup>3</sup> Aparte destacado en negrilla en el texto original, como objeto de la pretensión de nulidad.

percibir **como utilidades y demás beneficios** si el acto demandado no lo hubiese privado ilegal e injustamente, del derecho a ser adjudicatario de la contratación correspondiente a la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY.

**5.3.** Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a reconocer, pagar e indemnizar a favor de mi mandante, **todos los perjuicios** que le ocasionó con la expedición del acto cuya nulidad se depreca, en cuanto los mismos sean probados a lo largo del proceso judicial, incluidos el daño emergente y el lucro cesante.

**5.4.** Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a reconocer, pagar e indemnizar a favor de mi poderdante, todos los perjuicios correspondientes al **daño emergente y lucro cesante** que le fueron ocasionados tanto por el hecho de haberlo privado indebidamente del derecho que le asistía a ser adjudicatario del contrato correspondiente a la CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY, como por el hecho de haberlo privado también ilegalmente, del derecho a ejecutar dicho contrato.

**5.5.** Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a reconocer, pagar e indemnizar a favor de mi representado, **los perjuicios correspondientes al “Costo de Oportunidad”** que le significó tanto no obtener la adjudicación del contrato al cual tenía legítimo derecho, como no haber podido ejecutar el respectivo contrato.

**5.6.** Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a reconocer, pagar e indemnizar a favor de mi mandante, todos los perjuicios ocasionados por razón de los **costos, erogaciones,** y perjuicios que le significó el haber destinado los **recursos técnicos y financieros así como el tiempo respectivo a la preparación de la oferta** y participación dentro del proceso de selección que concluyó con la expedición del acto cuya nulidad se demanda.

**“SEXTA.** Ordenar que todas las sumas de dinero que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., deba reconocer y pagar a favor del CONSORCIO ALSACIA 2.003, como consecuencia de las condenas que le sean impuestas en virtud del presente proceso judicial **se actualicen y/o indexen** de acuerdo con la variación del índice de Precios al Consumidor – IPC.

**“SÉPTIMA.** Que se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., ordenando que todas las sumas de dinero que se condene a pagar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a favor de mi poderdante, devenguen **intereses moratorios** al día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con las tasas de interés que certifique la Superintendencia Bancaria.

**OCTAVA.** Condenar en **costas, incluidas las agencias en derecho**, a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., a favor del Consorcio ALSACIA 2003<sup>4</sup>.

## **2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Previa la publicidad de ley, EAAB adelantó la convocatoria pública CSC-006 de 2003 para la contratación de las obras de construcción del canal e interceptor Alsacia en la localidad octava de Kennedy, la cual culminó con la adjudicación del contrato número 1-01-3533002-056-2003 a favor de la Unión Temporal D&S, suscrito el 1º de abril de 2003.

**2.2.** En atención a la convocatoria se presentaron ocho propuestas, siendo una de ellas la del Consorcio Alsacia 2003, ahora demandante.

**2.3.** En el informe de evaluación financiera de las propuestas EAAB afirmó que el Consorcio Alsacia 2003 no cumplió con los requisitos financieros y descalificó su propuesta, con fundamento en que la información financiera de la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., presentada con corte a 30 de septiembre de 2002, no estaba suscrita por el contador público bajo cuya responsabilidad se prepararon los correspondientes estados financieros.

**2.4.** Según narró el demandante, de acuerdo con el pliego de condiciones EAAB pudo solicitar aclaraciones que debían ser atendidas por el proponente so pena de rechazo, a lo cual no acudió y en su lugar procedió directamente a asignar concepto final de “no cumple” a la propuesta que presentó Consorcio Alsacia 2003.

**2.5.** Afirmó el demandante que, de conformidad con el pliego de condiciones, la información contable con corte a septiembre de 2002 se solicitó para establecer la consistencia con respecto a los índices del último año fiscal requerido (2001), sobre el cual se efectuaría la evaluación financiera. Por lo anterior resultaba procedente admitir aclaraciones sobre la información a septiembre de 2002, máxime cuando los

---

<sup>4</sup> Folios 138 y 139, cuaderno 1. Las negrillas son del texto.

estados financieros del año 2001 se presentaron firmados y certificados y dictaminados por un contador público en su condición de revisor fiscal.

**2.6.** Consorcio Alsacia 2003 presentó observaciones al documento de evaluación financiera, las cuales fueron resueltas desfavorablemente dentro del procedimiento de contratación, en la audiencia de 13 de marzo de 2003, con la siguiente decisión: *“NO PROSPERA LA OBSERVACIÓN”*. Para soportar lo anterior, EAAB invocó la aplicación de los artículos 37 y 39 de la Ley 222 de 1995 acerca de los requerimientos de los estados financieros certificados. El rechazo de la propuesta se confirmó el día 20 de marzo de 2003, una vez suspendida y reanudada la respectiva audiencia, la cual culminó con la decisión de adjudicación en favor de la Unión Temporal D&S.

**2.7.** En la audiencia de 13 de marzo de 2003 EAAB devolvió a Consorcio Alsacia 2003 los documentos de la oferta presentada y le entregó los sobres de la propuesta económica que no fueron abiertos en la audiencia.

**2.8.** Mediante la Escritura Pública 786 otorgada en la Notaria 40 de Bogotá, Consorcio Alsacia 2003 protocolizó los documentos contentivos de la propuesta. En relación con los sobres cerrados recibidos de EAAB, a instancias del Notario 40 y de la secretaria de ese despacho se levantó el acta donde se dejó constancia del contenido del sobre en el cual se encontraba el documento original de la propuesta económica. En el acta se hizo constar que la pestaña del sobre estaba parcialmente despegada, de lo cual presumió el demandante que uno de los sobres de la propuesta económica fue abierto por los funcionarios de EAAB.

**2.9.** De acuerdo con la apertura del referido sobre que se realizó en la Notaria 40 de Bogotá, el valor de la propuesta económica de Consorcio Alsacia 2003 se presentó por la suma de \$2.436'940.600. El demandante observó que su oferta fue la más económica dentro de la respectiva convocatoria y que por ello ha debido ser objeto de la adjudicación.

### **3. Concepto de violación**

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 13, 83, 90 y 333 de la Constitución Política, referidos al derecho a la igualdad, los postulados de la buena fe y de la responsabilidad del Estado; los artículos 1, 3, 35, 36, 78, 85 del

Código Contencioso Administrativo en relación con los procedimientos administrativos; el artículo 860 del Código de Comercio en relación con la regla según la cual en la licitación pública el “*pliego de cargos*”<sup>5</sup> constituye la oferta y cada postura implica la celebración del contrato, condicionada a que no exista postura mejor; el artículo 863 del Código de Comercio el cual establece el deber de la buena fe en la etapa precontractual; los artículos 37, 38 y 40 de la Ley 222 de 1995 acerca de los estados financieros y el artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993, referido a la exigencia de claridad de las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

Finalmente, señaló como normas violadas el concepto 107483 de noviembre 23 de 1999 de la Superintendencia de Sociedades y el pliego de condiciones.

#### **4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 12 de junio de 2003, posteriormente se presentó modificación a la demanda la cual fue admitida en auto proferido el 11 de diciembre de 2003<sup>6</sup>. Se ordenó la notificación y el traslado de la demanda a la Unión Temporal D&S y a sus integrantes: D&S LTDA., Construcciones Namul LTDA., Sohinco Constructora LTDA., y el señor Yamil Sabbagh Solano. Los anteriores integrantes de la unión temporal adjudicataria del contrato fueron citados y ante la imposibilidad de notificarlos en forma personal, se libraron avisos y mediante auto de 30 de marzo de 2006 se designó una curadora *ad litem* a nombre del señor Yamil Sabagh Solano quien fuera el representante legal del consorcio, previo el emplazamiento previsto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

**4.2.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas mediante auto de 16 de agosto de 2007<sup>7</sup>.

#### **4.3. Contestación de la demanda**

---

<sup>5</sup> De acuerdo con la expresión textual del artículo 860 C.Co. Se entiende que se refiere al pliego de condiciones de la licitación.

<sup>6</sup> Folios 143 y 144, cuaderno 1.

<sup>7</sup> Folio 235, cuaderno 1.

En la contestación de la demanda EAAB se opuso a todas las pretensiones. En relación con los hechos observó que el pliego de condiciones debe ser tenido en cuenta en forma integral y no solamente en los apartes citados por el demandante. Reseñó que de acuerdo con el pliego de condiciones solo era posible sanear las certificaciones pero no la información financiera que en este caso careció de un requisito establecido en el pliego de condiciones, consistente en la firma del contador público. EAAB advirtió que incluyó la exigencia en el pliego con respaldo en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990.

Invocó como excepciones las siguientes: **i)** caducidad e inadecuada acción en los términos del artículo 87 del C.C.A.; **ii)** los gastos del oferente no comportan la calidad de perjuicios y **iii)** en los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la viabilidad de la condena en costas no tiene su origen en la solicitud del demandante.

La curadora *ad litem* contestó la demanda, invocó las diferencias entre la certificación de los estados financieros y el dictamen del revisor fiscal en los términos de la Ley 222 de 1995 y se detuvo en la facultad discrecional del Estado para establecer en el pliego de condiciones la información y los requisitos que deben acreditar los proponentes. Presentó la excepción de caducidad y trámite diferente.

#### **4.4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público**

El consorcio **demandante** observó que de acuerdo con el pliego de condiciones la omisión cometida era una deficiencia subsanable y que EAAB le ha debido dar la oportunidad para presentar los documentos correspondientes. Se apoyó en los numerales 1.21 y 2.3 del pliego de condiciones. Alegó la violación al principio de la buena fe precontractual y la configuración de la falta de motivación y la falsa motivación en el acto de adjudicación.

Afirmó que según las calificaciones de EAAB se presentó igualdad de condiciones técnicas entre cinco propuestas, lo cual ha debido solucionarse en su favor de conformidad con el pliego de condiciones, por razón de que su propuesta económica fue la más baja.

Destacó que según apreció el Notario 40 de Bogotá la pestaña del sobre de la propuesta económica había sido despegada por lo cual afirmó que se presume que EAAB habría conocido el valor de la propuesta que luego decidió rechazar.

EAAB, obrando como **demandada**, ratificó los argumentos de la contestación de la demanda y reafirmó que el acto de adjudicación se expidió de acuerdo con los procedimientos y competencias establecidos en la ley y en el propio pliego de condiciones. Destacó que el demandante reconoció su omisión en la misma demanda. Alegó que la falla del proponente al omitir la firma del contador público en la información financiera no constituyó una “*irrelevante minucia*”, como afirmó el demandante, toda vez que de acuerdo con la ley la firma del contador público hace presumir que los estados financieros se ajustan a las exigencias legales y que los datos son tomados de los libros de contabilidad. Reiteró las diferencias entre los requisitos de certificación de estados financieros y el dictamen sobre los mismos.

Indicó que de acuerdo con el pliego de condiciones los certificados eran subsanables si EAAB solicitaba aclaraciones sobre su contenido, pero que no era viable para el proponente mejorar la propuesta, lo cual habría ocurrido si se permitía incorporar la firma del contador público.

El **Ministerio Público** consideró que no deben prosperar las pretensiones de la demanda puesto que el derecho a subsanar no puede “*servir de excusa para permitirle a un oferente aportar por fuera del término documentos que no anexó conforme se exigían en el pliego, máxime cuando las mismas condiciones de la convocatoria así lo señalaron expresamente*”<sup>8</sup>.

#### **4.5. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009), en la cual declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda, según se lee en la parte resolutive de la decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

---

<sup>8</sup> Folio 307, cuaderno 1.

*“En criterio de la Sala el cargo no está llamado a prosperar, en primera medida porque del contenido del pliego de condiciones se desprende que si el proponente consideraba que lo reglamentado por el pliego era inadecuado o requería algún tipo de aclaración, debía formularlo oportunamente (...). // Ante el silencio del proponente, la Sala considera que la parte era consciente de la obligación impuesta y aceptó las condiciones de suscripción en que debían ser presentados los elementos de la evaluación financiera.*

*“(...)”*

*“Adicionalmente la Sala considera que el requisito de la suscripción de los estados financieros es una condición válida y legal y plausible de solicitud por parte de la Administración (...).*

*“(...) si el documento presentado no cumplía con las calidades referidas, esta situación no constituía un aspecto subsanable o de aclaración, porque el efecto consecuencial era la no presentación adecuada del documento en los términos del pliego, lo que constituía una omisión en la documentación de la propuesta”.*

En el mismo orden de ideas, el Tribunal *a quo* consideró que no existió violación al principio de la buena fe precontractual, ni falta de motivación, tampoco falsa motivación en el acto de adjudicación y que por ello no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

Por otra parte, puntualizó que el demandante no logró demostrar que su propuesta era la mejor toda vez que no arrimó al plenario la totalidad de las propuestas presentadas en la convocatoria pública y que solo se comparó contra la propuesta adjudicataria.

#### **4.6. El recurso de apelación**

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia el 10 de diciembre de 2009 y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para el efecto. Manifestó su inconformidad con los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo* en la siguiente forma:

Acerca de la no presentación de reparos sobre el pliego de condiciones afirmó:

*“A este respecto, los apartes del pliego de condiciones [referidos a la firma del contador público y a la discrecionalidad de EAAB para solicitar documentos adicionales] violan normas legales superiores, por cuanto ninguna de las normas*

*legales que rigen los procesos contables y la presentación de estados financieros, exigen que estos deban encontrarse firmados por el contador público”.*

Agregó que no pudo hacer observaciones sobre los requisitos puesto que en el procedimiento de contratación no hubo etapa de pre pliegos.

En relación con la condición de la exigencia de firma por parte del contador público advirtió que el Tribunal *a quo* omitió considerar la prueba de la certificación de los estados financieros con corte a 30 de septiembre de 2002, suscrita el 12 de noviembre de 2002 por el representante legal y el señor Bernardo Franco en calidad de contador público, con matrícula profesional acreditada junto a su firma. Destacó que esa certificación reunió los requisitos de las normas contenidas en el Decreto 2649 de 1993 y con ella se acreditó la autenticidad, integridad, debida valuación y revelación de los estados financieros correspondientes a un periodo intermedio, como lo era septiembre de 2002, a pesar de lo cual fueron rechazados.

Finalmente, el demandante indicó que la facultad *discrecional* de pedir aclaraciones era ilegal por cuanto le daba potestades a EAAB para solicitar las correcciones a su arbitrio, con el fin de controlar la contratación.

#### **4.7. Alegatos en segunda instancia**

En la oportunidad para alegar, Consorcio Alsacia 2003 obrando como **apelante**, invocó la violación del derecho a la igualdad y del principio de la buena fe. Observó que se debe tener en cuenta que a otra propuesta dentro de la misma convocatoria se le dio oportunidad de subsanar las certificaciones de experiencia, empero a Consorcio Alsacia 2003 no se le requirió para aclarar lo referente a la información financiera.

Indicó la falta de motivación del acto acusado toda vez que no fue suficientemente detallado y la falsa motivación del mismo por cuanto se acogió una interpretación errónea de la ley.

Insistió en que debe revocarse la sentencia ante la apreciación de la prueba de la certificación de los respectivos estados financieros suscrita por contador público el 12 de noviembre de 2002.

Finalmente, se detuvo en las consideraciones del Tribunal *a quo* acerca de la certificación de los estados financieros y alegó que con base en dicha prueba se debió concluir que la firma del contador público era un requisito subsanable.

Destacó que si de acuerdo con el pliego de condiciones el Tribunal *a quo* consideró subsanable el contenido de las certificaciones acerca de los estados financieros, con más razón debió advertir que la proponente tenía el derecho a subsanar la falta de firma en los mismos.

EAAB obrando como **demandada**, alegó que los prepliegos sí se publicaron y que, de acuerdo con las pruebas, los pliegos se adoptaron con base en los estudios previos, con arreglo a las exigencias de la Ley 80 de 1993 y las evaluaciones se colocaron a disposición de los proponentes.

Invocó la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, de conformidad con las cuales el pliego de condiciones es una ley para las partes y, por tanto, la Administración estaba obligada a rechazar las ofertas cuando se tipificaran los eventos establecidos dentro del pliego.

Reseñó el concepto contenido en oficio 220-23811 de 25 de marzo de 1988, emitido por la Superintendencia de Sociedades en interpretación del Decreto 2649 de 1993 y de la Ley 222 de 1995, de acuerdo con el cual se establece que los estados financieros *siempre* deben estar suscritos por el representante legal y el contador público que los hubiere preparado.

EAAB citó los conceptos de la Superintendencia de Sociedades para concluir que los estados financieros sin firma no se encuentran amparados por la presunción de autenticidad y no se puede afirmar la razonabilidad de su contenido.

El **Ministerio Público** emitió concepto en la segunda instancia, en el cual estimó que se debe confirmar la sentencia denegatoria proferida por el Tribunal *a quo*. Apreció que los pliegos fueron claros, que no existió duda acerca del requisito de la firma del contador público en los estados financieros. Invocó el Adendo 1 de 12 de febrero de 2003 acerca de las instrucciones a los proponentes sobre la firma de los estados financieros requerida en el literal a) y la certificación en hoja anexa exigida en el literal b) de las respectivas instrucciones. Concluyó que el rechazo de la

propuesta se fundó en las reglas contenidas en el pliego de condiciones, al igual que en el acto de adjudicación se ajustó a dichas reglas.

## II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual en relación con el acto administrativo de adjudicación del contrato; **3)** vinculación de la unión temporal adjudicataria en el presente proceso; **4)** pruebas aportadas al proceso; **5)** de la oferta mercantil y la libertad de requisitos en la actuación precontractual que se rige por el derecho privado; **6)** la facultad de subsanar no constituye derecho omnímodo del proponente; **7)** del requisito consistente en la firma del contador público frente al principio de la prevalencia del contenido sustancial; **8)** el caso concreto y **9)** costas.

### 1. Competencia del Consejo de Estado

#### 1.1. Jurisdicción Competente

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*<sup>9</sup> por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia, teniendo en cuenta que los actos acusados provienen de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, empresa industrial y comercial del orden

---

<sup>9</sup> El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las *entidades públicas*, en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”.*

distrital<sup>10</sup>, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993<sup>11</sup>.

Se agrega que aquellas decisiones producidas con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, conocidas como actos previos, constituyen verdaderos actos pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla<sup>12</sup>. Además, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993<sup>13</sup>.

Con fundamento en el criterio orgánico que se acaba de referir, siendo en este caso la parte demandada una entidad estatal se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no se hace necesario acudir al análisis del contenido del contrato cuya adjudicación se impugnó ni a la determinación de su relación con el servicio público domiciliario en los términos de la competencia prevista en el artículo 132 del C.C.A.<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Acuerdo 01 de 2002, expedido por la Junta Directiva de la entidad: *“Artículo 2o- Naturaleza Jurídica. La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ- E.S.P., es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente”.*

<sup>11</sup> El artículo 2º de la Ley 80 de 1993, dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.* (La negrilla no es del texto, se destaca para distinguir la condición jurídica de la entidad demandada).

<sup>12</sup> *“Artículo 87. -De las controversias contractuales. (...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.”*

<sup>13</sup> *“Artículo 75.- Del Juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”*

<sup>14</sup> *“Artículo 132 C.C.A. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

## 1.2. Cuantía

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en \$936'352.636, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V ( $\$332.000 \times 500 = \$166'000.000$ )<sup>15</sup>, exigida de conformidad con la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

## 2. Caducidad de la acción contractual en relación con el acto administrativo de adjudicación del contrato

### 2.1. Antecedentes

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998<sup>16</sup> y hasta el 2 de julio de 2011<sup>17</sup>, introdujo una modificación acerca de la procedencia y la oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así:

"Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) *De las controversias contractuales. (...)*

---

"(...)

*"5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".*

<sup>15</sup> De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2003, toda vez que la demanda se presentó el 9 de mayo de 2003 y el recurso de apelación se interpuso el 10 de diciembre de 2009, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 365, cuaderno principal).

<sup>16</sup> Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso

*"En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación".*

<sup>17</sup> Fecha en la cual empezó a regir el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) contenido en la Ley 1437 de 2011.

*“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.* (La subraya no es del texto).

A partir de la disposición reseñada la Subsección A desarrolló una línea<sup>18</sup> acerca de las acciones procedentes contra los actos previos, en la cual se distingue consistentemente entre las clases de acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, según se transcribe a continuación:

*“La **primera hipótesis** se refiere a aquellos casos en los cuales **el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo** en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.*

*“Una **segunda hipótesis** dice relación con aquellos casos en los cuales **hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda** contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento*

---

<sup>18</sup> Jurisprudencia reiterada en las siguientes sentencias: **1.** Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 13 de agosto de 2014, radicación 250002326000200401200 01, expediente 35965, demandante Selcomp Ltda., demandado Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital – Distrito Capital; y en las siguientes sentencias con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez: **2.** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 250002326000200137701, expediente 32721, actor Integrantes Unión temporal Bogotá Móvil, demandado Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt, acción contractual; **3.** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación: 250002326000200102922, expediente 31753, actor Insetel Ltda., demandado: Municipio de Purificación, acción: nulidad y restablecimiento del derecho; **4.** Sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual; **5.** Sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 250002326000 2001 0292201, expediente 28479, actor: Unión Temporal de Servicios Eléctricos, demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt; **6.** sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 25000232600 1999 0219701, expediente 25646, actor Ciarquelet Ltda., demandados: Distrito Capital, Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y otro.

de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

“(…)

“La **tercera hipótesis** corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario **proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes** a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, **sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción** de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos<sup>19</sup>, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

“Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas

---

<sup>19</sup> Original de la cita: “De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación”.

*resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente*<sup>20,21</sup>.

## **2.2. Ubicación espacio temporal de la demanda en el caso concreto**

En el caso concreto se establece que la demanda se ubicó en la **primera hipótesis** planteada en esta providencia, como se detalla a continuación: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se entabló el 9 de mayo de 2003, dentro del término de treinta días referido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el cual venció el 12 de mayo de 2003, toda vez que dicho lapso se cuenta a partir de la adjudicación del contrato que ocurrió el 20 de marzo de 2003<sup>22</sup>, decisión que fue objeto de la demanda.

Se tiene en cuenta igualmente que dentro del plazo citado tuvo también lugar el perfeccionamiento del contrato correspondiente, el cual se suscribió el 1º de abril de 2003, antes de la presentación de la demanda y respecto del cual, una vez conocido el contrato, el demandante presentó la pretensión de anulación mediante la reforma a la demanda.

Por tanto, se concluye con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que en este proceso se abre paso el estudio de las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y de la cláusula del pliego de condiciones que controvierte el demandante, así como el análisis de la pretensión de nulidad del contrato objeto de adjudicación y, en el evento de encontrar la prosperidad de dichas pretensiones, habrá lugar a estudiar las correspondientes al restablecimiento del

---

<sup>20</sup> Original de la cita: *“Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y en sentido contrario una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente.”*

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 25000232600 1999 0219701, expediente 25646, actor Ciarquelet Ltda., demandados: Distrito Capital, Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y otro.

<sup>22</sup> Folio 63, cuaderno 6, constancia de adjudicación de la convocatoria pública CSC-006-2003.

derecho e indemnización de perjuicios, puesto que el demandante obró dentro de la oportunidad legal establecida para impetrar todas las antedichas pretensiones.

Al respecto cabe recordar que el cómputo de días hábiles para efectos del inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo excluye los días no laborables, de conformidad con el artículo 70 del Código Civil, subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal (CRPM)<sup>23</sup> y, por otra parte, se tiene en cuenta que la Ley 51 de 1983 trasladó el descanso remunerado de algunos días festivos al lunes siguiente, por tanto, en el período que ocupa la atención de la Sala para el cómputo del término de caducidad de la acción, los días 24 de marzo, 14 a 20 de abril y 1º de mayo correspondieron a días no laborables<sup>24</sup>, razón por la cual deben excluirse del cómputo del término de 30 días.

De acuerdo con lo anterior se verifica que no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual.

### **3. Vinculación de la unión temporal adjudicataria en el presente proceso**

A petición del demandante se produjo en este proceso la citación de la Unión Temporal D & S, adjudicataria del contrato, y de todos sus integrantes, aunque solo se presentó actuación por parte de uno de ellos, el señor Yamil Sabagh Solano quien era a su vez el representante legal de dicha unión temporal, a través de la curadora *ad litem* designada para el efecto.

Es pertinente observar que la vinculación del consorcio o de la unión temporal que fue adjudicataria del contrato se considera debidamente realizada en el proceso entablado para obtener la nulidad del acto de adjudicación, mediante la notificación al representante legal, conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Ley 4 de 1913. Artículo 62. *"En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil."*

<sup>24</sup> El 19 de marzo corresponde a un festivo trasladados al lunes siguiente, de acuerdo con la Ley 51 de 1983 y, por otra parte, se descuenta la Semana Santa en la cual tiene vigencia la vacancia judicial.

<sup>25</sup> El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013 resolvió **"UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen"**.

#### 4. Las pruebas aportadas al proceso

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por EAAB, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013<sup>26</sup>.

A continuación se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso:

**4.1.** Comunicación interna suscrita por la gerencia corporativa de servicio al cliente, dirigida a la dirección de compras y contratación de EAAB, correspondiente a la solicitud de contratación de fecha 3 de febrero de 2003, a la cual se anexaron los documentos requeridos para adelantar el trámite<sup>27</sup>.

**4.2.** Pliego de condiciones de la convocatoria pública CSC-006 de 2003, expedido por EAAB con fecha febrero de 2003, establecido para la contratación de la *“CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY”* y aportado con sus anexos<sup>28</sup>.

**4.3.** Adendo 1 de febrero 12 de 2003, en el cual consta el reemplazo del párrafo segundo del numeral 2.11 del pliego de condiciones contentivo de la tabla de descuentos aplicables al precio propuesto y la modificación del anexo 4 correspondiente al puntaje asignado a la calificación técnica sobre los ítems de experiencia específica y facturación de obras<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022.

<sup>27</sup> Folios 143 y siguientes, cuaderno 4.

<sup>28</sup> Folios 67 a 152, cuaderno 4.

<sup>29</sup> Folios 36 1 52, cuaderno 4.

**4.4.** Adendo 2 de febrero 14 de 2003, mediante el cual se incorporó el anexo 2 correspondiente a la carta de presentación de la propuesta y se modificó el punto relacionado con el retiro de sobrantes y disposición de materiales<sup>30</sup>.

**4.5.** Oficios de solicitud de ampliación de plazos<sup>31</sup>.

**4.6.** Formulario de preguntas y respuestas de 14 y 17 de febrero de 2003, correspondiente a las inquietudes presentadas por los distintos proponentes<sup>32</sup>.

**4.7.** Propuesta presentada por *“UNIÓN TEMPORAL D&S LIMITADA, CONSTRUCCIONES NAMUS LTDA, YAMIL SABBAGH SOLANO, SOHINCO CONSTRUCTORA LTDA”*<sup>33</sup>.

**4.8.** Propuesta presentada por Consorcio Alsacia 2003 en la convocatoria pública CSC-006 de 2003<sup>34</sup>.

**4.9.** Informes de evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas presentadas en la convocatoria pública CSC-006 de 2003<sup>35</sup> y cuadro resumen de la evaluación jurídica, financiera y técnica<sup>36</sup>.

**4.10.** Comunicaciones de 4 de marzo de 2003 mediante las cuales EAAB corrió traslado a los distintos proponentes sobre la evaluación jurídica, financiera y técnica de las propuestas<sup>37</sup>.

**4.11.** Comunicación de 6 de marzo de 2003 suscrita por el representante de Consorcio Alsacia 2003, en la cual presentó observaciones a la evaluación realizada en la convocatoria pública CSC-006 de 2003 y solicitó que su propuesta fuera considerada como hábil<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup> Folios 24 a 25, cuaderno 4.

<sup>31</sup> Folios 63 a 65, cuaderno 4.

<sup>32</sup> Folios 16 a 23, cuaderno 4.

<sup>33</sup> Cuaderno 5.

<sup>34</sup> Folios 95 a 212, cuaderno 2.

<sup>35</sup> Folios 217 a 274, cuaderno 6.

<sup>36</sup> Folio 150, cuaderno 6.

<sup>37</sup> Folios 185 a 192, cuaderno 6.

<sup>38</sup> Folios 172 a 175, cuaderno 6.

**4.12.** Acta 07 de 13 de marzo de 2003 correspondiente a la sesión pública de respuestas a las observaciones presentadas al documento de evaluación, apertura de propuestas económicas y adjudicación de la convocatoria pública CSC 006 de 2003<sup>39</sup>.

**4.13.** Acta de 13 de marzo de 2003, contentiva de la constancia de devolución de la propuesta y de los sobres económicos en la convocatoria pública CSC-006 de 2003<sup>40</sup>.

**4.14.** Cuadros contentivos de la evaluación aritmética de las propuestas elaborados por EAAB<sup>41</sup>.

Del cuadro resumen de las propuestas se extraen las siguientes calificaciones:

<b>Proponente</b>	<b>Valor total propuesta corregida</b>	<b>Puntaje total de evaluación</b>
CONSORCIO ASEA ALSACIA	\$2.701'075.336	75
CONSORCIO ALSACIA	\$2.576'180.500	97,82
SERGIO TORRES REATIGA	\$2.684'400.528	NO CALIFICA <sup>42</sup>
UT ALSACIA 2003	\$3.078'722.620	50
CONSORCIO MIRADOR III	\$3.204'272.300 <sup>43</sup>	NO CALIFICA
UT D & S	\$2.564'227.146	100
MEDIA ARITMÉTICA DE LOS VALORES TOTALES CORREGIDOS	\$2.720'921.226 <sup>44</sup>	

**4.15.** Comunicación de 17 de marzo de 2003, suscrita por el gerente jurídico de EAAB, entregada a Consorcio Alsacia 2003, en la cual informó que no procedía la apertura del sobre contentivo de la propuesta económica presentada por dicho consorcio, de conformidad con el punto 1.18.4 del pliego de condiciones.

---

<sup>39</sup> Folios 144 a 149, cuaderno 6.

<sup>40</sup> Folios 153 a 155, cuaderno 6.

<sup>41</sup> Folios 76 a 87, cuaderno 6.

<sup>42</sup> "No califica por la diferencia con la media aritmética", folio 81, anexo 6.

<sup>43</sup> "Se rechaza por cuanto los valores corregidos de esta propuesta superan el presupuesto oficial", folio 79 cuaderno 6.

<sup>44</sup> Folio 81, cuaderno 6.

**4.16.** Documento 3340-2003-1619 de marzo 20 de 2003, emitido por la dirección de contratación y compras de EAAB, en el cual hizo constar un recuento del procedimiento contratación<sup>45</sup>.

**4.17.** Documento de *“RESPUESTAS A LA RÉPLICA PRESENTADA POR EL CONSORCIO ALSACIA 2003”*<sup>46</sup>.

**4.18.** Comunicación interna 3310-2003-1959 de 18 de marzo de 2003, suscrita por el director de asesoría legal de EAAB, en la cual se pronunció con respecto a la petición presentada por el Consorcio Alsacia 2003 y realizó el análisis jurídico correspondiente<sup>47</sup>.

A la citada comunicación se anexaron: concepto CCTP 193 de octubre 7 de 1993 emitido por la Junta Central de Contadores acerca de la firma en la certificación<sup>48</sup>; conceptos 220-39037 y 220-62415 expedidos por la Superintendencia de Sociedades en relación con los estados financieros<sup>49</sup>; concepto 220-069702 de octubre de 1998 emitido por la Superintendencia de Sociedades en relación con las firmas de los estados financieros y Circular Externa 037 del 20 de diciembre de 2001 expedida por la Junta Central de Contadores<sup>50</sup>.

**4.19.** Comunicación de 18 de marzo de 2003, mediante la cual Consorcio Alsacia 2003 reiteró su petición para que EAAB rectificara el rechazo de su propuesta y le solicitó adoptar el concepto 220-0107483 de noviembre 23 de 1999 expedido por la Superintendencia de Sociedades, el cual anexó.

**4.20.** Comunicación interna 3310-2003-2025 suscrita por el director de asesoría legal de EAAB con fecha de 20 de marzo de 2002, en la cual expuso la reiteración del análisis jurídico sustentado en el alcance de la Ley 222 de 1995 y la Ley 43 de 1990 de acuerdo con los conceptos de la Superintendencia de Sociedades y las circulares de la Junta Central de Contadores y el *“sentido lógico”* del pliego de

---

<sup>45</sup> Folios 60 a 62, cuaderno 6.

<sup>46</sup> Folios 78 a 73, cuaderno 6.

<sup>47</sup> Folios 78 a 73 y 92 a 96, cuaderno 6.

<sup>48</sup> Se lee la siguiente consulta: *“(…) la simple firma de los profesionales de la contaduría pública (contador o revisor), en los estados financieros es suficiente para dar cumplimiento a la certificación de que trata el artículo 37 de la Ley 222 de 1995?”*.

<sup>49</sup> Folios 109 a 111, cuaderno 6.

<sup>50</sup> Folios 124 a 129, cuaderno 6.

condiciones<sup>51</sup>.

**4.21.** Escritura Pública 786 de 21 de marzo de 2003, otorgada en la Notaría 40 de Bogotá por el representante legal de Consorcio Alsacia 2003, mediante la cual presentó para “*su custodia y guarda en el protocolo*” treinta y seis folios contentivos de la propuesta presentada por Consorcio Alsacia 2003 en la convocatoria CSC-006 de 2003, devueltos por EAAB en audiencia pública. En los numerales 3, 4, 6 y 8 se relacionan los sobres de manila que contenían el original y las copias de la información económica de la aludida propuesta. En la escritura pública aparece protocolizado el anexo 8 correspondiente a la información económica que presentó Consorcio Alsacia 2003, en el cual consta la propuesta por un valor total de \$2.436'940.600<sup>52</sup>.

#### **5. De la oferta mercantil y la libertad de requisitos en la actuación precontractual que se rige por el derecho privado**

En el análisis de las reglas de participación de los proponentes contenidas en el pliego de condiciones, debe tenerse en cuenta el régimen jurídico de la contratación por razón de la empresa convocante, en este caso, el de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de conformidad con la Ley 142 de 1994<sup>53</sup> y, por tanto, el derecho privado en el procedimiento de contratación.

En dicho marco legal, dentro de las reglas de la contratación del derecho privado son llamadas a aplicarse las disposiciones relacionadas con la oferta mercantil y la etapa de formación del contrato, contenidas en el Código de Comercio<sup>54</sup>, así como los principios y las reglas que gobiernan la formación de los actos y contratos en el derecho civil<sup>55</sup>.

Bien se sabe que el derecho comercial se basa en la consensualidad y en la libertad de formas para contratar<sup>56</sup>, pero también se identifica que existen importantes

---

<sup>51</sup> Folio 75, cuaderno 6.

<sup>52</sup> Folio 294, cuaderno 2.

<sup>53</sup> *Ley 142 de 1994, Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”*

<sup>54</sup> Artículos 845 a 863 C.Co.

<sup>55</sup> Artículo 822 C.Co.

<sup>56</sup> Artículo 824 C.Co.

principios, como los de buena fe precontractual y libre competencia, los cuales se encuentran presentes en la etapa de formación de los contratos y rigen los deberes y derechos de las partes en la generación de la oferta mercantil y en su aceptación.

Dichos principios cobran especial importancia cuando se trata de sistemas de selección de contratistas que se basan en la oferta pública o abierta a la cual concurren varios proponentes, cuyas propuestas compiten para la adjudicación del contrato, en pie de igualdad entre todos los participantes.

Acerca de los límites a la libertad de reglas y principios de la contratación de las entidades públicas cuyos contratos de someten al derecho privado, reflexionó la Subsección A, en el siguiente sentido:

*“También se tiene que observar que la actividad contractual y precontractual de carácter mercantil se encuentra igualmente limitada para respetar los derechos del co-contratante y por ello aún desde antes de existir el contrato, en la actuación previa o de tratativas y en la oferta mercantil, se encuentran los derechos del proponente frente a la oferta comercial<sup>57</sup>, puesto que el Código de Comercio se ocupa de los actos precontractuales y regula como regla general la irrevocabilidad de la oferta comercial<sup>58</sup>, salvo que medie una justa causa<sup>59</sup>, así como contempla la norma de adjudicación al mejor postor, además de que se tiene que recordar que dentro del Derecho a la Competencia instituido en Colombia desde hace algo más de medio siglo por la Ley 155 de 1959 y desarrollado por el Decreto 2153 de 1992<sup>60</sup>*

---

<sup>57</sup> ARTÍCULO 845. OFERTA ELEMENTOS ESENCIALES. *“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”*

<sup>58</sup> ARTÍCULO 846. IRREVOCABILIDAD DE LA PROPUESTA. *“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.”*

*La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.”*

ARTÍCULO 860. LICITACIONES PLIEGO DE CARGOS. *“En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.”*

<sup>59</sup> ARTÍCULO 857. REVOCACIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA. *“La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa.*

*La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente.*

*La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta.”*

<sup>60</sup> Régimen General de Protección a la Competencia, adicionado por la Ley 1340 de 2009.

con apoyo en el artículo 333 de la Constitución Política<sup>61</sup>, se encuentran prohibidos los acuerdos que tengan 'por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas', como tampoco cuentan con la tutela del ordenamiento jurídico las prácticas que restringen la libre competencia, por lo cual tanto en la etapa precontractual como en la contractual aun en el ámbito del derecho privado existen diversas reglas de conducta de orden legal que deben respetar las entidades convocantes y los partícipes, bien sean entidades públicas o privadas.

"(...)

"Por último, debe destacarse que también bajo las reglas de contratación del derecho privado, aplicables a las entidades públicas que contratan bajo esta normativa, se encuentran desarrollados los principios legales de equidad entre las partes y reparación o restitución del daño causado en la actividad contractual y extracontractual, mediante la consagración de las instituciones normativas como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, así como la presunción y protección de la buena fe<sup>62</sup>".<sup>63</sup>

Ahora bien, la oferta mercantil ha sido definida por el Código de Comercio como la propuesta de celebración de un negocio jurídico, que una parte formula a otra, la cual deberá contener los elementos esenciales del respectivo contrato y ser comunicada a sus destinatarios.

---

<sup>61</sup> ARTICULO 333 C.P. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación." (La subraya no es del texto)*

<sup>62</sup> ARTÍCULO 830. "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

ARTÍCULO 831. "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

ARTÍCULO 835. "Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo".

ARTÍCULO 841. "El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa."

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de octubre de 2012, radicación 250002326000 2002 01282 01, expediente 30763, demandante: Unión Temporal Tandem S.A. – Databox S.A., demandado: Banco Agrario de Colombia S.A.

La fuerza jurídica de la oferta mercantil estriba en que la ley la califica como irrevocable -durante el plazo de su vigencia- y, por tanto, una vez comunicada la oferta es obligatoria para quien la emite y su aceptación da lugar al perfeccionamiento del contrato.

Especial interés reviste la postura del derecho comercial frente al pliego de condiciones, el cual es calificado como oferta mercantil, en los términos del artículo 860 del Código de Comercio:

*Artículo 860 C.Co. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás."*

De la normativa citada se desprende el derecho del mejor postor a ser el adjudicatario del contrato ofrecido y, también, el derecho a la reparación del daño causado a aquel proponente que, habiendo presentado la mejor postura, se vea despojado de la adjudicación del contrato en forma ilegal, por ejemplo, a través de un requerimiento o rechazo contrario a las reglas contenidas en la oferta mercantil o en la ley.

De lo anterior se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones del pliego de condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio jurídico y la formación del consenso de voluntades.

Ahora bien, frente a las reglas de la oferta mercantil y en particular a lo dispuesto por el artículo 860 del Código de Comercio, el derecho a corregir, subsanar o aclarar la postura en relación con una oferta mercantil, no puede versar sobre asuntos esenciales del negocio jurídico, toda vez que en tal supuesto no se configuraría el acuerdo de voluntades que se encuentra en la base de la formación de todo contrato. Se agrega que el artículo 855 del Código de Comercio establece que la aceptación condicional será considerada como nueva propuesta, de donde el derecho a corregir, subsanar o aclarar no puede ser invocado sobre aspectos que

hagan variar las condiciones del negocio jurídico en los términos en que se ha aceptado.

Por ello, a la luz del derecho privado, las cláusulas del pliego de condiciones mediante las cuales se establece el derecho de la entidad convocante a pedir aclaraciones y las que relacionan los documentos pasibles de aclaración, deben ser respetadas en la medida en que por esa vía no se abra la puerta a mutar, en el curso de la dinámica de formación del contrato, los elementos esenciales del negocio ofrecido. De lo contrario se rompería el principio de aceptación pura y simple o libre de condicionamientos exigido para el perfeccionamiento del contrato bajo el régimen de la oferta mercantil.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, son elementos esenciales de la obligación: **i)** la capacidad, **ii)** el consentimiento libre de vicios, **iii)** el objeto lícito y **iv)** la causa lícita. Por tanto, estos elementos deben estar presentes para que la oferta mercantil pueda constituirse como acto obligatorio y, a su vez, la mejor propuesta tenga la virtualidad de formar el consenso contractual en la licitación o convocatoria pública.

Por otra parte, las condiciones que se exigen al proponente para participar en la oferta pública y que hacen relación con la capacidad para ser considerado como potencial contratista – también conocidas como requisitos habilitantes- tienen cabida en el pliego de condiciones del derecho privado en la medida en que no se configure una discriminación violatoria de la libre competencia entre los participantes<sup>64</sup>. A su vez, dentro de una contratación pública, la convocante no puede variar las condiciones para un solo proponente, ni aceptar que uno de los participantes tenga oportunidad prevalente para mejorar la postura en orden a obtener el contrato, habida cuenta que se deben respetar los derechos de todos los competidores.

En orden a puntualizar acerca de la prueba de las condiciones para participar en la convocatoria pública o abierta en el derecho privado y su eventual saneamiento, se trae a colación el principio de la prevalencia del derecho material sobre lo meramente ritual de su prueba, el cual se funda en la preponderancia de la voluntad

---

<sup>64</sup> Principalmente en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009.

real de las partes, la libertad de formas y la ausencia de ritos que inspiran el derecho contractual privado.

Ese principio que se acaba de expresar corresponde a la prevalencia del fondo sobre la forma en los actos jurídicos que se ha desarrollado con fundamento en la regla expresa del artículo 25 de la Ley 80 de 1993<sup>65</sup> en la contratación estatal, en tanto que no puede haber rechazo o discriminación del proponente por asuntos meramente rituales, de donde se advierte que lo importante para definir la viabilidad de allegar nuevos documentos o aclarar los existentes, depende del contenido de fondo de lo que allega en el procedimiento de selección en relación con los requisitos del pliego de condiciones y no de la forma o el título al que se solicitan los documentos o la denominación que se le dé a la respectiva actuación dentro del procedimiento de contratación.

Así las cosas, el derecho a enmendar un aspecto ritual es decir el que no varía la postura presentada por el proponente ni sus condiciones, no se hace nugatorio por la existencia de una regla del pliego de condiciones que establezca la facultad de la entidad convocante para solicitar documentos o aclaraciones.

El ejercicio del derecho a corregir aspectos formales puede tener lugar en el régimen común de la contratación, con arreglo a la libertad y flexibilidad del derecho privado, pero en cada caso se debe valorar lo que se allega por el proponente desde el ángulo del contenido, de manera que se encuentre dentro del marco de la oferta y su aceptación y no implique modificación o prevalencia de la postura de un proponente por fuera de las reglas de la sana competencia.

Finalmente, tratándose de las empresas estatales contratantes, con independencia del régimen jurídico de la formación del contrato, su conducta en el proceso de selección debe estar ajustada a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y los fijados en la Ley 80 de 1993 en relación con la contratación estatal.

## **6. La facultad de subsanar los requisitos de la propuesta no constituye un derecho omnímodo del proponente**

---

<sup>65</sup> Si bien esta norma jurídica, como regla de la contratación de la Ley 80 de 1993, no aplica en este caso en particular, la filosofía que la inspiró resulta perfectamente predicable en las contrataciones que se rigen por el derecho privado, como en el asunto sub lite.

El numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 referido al principio de economía en la contratación estatal<sup>66</sup>, en concordancia con el numeral 8 del artículo 30 de la misma ley, en su orden disponen:

*“Artículo 25. Del Principio de Economía. (...). // 15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”<sup>67</sup>.*

*“Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

*“(...*

---

<sup>66</sup> En el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, posterior a los hechos materia de este proceso, se expresó una regla del mismo aspecto bajo el principio de la selección objetiva, la cual no es del caso considerar ahora teniendo en cuenta su no aplicación en el procedimiento de contratación *sub lite*. Sin embargo, se advierte que el principio de la selección objetiva de la mejor propuesta, se comparte en el derecho privado toda vez que el sentido de la convocatoria pública es el de emitir una oferta de negocio jurídico, la cual se perfecciona, precisamente, en relación con la postura o lance concurrente con el pliego de condiciones que resulte ser el mejor.

<sup>67</sup> El inciso segundo fue derogado, con posterioridad a los hechos materia de este proceso, por la Ley 1150 de 2007 mediante la cual se introdujeron medidas de “*eficiencia y transparencia*” en la Ley 80 de 1993. La Ley 1150 reguló los requisitos que se pueden establecer en el pliego de condiciones, identificó aquellos que no pueden otorgar puntaje –que corresponden a los requisitos del oferente para participar en el procedimiento de selección, los cuales se han denominado habilitantes- y abrió la oportunidad para su requerimiento en cualquier tiempo. En su artículo 5 dispuso lo siguiente:

*“Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

*1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. // (...)*  
*Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.*

*“8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.*

Con fundamento en las citadas normas la Subsección A desarrolló una línea jurisprudencial, siguiendo los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en torno al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 acerca de los principios de la contratación estatal, la cual consistió en hacer prevalecer el aspecto sustancial del requisito exigible en la licitación pública, sobre su forma de presentación.

Aunque la Ley 80 de 1993 no se refirió concretamente a la figura del *saneamiento* de la propuesta, la jurisprudencia abrió la posibilidad de subsanar o enmendar los requisitos ofrecidos en la propuesta bajo la normativa de los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, pero teniendo en cuenta la limitación que consiste en la improcedencia de modificar o mejorar la propuesta por la vía de las supuestas aclaraciones.

De acuerdo con la Ley 80 de 1993 resulta claro que no se pueden rechazar propuestas por razón de la falta de requisitos meramente formales (artículo 25, numeral 15) y que existe la regla legal de dar oportunidad a los proponentes para aclarar o explicar las dudas que tenga la Administración en relación con las propuestas, además de que se reconoce el derecho de los proponentes a presentar observaciones y solicitar la modificación de la evaluación realizada por la entidad convocante en la oportunidad fijada para ello (artículo 30, numerales 7 y 8).

No obstante, bajo la égida de la Ley 80 de 1993, -que se cita aquí a nivel de los principios de la contratación-, resulta útil precisar que no toda información faltante debe ser calificada como saneable: depende en cada caso de la especificidad de las reglas del pliego de condiciones, del cumplimiento de las condiciones para participar y del cumplimiento en el contenido sustancial de la información que fue presentada con la respectiva propuesta.

Por ejemplo, la Subsección A ha abocado casos en los que consideró procedente la descalificación de la información financiera que se acreditó por el respectivo proponente, por cuanto apreció la ruptura de la presunción de autenticidad y de la razonabilidad de dicha información, en tanto encontró una falencia de fondo en materia de la capacidad financiera y, en consecuencia, se abstuvo de decretar la

nulidad del acto atacado, aunque el rechazo de la propuesta se fundó en las deficiencias de un requisito aparentemente formal y habilitante en tanto no otorgaba puntaje.

Como lo ha sostenido desde hace muchos años esta Corporación, lo importante del requisito que se califica como cumplido a la fecha de la propuesta es el fondo y no la forma<sup>68</sup>. Es por ello que no se debe generalizar el saneamiento o la aclaración admisibles con respecto a la información financiera, pues de un caso a otro puede variar el alcance de la omisión cometida en la propuesta y el impacto sobre las posturas de las partes en el respectivo procedimiento de contratación.

Por virtud del principio de equidad entre los proponentes, también es cierto que las condiciones para participar en la licitación pública o en los procesos concurrentes deben exigirse y aplicarse en pie de igualdad y cumplimiento material para todos los proponentes.

Desde esa perspectiva, el derecho del contratista a subsanar o aclarar el contenido de la propuesta no es omnímodo, es decir no cubre o comprende todo evento.

#### **7. Del requisito consistente en la firma del contador público frente al principio de la prevalencia del contenido sustancial**

En materia de la información financiera, la formulación del principio de prevalencia del fondo se corresponde con el de la *esencia de los hechos económicos sobre la forma*, toda vez que en las normas contables y de información financiera se exige el registro de los hechos económicos de acuerdo con su esencia -para asegurar la revelación de la realidad del ente contable- por encima de las formas legales utilizadas:

---

<sup>68</sup> Acerca de la línea jurisprudencial véase el artículo “*Diferenciación entre requisitos, formales y sustanciales exigidos a los proponentes, en los pliegos de condiciones*”, autor: Mauricio Fajardo Gómez, publicado en el libro “*Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013, página 149 y siguientes. Entre otras providencias relacionadas con la apreciación de documentos financieros de la propuesta véase: **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 14 de marzo de 2013, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho – apelación sentencia; **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual.

Decreto 2649 de 1993. *“Artículo 11. Esencia sobre forma. Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.*

*“Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no puedan ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los estados financieros se debe indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio”<sup>69</sup>.*

De conformidad con lo anterior, el sentido lógico de la exigencia contenida en el pliego de condiciones acerca de la certificación de los estados financieros firmada por el contador público se identifica con la necesidad de contar con una prueba idónea para establecer la capacidad financiera de los proponentes, teniendo en cuenta que la ley otorga una fuerza especial de veracidad a los estados financieros cuando cumplen con las reglas de elaboración, registro y presentación establecidas en las normas de contabilidad, cuyo cumplimiento se acredita precisamente a través de la firma en los estados financieros y en su caso, a través de la certificación firmada por el contador público.

También se tiene presente que la exigencia de observar las normas de contabilidad y de la información financiera utilizada para la evaluación de las propuestas en la contratación pública se corresponde con el principio de igualdad de oportunidad para participar en la convocatoria pública, toda vez que la contabilidad regula con bases uniformes la elaboración y presentación de los estados financieros de los distintos proponentes y por tanto, a través de la exigencia de información ajustada en forma unívoca a las normas de contabilidad y de presentación de la información financiera<sup>70</sup> se asegura la comparación de las condiciones de capacidad financiera que interesan al procedimiento de contratación<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> La Ley 1314 de 2009, por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, abrió paso a la convergencia hacia las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). En ella se reiteró el principio de la revelación de los hechos económicos de acuerdo con su esencia y no únicamente con su forma legal:

*“Artículo 3. (...) Parágrafo. Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente con su forma legal”.*

<sup>70</sup> Actualmente sustituidas por las normas de información financiera, a partir de la Ley 1314 de 2009.

<sup>71</sup> Decreto 2649 de 1993, Artículo 4o. Cualidades de la información contable. *“Para poder satisfacer adecuadamente sus objetivos, la información contable debe ser comprensible y útil. En ciertos casos*

## 8. El caso concreto

### 8.1. El requisito de la firma del contador público en los estados financieros fue de carácter habilitante y su configuración se encontró de acuerdo con la ley

En el punto 2.3 del pliego de condiciones se establecieron los requisitos de firma, certificación y dictamen de los estados financieros, así:

*“2.3. INSTRUCCIONES A LOS PROPONENTES SOBRE LOS ESTADOS FINANCIEROS. Para efectos de presentar los estados financieros el proponente debe tener en cuenta los siguientes aspectos:*

*“a. El Balance General y Estado de Resultados de los años fiscales y periodos intermedios indicados en el Anexo No. 1 ‘Datos de la Convocatoria’, deben estar acompañados con sus respectivas notas aclaratorias, **estar firmados** por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, **por el Contador Público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado**. Así mismo los estados financieros correspondientes a los años fiscales solicitados, deben estar firmados por el Revisor Fiscal o Contador Público independiente que hubiere emitido la opinión o dictamen anteponiendo a su firma la expresión ‘ver la opinión adjunta o similar’.*

*“b. La persona natural o el Representante Legal de la persona jurídica y el Contador Público **certificarán expresamente en hoja anexa**, que han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los estados financieros, de los años fiscales y periodos solicitados, conforme al reglamento y que las mismas se han tomado fielmente de los libros,*

*“c. Igualmente se **deberá anexar la opinión o dictamen** que sobre los estados financieros haya emitido el Revisor Fiscal o el Contador Público independiente, según el caso. El dictamen de los estados financieros se exige para los años fiscales solicitados en el anexo 1 Datos de la Convocatoria”. (La negrilla no es del texto).*

En los requisitos contenidos en el pliego de condiciones de la convocatoria CSC-006 de 2003 tal como fueron modificados por el adendo 1, se lee lo siguiente acerca

---

*se requiere, además, que la información sea comparable. La información es comprensible cuando es clara y fácil de entender”.*

*La información es útil cuando es pertinente y confiable.*

*La información es pertinente cuando posee valor de realimentación, valor de predicción y es oportuna.*

*La información es confiable cuando es neutral, verificable y en la medida en la cual represente fielmente los hechos económicos.*

*La información es comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes”.*

de la evaluación financiera y de los efectos de la no presentación de los documentos requeridos:

#### **“2.4. EVALUACIÓN FINANCIERA**

*“Los estados financieros de los años o periodos solicitados en el Anexo No. 1 ‘Datos de la Convocatoria’, deben cumplir con los requisitos señalados en el numeral 2.3 del pliego, para efectos del análisis financiero correspondiente. Verificado el cumplimiento de tales requisitos, la EMPRESA efectuará el análisis sobre los estados financieros de los años y periodos intermedios solicitados y determinará con base en los estados financieros del último año fiscal solicitado los siguientes indicadores:*

- a) Capital de trabajo= CT [(...) mayor o igual a cero].**
- b) Nivel de endeudamiento:** *El nivel de endeudamiento deberá ser menor de 0.75 (...).*
- c) Cobertura de Gastos Financieros:** *La cobertura de gastos financieros deberá ser superior a uno (1).*
- d) Relación Patrimonial:**  
*“La relación patrimonial deberá ser igual o menor a cinco (5)*

(...)

**“La no presentación del balance y del estado de resultados determinará que la propuesta sea evaluada como NO CUMPLE FINANCIERAMENTE,**

**“La no presentación de los siguientes documentos dará lugar a que la empresa señale un término perentorio al proponente para que los allegue, so pena de evaluar la propuesta como NO CUMPLE FINANCIERAMENTE:**

- **Notas aclaratorias**
- **Certificación del representante legal y contador público.**
- **Opinión del revisor fiscal o contador independiente**
- **Certificado de vigencia de inscripción y de carencia absoluta de antecedentes disciplinarios del contador que certificó los estados financieros y del revisor fiscal o contador público independiente que los dictaminó.**

**“Cuando el proponente no cumpla con los parámetros financieros establecidos en el pliego, la propuesta será evaluada como NO CUMPLE FINANCIERAMENTE”.<sup>72</sup>**

---

<sup>72</sup> Folios 38 a 40, cuaderno 4. La negrilla es del texto.

Por otra parte, en el anexo 1 del pliego de condiciones titulado “DATOS DE LA CONVOCATORIA” se establecieron los documentos de contenido financiero, de la siguiente manera:

“DOCUMENTOS DE CONTENIDO FINANCIERO:

“El proponente deberá presentar con su propuesta:

*Balance general y estado de resultados con sus respectivas notas correspondientes a:*

- *Primer año fiscal. 2000 (Corte a 31 de diciembre de 2000).*
- *Segundo año fiscal: 2.001 (Corte a 31 de diciembre de 2001).*
- *Periodo fiscal 2002 (Corte a 30 de septiembre de 2002)”<sup>73</sup>.*

En primer lugar se observa que la documentación aludida se solicitó para acreditar capacidad en materia financiera de acuerdo con los indicadores que fueron fijados en el pliego de condiciones en relación con el capital de trabajo, el nivel de endeudamiento, la cobertura de gastos financieros y la relación patrimonial. En consecuencia, los estados financieros fueron requeridos para comprobar una condición del proponente, de carácter habilitante, acerca de la situación financiera, en la medida en que se fijaron como parámetro de cumplimiento para participar en la convocatoria y no otorgaron puntaje para definir la adjudicación.

En segundo lugar, de acuerdo con los citados términos y condiciones de la convocatoria CSC-006 de 2003, resulta fuera de toda discusión que se formularon tres exigencias respecto de los estados financieros, a saber: **a)** la atestación o firma del representante legal y contador público bajo cuya responsabilidad se prepararon los estados financieros; **b)** la certificación de los estados financieros la cual debía ser expedida por representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se prepararon los estados financieros y **c)** el dictamen del revisor fiscal o contador público independiente.

De conformidad con la legislación referida a los citados requisitos - la Ley 43 de 1990 y la Ley 222 de 1995- se advierte que los tres requisitos mencionados eran diferentes, pero en cada año o periodo de la exigencia se encontraban relacionados con una misma información financiera.

#### **8.1.1. Del requisito de la firma del contador público en la convocatoria *sub lite***

---

<sup>73</sup> Folio 119, cuaderno 4.

Se observa que el requisito de la firma del contador público, bajo cuya responsabilidad se hubieren preparado los estados financieros, se exigió en dos documentos: los estados financieros y la certificación de los mismos.

Dicho condicionamiento encontró respaldo legal en el artículo 10 de la Ley 43 de 1993, mediante la cual se reglamentó la profesión de contador público, por razón de la fe pública otorgada a la atestación o firma de dicho profesional:

Ley 43 de 1990. “Artículo 10. De la Fe Pública. La atestación o firma de un Contador Público **en los actos propios de su profesión** hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. **Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.** Parágrafo. Los Contadores Públicos, cuando otorguen fe pública en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil que hubiere lugar conforme a las leyes.” (La negrilla no es del texto).

De las normas transcritas se reitera el sentido lógico que tuvo el pliego de condiciones en el *sub lite*, el cual exigió la firma del contador público como requisito tanto en los estados financieros como en la certificación sobre los mismos, a manera de instrumento para probar en debida forma las condiciones de capacidad financiera y asegurar que los proponentes cumplieran con los indicadores de capital de trabajo, gasto financiero, endeudamiento y relación de solvencia.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el derecho privado que rigió la convocatoria *sub lite*, existió libertad de configuración de los requisitos del pliego de condiciones dentro del marco legal, tratándose de la información financiera requerida en el pliego de condiciones que se examina, se considera conforme a derecho la exigencia de firma del contador público en los estados financieros y en la certificación de los mismos, toda vez que el requerimiento encuentra respaldo en la legislación contable<sup>74</sup> y la firma o atestación del contador público reviste

---

<sup>74</sup> Con posterioridad a los hechos materia de este proceso, la libertad de configuración de los requisitos habitantes se restringió bajo la Ley 1150 de 2007, por razón del valor otorgado al Registro Único de Proponentes como fuente de la información financiera, en aquellos procedimientos en que resultó obligatoria la exigencia del citado registro.

importancia material en el aseguramiento de la información sobre la cual se determina la capacidad financiera.

**8.1.2. De la certificación de los estados financieros en la convocatoria *sub lite***

Teniendo en cuenta que de acuerdo con la ley la certificación de los estados financieros debía ser otorgada por el representante legal y el contador público, se entiende que en el pliego de condiciones *sub lite*, tal certificación se exigió bajo sus firmas impuestas en el respectivo documento.

El requisito de la certificación que ahora se examina se justificó en orden a dotar de autenticidad los estados financieros y obtener las declaraciones sobre la verificación de las llamadas afirmaciones de los estados financieros, de conformidad con las normas de contabilidad contenidas en el Decreto 2649 de 1993 y con el alcance fijado en la Ley 222 de 1995.

Al margen se observa que en vigencia de la Ley 80 de 1993, dicho requerimiento era pasible en el pliego de condiciones con base en el Decreto 2649 de 1993 y por esa razón, también en el pliego de condiciones del procedimiento de contratación estatal, se considera ajustada a derecho la exigencia del documento correspondiente, con el contenido específico de la certificación a los estados financieros, fijado por la ley.

Para soportar la antedicha conclusión se acude a las disposiciones que se citan a continuación:

*Decreto 2649 de 1993. "Artículo 33. Estados financieros certificados y dictaminados. Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros.*

*Son estados financieros dictaminados aquellos acompañados por la opinión profesional del contador público que los hubiere examinado con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas".*

*Ley 222 de 1995. "Artículo 37. Estados financieros certificados. El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros".*

---

Por otra parte, se puede precisar que la certificación de los estados financieros también tuvo el alcance legal de dotar de presunción de autenticidad a los respectivos estados financieros, según lo estableció el artículo 39 de la misma Ley 222 de 1995:

Ley 222 de 1995. Artículo 39. *“Autenticidad de los estados financieros y de los dictámenes. Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos.”*

El valor probatorio proveniente de la certificación se aprecia en forma concordante con la autenticidad de los documentos prevista en el Código de Procedimiento Civil<sup>75</sup>. La autenticidad consiste en el atributo según el cual se otorga certeza sobre el autor del documento. Para el caso de la certificación de los estados financieros, la autenticidad que se otorga por virtud de la certificación hace presumir que dichos estados financieros corresponden al respectivo ente contable y es respecto de ellos que se predicen las declaraciones contenidas en la certificación.

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, la exigencia de estados financieros *certificados* con la firma del representante legal y del contador público constituye un requisito idóneo para acreditar debidamente las condiciones financieras del proponente en aquellos casos en los cuales la entidad contratante decide exigir la presentación de estados financieros para efectos de la contratación pública<sup>76</sup>, por las siguientes razones: **i)** La delegación para otorgar fe pública contable acerca de los aspectos definidos en la ley en relación con los estados financieros se encuentra radicada en cabeza del Contador Público, de acuerdo con la Ley 43 de 1990<sup>77</sup> y **ii)** El Decreto 2649 de 1993 estableció un contenido específico

---

<sup>75</sup> El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil dispuso acerca de la autenticidad de los documentos:

*“Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.*

*(...)*

*Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, (...) y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción”.*

<sup>76</sup> Actualmente los requisitos se acreditan ante el Registro Único de Proponentes (R.U.P.) para las modalidades contractuales que así lo requieren de conformidad con la Ley 1150 de 2007.

<sup>77</sup> *“Artículo 1o. Del Contador Público. Se entiende por Contador Público la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente Ley, está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre estados financieros, y realizar las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general. La relación de dependencia laboral inhabilita al Contador para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador. Esta inhabilidad no se aplica a los revisores fiscales, ni a los*

para la certificación de los estados financieros, aspecto que se consagró a nivel legal acompañado de una *presunción de autenticidad*, de acuerdo con la Ley 222 de 1995, en cuanto se dispuso que “*La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los mismos [estados financieros] conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros*”, así como también la misma Ley 222 consagró un valor probatorio a los estados financieros certificados, así: “*Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos*”<sup>78</sup>.

Acerca del requisito de la certificación se reitera lo que esta Subsección puntualizó en su oportunidad:

“*De acuerdo con la normativa antes citada cabe preguntar cuál es el estatus de los estados financieros que no se encuentran certificados, frente a lo cual ha de decirse que tales estados financieros no estarían cobijados por la fe pública acerca de la conformidad de los saldos con los libros de contabilidad y de la fidelidad de su contenido, vale decir constituyen una información financiera de la cual no se conoce si es fidedigna o no*”<sup>79</sup>.

---

*Contadores Públicos que presten sus servicios a sociedades que no estén obligadas, por la ley o por estatutos, a tener Revisor Fiscal*”.

“*Artículo 10. De la fe pública. La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.*”

*Parágrafo. Los Contadores Públicos, cuando otorguen fe pública en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil que hubiere lugar conforme a las leyes.*” (La subraya no es del texto).

“*Artículo 13. Además de lo exigido por las leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:*

(...)

e) *Para certificar y dictaminar sobre los balances generales y otros estados financieros y atestar documentos contables que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones públicas, abiertas por instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior al equivalente a dos mil salarios mínimos.*”

<sup>78</sup> Artículos 37 y 39 de la Ley 222 de 1995.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 24 de julio de 2013, radicación: 25 000 23 26 000 2000 02482 01 acumulado 25 000 23 26 000 2000 02757 01. expediente: 28.041, acumulado 28.598, actor: Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (28.041). Consorcio Seguridad Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda. (28.598), demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno.

En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha observado la importancia de la certificación de los estados financieros, en materia probatoria:

*“(…) tanto el contador público como el representante legal deben certificar los estados financieros. Por tanto, si el representante legal omite la firma de los estados financieros, no se está frente a un estado financiero certificado, y un estado financiero que no esté certificado no tiene valor probatorio, puesto que no cumple con los requisitos legales mínimos para que goce de la presunción de autenticidad que le confiere el artículo 39 de la Ley 222 de 1995 (…)”<sup>80</sup>.*

## **8.2. La información financiera presentada por el proponente en el caso *sub lite***

Con el propósito de ubicar el aspecto fáctico de la propuesta presentada por Consorcio Alsacia 2003, conviene describir los documentos allegados en el procedimiento de contratación para efectos de la evaluación financiera, en relación con la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., miembro con participación del 50% en el referido consorcio<sup>81</sup>:

### **8.2.1. Estados financieros a septiembre 30 de 2002**

Se encuentran presentados con la propuesta de Consorcio Alsacia 2003 los siguientes documentos: balance general a 30 de septiembre de 2002, con firma de J. Enrique Jaimes B, gerente general y Carlos Julio Torrado, revisor fiscal – matrícula 3967, en dos folios; estado de pérdidas y ganancias a 30 de septiembre de 2002, con firma de J. Enrique Jaimes B., gerente general y Carlos Julio Torrado, revisor fiscal – matrícula 3967, en un folio; notas a los estados financieros por los años terminados en 31 de diciembre de 2001 y septiembre 30 de 2002, con firma de Carlos Julio Torrado en su condición de revisor fiscal, en cinco folios; certificación de estados financieros con corte a 30 de septiembre de 2002, con firma de J. Enrique Jaimes B., gerente general y Bernardo Franco, contador público, matrícula 10414 T, en un folio y el Informe del revisor fiscal sobre los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2001 y septiembre 30 de 2002.

---

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia de 28 de febrero de 2013, radicación: 410012331000200501488-01 número interno: 18197, asunto: acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Inversiones Vargas Perdomo y Cía. S. en C., demandado: UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

<sup>81</sup> De acuerdo con documento privado de constitución del consorcio, obrante en los folios 117 y 118, cuaderno 2.

En la certificación de los estados financieros a septiembre 30 de 2002, expedida en noviembre 12 de 2002, con la firma del representante legal y del contador público, se indicó:

*“Los suscritos; Contador y representante legal de la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., con Nit. 860.507.248-7, nos permitimos certificar los ESTADOS FINANCIEROS por el periodo contable con corte a 30 de septiembre del año 2002.*

*Dicha certificación se basa en la verificación de todas las afirmaciones implícitas y explícitas sobre existencia, integridad y obligaciones, valuación, presentación y revelación de los estados financieros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del Decreto 2649 de 1993.*

*Toda la información en ellos contenida ha sido tomada fielmente de los libros de contabilidad y estos han sido elaborados de acuerdo con las normas colombianas y los principios de contabilidad de general aceptación.*

*J. Enrique Jaimes B  
(firmado)  
Representante Legal*

*Bernardo Franco (firmado)  
Contador Público  
matrícula 10414 T”.*

En el informe del revisor fiscal se hizo constar su opinión sin salvedades acerca de los estados financieros a septiembre 30 de 2002, así:

*“ (...) las operaciones registradas en los libros y los actos de los administradores de la sociedad se ajustan a los estatutos y a las decisiones de la asamblea general de accionistas y de la Junta Directiva; la correspondencia, los comprobantes de las cuentas y los libros de actas y de registro de las acciones en su caso, se llevan y se conservan debidamente, y la compañía ha observado medidas adecuadas de control interno y de conservación y custodia de bienes y de los terceros que puedan estar en su poder”.*<sup>82</sup>

#### **8.2.2. Estados financieros a 31 de diciembre de 2001 y 31 de diciembre de 2002**

Igualmente aparecen aportados como parte de la propuesta el balance general de la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., a 31 de diciembre de 2001, con firma de J. Enrique Jaimes B., gerente general, Bernardo Franco, contador -matrícula 10414 T y Carlos Julio Torrado, revisor fiscal – matrícula 3967 T, en dos folios; estado de pérdidas y ganancias de la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., a 31 de diciembre de 2001, con firmas de J. Enrique Jaimes B., gerente general, Bernardo Franco,

---

<sup>82</sup> Folio 171, cuaderno 1.

contador - matrícula 10414 T y Carlos Julio Torrado, revisor fiscal – matrícula 3967 T; notas a los estados financieros por los años terminados en 31 de diciembre de 2000 y 31 de diciembre de 2001, con firma de Carlos Julio Torrado en su condición de revisor fiscal, en cinco folios; balance general a 31 de diciembre de 2000, con firmas de J. Enrique Jaimes B., gerente general, Bernardo Franco, contador - matrícula 10414 T y Carlos Julio Torrado, revisor fiscal – matrícula 3967 T, en dos folios; estado de pérdidas y ganancias de la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., a 31 de diciembre de 2000, con firmas de J. Enrique Jaimes B., gerente general, Bernardo Franco, contador - matrícula 10414 T y Carlos Julio Torrado, revisor fiscal – matrícula 3967- T, en un folio; notas a los estados financieros por los años terminados en 31 de diciembre de 1999 y 2000, con firma de Carlos Julio Torrado en su condición de revisor fiscal, en cinco folios.

En relación con los años 2001 y 2002 fueron presentados como parte de la propuesta los siguientes documentos: certificación expedida en marzo 12 de 2002, sobre los estados financieros por los periodos contables de los años 2000 y 2001, con firma de J. Enrique Jaimes B., gerente general y Bernardo Franco, contador público, matrícula 10414 T, en un folio<sup>83</sup> y el Informe del revisor fiscal sobre los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2000 y 2001, en un folio.

En la certificación de los estados financieros de los años 2000 y 2001, expedida en marzo 12 de 2002, con la firma del representante legal y contador público se indicó:

*“Los suscritos; Contador y representante legal de la sociedad J.E. Jaimes Ingenieros S.A., con Nit. 860.507.248-7, nos permitimos certificar los ESTADOS FINANCIEROS por los periodos contables de los años 2.000 y 2.001.*

*Dicha certificación se basa en la verificación de todas las afirmaciones implícitas y explícitas sobre existencia, integridad y obligaciones, valuación, presentación y revelación de los estados financieros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del Decreto 2649 de 1993.*

*Toda la información en ellos contenido ha sido tomada fielmente de los libros de contabilidad y estos han sido elaborados de acuerdo con las normas colombianas y los principios de contabilidad de general aceptación”<sup>84</sup>.*

---

<sup>83</sup> Folio 188, cuaderno 2.

<sup>84</sup> Folio 188, cuaderno 1.

En el informe del revisor fiscal se hizo constar su opinión sin salvedades acerca de los estados financieros a septiembre 30 de 2002, así:

*“Además, en mi opinión la compañía ha llevado su contabilidad conforme a las normas legales y a la técnica contable; las operaciones registradas en los libros y los actos de los administradores de la sociedad se ajustan a los estatutos y a las decisiones de la asamblea general de accionistas y de la Junta Directiva; la correspondencia, los comprobantes de las cuentas y los libros de actas y de registro de las acciones en su caso, se llevan y se conservan debidamente, y la compañía ha observado medidas adecuadas de control interno y de conservación y custodia de bienes y de los terceros que puedan estar en su poder”<sup>85</sup>.*

En conclusión, para el caso que ocupa ahora la atención de la Sala existió la firma del contador público en la certificación de los estados financieros a septiembre de 2002, en los estados financieros correspondientes a los años 2001 y 2002 y en las certificaciones expedidas para los estados financieros de los años 2001 y 2002. Todos los estados financieros requeridos, incluyendo los de septiembre de 2002, se encontraron firmados por representante legal y revisor fiscal, fueron objeto de certificación y de dictamen.

### **8.3. Los problemas jurídicos en el caso concreto y la forma como se resuelven**

#### **8.3.1. El alcance de la certificación firmada por el contador público**

El Tribunal *a quo* desató el debate con respaldo en las normas legales que se han citado en este proveído, las cuales permiten diferenciar los estados financieros, la certificación de los estados financieros y el dictamen de los estados financieros. El contenido de las normas legales se encuentra correctamente expuesto, en el mismo sentido que lo hizo el Ministerio Público en la vista fiscal.

Sin embargo, el problema jurídico planteado en el *sub lite* no podía acotarse a la falta de firma en los estados financieros de la proponente, toda vez que la certificación que se acompañó a los mismos sí se encontraba firmada por el contador público y, por tanto, al dejar de considerar este aspecto se ignoró un supuesto fáctico del debate, sobre el cual se sustentó precisamente uno de los argumentos de la apelación.

---

<sup>85</sup> Folio 189, cuaderno 1.

En efecto, el actor se refirió concretamente a la falta de apreciación de la prueba de la certificación de los estados financieros con corte a septiembre 30 de 2002, expedida con la firma del contador público y al error del Tribunal *a quo* al reconocer el alcance de la certificación pero desconocer los estados financieros que fueron objeto de la misma.

De acuerdo con lo expuesto el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia consiste en definir si la firma en la certificación de los estados financieros, aunada al contenido del respectivo documento, podía suplir la ausencia de la misma en el cuerpo de los estados financieros objeto de la certificación y cumplir sustancialmente con el requerimiento consistente en acreditar la capacidad financiera del proponente.

El cuestionamiento se resuelve de forma afirmativa con fundamento en las normas que han sido expuestas en esta providencia, es decir que la firma del contador público en la certificación cobijó los estados financieros objeto de la misma, toda vez que: **i)** de acuerdo con la ley, la certificación se refiere precisamente a los estados financieros y hace parte de la respectiva información financiera y **ii)** la firma del profesional de la contaduría pública en el respectivo documento otorgó fe pública sobre el contenido de los estados materia de certificación e hizo presumir la autenticidad de los mismos.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, la entidad convocante ha debido acoger el concepto 220-0107483 de noviembre 23 de 1999, expedido por la Superintendencia de Sociedades, que le fue invocado por el proponente, en el cual se lee:

*“Si quienes están obligados a firmar los estados financieros no lo hacen, pero en el contexto de los mismos obra la certificación debidamente firmada, de ninguna manera podría ponerse en duda la certeza de los datos allí registrados, pues la certificación lo que hace es avalar las afirmaciones consignadas y dar fe de que las mismas han sido tomadas fielmente de los libros, y que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance (Supersociedades, Conc, 107483, nov, 23/99)”<sup>86</sup>.*

---

<sup>86</sup> Folio 132, cuaderno 5

La Sala advierte el error de apreciación en la sentencia de primera instancia, puesto que procedía valorar el alcance de la firma impuesta en la certificación de los estados financieros con corte a septiembre 30 de 2002 y determinar que la entidad convocante sí contó con una atestación de su contador público en los precitados estados financieros.

Es de la mayor importancia apreciar que el alcance documental de la certificación se sumó a la circunstancia de que en el procedimiento de contratación no existió duda acerca de la autenticidad de los estados financieros, ni debate sobre su contenido, ante lo cual se concluye que estuvieron cobijados por la fe pública acerca de la *“conformidad de los saldos con los libros de contabilidad y de la fidelidad de su contenido”* de acuerdo con lo que en forma expresa hizo constar el contador público en la certificación presentada.

Por tanto, la Sala se aparta de la interpretación del Tribunal *a quo*, toda vez que restringió el alcance de la certificación y de la firma del contador público impuesta en el respectivo documento, en contravía de lo previsto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990 y en los artículos 37 y 39 de la Ley 222 de 1995. Los referidos documentos debieron ser interpretados en su contenido sustancial en concordancia con el principio libre configuración del pliego bajo las reglas del derecho privado, además del respeto por el principio de lo esencial sobre los aspectos formales de acuerdo con las normas de la información financiera.

Se aprecia que la firma del contador público se encontró presente en los documentos de la información financiera y cumplió con el efecto de otorgar fe pública sobre el contenido de los estados financieros y por ello atendió el aspecto sustancial del requisito incorporado en el pliego de condiciones y debió abrir paso a la evaluación de los indicadores financieros del proponente -ahora demandante- en orden a calificar la capacidad financiera exigida en el pliego de condiciones.

De lo antedicho se concluye que la negativa a calificar la propuesta del Consorcio Alsacia 2003 se quedó en el aspecto formal de uno de los documentos, por cuanto se redujo a que faltó la firma en el cuerpo del balance y del estado de pérdidas y ganancias y pasó por alto que la firma del contador público estaba presente en la certificación de los mismos estados financieros y que dicha certificación dotó de autenticidad y razonabilidad a la información que se acreditó en su oportunidad por el respectivo proponente.

A juicio de la Sala, la valoración de la información financiera que se realizó en el procedimiento de contratación ignoró que junto a los estados financieros con corte a 30 de septiembre de 2002, no firmados por el contador público, se encontraba la certificación totalmente correlacionada por razón de su contenido y como parte integrante, e incluso en hoja considerada como anexo de los estados financieros según lo exigió el pliego. Se destaca que la proponente- ahora demandante- aportó la certificación de dichos estados financieros, la cual sí estaba firmada por el Contador Público y tenía alcance sobre los mismos.

Es útil observar que los conceptos de la Superintendencia de Sociedades invocados por EAAB dentro del procedimiento de contratación respectivo se refirieron a la necesidad de certificación de los estados financieros, al contenido específico de las afirmaciones que se realizan a través de la respectiva certificación y a la importante diferencia con el dictamen que debe emitir el revisor fiscal, contenidos que no entran en conflicto con lo que aquí se considera para el caso *sub lite*, puesto que el rechazo no se ocasionó por falta de certificación firmada ni por la ausencia del dictamen del revisor fiscal, sino por la falencia de la firma del contador público en el cuerpo del balance y del estado de pérdidas y ganancias, la cual –se repite nuevamente- se encontraba presente en el documento de certificación que se acompañó en hoja anexa a los respectivos estados financieros.

Por otra parte, el Tribunal *a quo* dejó de advertir que la información financiera a septiembre 30 de 2002 no era la base fijada para el análisis del requisito de cumplimiento financiero de la propuesta. En efecto, la información financiera se requirió en la convocatoria pública CSC-006 de 2003, sobre tres periodos: a 31 de diciembre de 2000, a 31 de diciembre de 2001 y a 30 de septiembre de 2002; sin embargo, de acuerdo con el punto 2.4 del adendo 1, los indicadores para calificar el cumplimiento financiero se determinaban “*con base en los estados financieros del último año fiscal solicitado*” (se destaca en negrilla) vale decir, el año fiscal terminado a 31 de diciembre de 2001.

De todo lo observado se reitera la conclusión acerca de la improcedencia de la negativa a calificar la información financiera de la propuesta del demandante, en el caso *sub lite*.

### **8.3.2. Análisis de la supuesta violación del derecho a subsanar la propuesta**

El segundo problema jurídico que se formula de acuerdo con la apelación, consiste en determinar si existía el derecho a sanear o aclarar la propuesta y en caso afirmativo, si fue lesionado o violado por la entidad convocante.

Para ejemplificar frente al caso *sub lite* la diferencia que podría encontrarse entre subsanar y aclarar la propuesta, se plantea lo siguiente: el derecho al saneamiento de la propuesta consistiría en la facultad del proponente para allegar los mismos estados financieros pero con la firma, inicialmente faltante, del contador público. La aclaración de la propuesta, por su parte, podría tener lugar en el evento en que dicho profesional afirmara en una comunicación o certificación, el cumplimiento con respecto al alcance de la firma requerida sobre los estados financieros con apoyo en su atestación ya impuesta en la certificación presentada con la propuesta.

En ambos casos, el cuestionamiento se resuelve a favor de la legalidad de los anteriores eventos con base en la apreciación del derecho privado que gobernó el contrato y el principio de la prevalencia de la forma sobre el fondo, toda vez que se habría podido sanear y/o aclarar el requisito formal en su aspecto probatorio, esto es, la firma faltante en unos de los estados financieros, sin variar las condiciones de igualdad de los participantes en la licitación, acerca de su capacidad financiera, en la medida en que no otorgaba puntaje en la propuesta y no se variaba la condición financiera que fue acreditada en la oportunidad en que el pliego de condiciones lo requirió.

Un hecho de la mayor importancia en esta apreciación se constituye el referido a que los eventos de saneamiento y/o aclaración en el caso *sub lite* no alteraban las cifras de los estados financieros ni su clasificación contable y por tanto carecían de impacto para modificar la capacidad financiera que se requirió en la respectiva convocatoria, la cual continuaba siendo la existente para la fecha en que lo requirió el pliego de condiciones.

Se advierte que la antedicha posición encuentra sentido en el caso que ahora se debate, en la medida en que de una parte no existió conflicto en materia de la realidad económica que reflejaban las cifras de los documentos en cuestión y que determinaban la capacidad financiera y, de otra parte, no se afectaba la intangibilidad de la propuesta en relación con los aspectos esenciales del negocio

jurídico ni había ruptura en la posturas a comparar en relación con aquellos requisitos que otorgaban puntaje para definir la mejor propuesta.

La perspectiva desde la cual se acepta el saneamiento o aclaración con respecto a la firma del contador público en los estados financieros certificados, se corresponde con los principios de economía, transparencia e igualdad en la contratación estatal, toda vez que respeta la prohibición de rechazar la oferta por aspectos formales y a la vez sostiene el equilibrio entre las partes proponentes, las cuales, en el caso que ahora se examina, siguieron sometidas a la misma e idéntica condición de capacidad financiera para ser calificadas en el procedimiento de contratación.

En consecuencia, aunque el ejercicio del derecho de saneamiento o de aclaración del requisito no se hizo necesario en este caso teniendo en cuenta la presencia de la certificación firmada por el contador público en los documentos ya aportados, es cierto que careció de soporte la argumentación según la cual no era viable el saneamiento o la aclaración del requisito de la falta de la firma, supuestamente apoyada en la ausencia de una regla aplicable en el pliego de condiciones o en la carencia del requerimiento discrecional por parte de la entidad convocante.

El saneamiento o la aclaración del requisito de la firma era posible, también, si se analiza a la luz del artículo 860 del Código de Comercio, por cuanto no tenía impacto sobre los elementos esenciales del negocio objeto de la oferta pública que se aceptó con la propuesta del consorcio ahora demandante, siguiendo los términos de la referida disposición.

Las anteriores consideraciones no indican que procede la nulidad de las reglas del pliego de condiciones en la forma solicitada por el demandante, en relación con las cláusulas acerca de la discrecionalidad para solicitar aclaraciones por parte de la entidad convocante y los documentos a los que se refirió, por cuanto dichas cláusulas se ajustaban a la libertad de configuración del derecho privado que gobernó el procedimiento de formación del contrato, además de que no contemplaban la eliminación o restricción del derecho a subsanar o aclarar el aspecto formal que fue materia del debate.

Por otra parte, el pliego de condiciones no violó la ley por el hecho de carecer de una cláusula sobre el derecho del contratista a subsanar el requisito de la firma del contador público. Tal derecho podía tener lugar, con arreglo a los principios de la

contratación previstos del derecho privado así como aquellos que gobernaban la prueba contable materia del debate.

#### **8.4. El demandante no demostró que su propuesta era la mejor**

El Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con el acto de adjudicación del contrato depende del cumplimiento de una doble carga probatoria, de una parte, **(i)** demostrar que el acto efectivamente lesionó el ordenamiento jurídico, esto es, la ocurrencia de la causal de nulidad que afectó el acto de adjudicación y, de otra, **(ii)** probar que la propuesta del demandante ha debido ser objeto de la adjudicación del contrato, es decir, que de acuerdo con la ley y las reglas de la convocatoria -ajustadas a la ley-, el demandante presentó la propuesta mejor calificada y por tanto tiene el derecho a ser reparado por el razón del despojo ilegal de la adjudicación del contrato, en la medida en que la celebración del mismo le habría reportado una utilidad.

También es abundante la jurisprudencia que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, advierte que la referida carga probatoria corresponde al demandante en relación con los supuestos de hecho que alega, lo cual significa que a través de los medios de prueba que estén a su alcance debe llevar al Juez a la convicción de que el acto de adjudicación es ilegal y que su propuesta era la mejor de acuerdo con las reglas de selección del respectivo procedimiento de contratación.

Aunque en algunas providencias se exigió la presentación de todas las propuestas que participaron en el procedimiento de contratación, para evidenciar la evaluación y calificación en orden a determinar que la propuesta de la parte demandante debió ser la ganadora, lo cierto es que no existe una tarifa probatoria y que puede ser suficiente aportar los informes de evaluación y calificación emitidos en el procedimiento de contratación si con base en ellos se logra demostrar la calificación de todos los proponentes y soportar que el primer lugar correspondía a la propuesta del demandante.

Bajo esa consideración la Sala se aparta de la falencia probatoria que señaló el Tribunal *a quo*, toda vez que no era obligatorio allegar las ocho propuestas que participaron en la convocatoria CSC-006 de 2003.

Sin embargo, teniendo en cuenta que los informes de calificación y evaluación que se realizaron dentro del procedimiento de contratación solo incluían la comparación de los requisitos en aspectos jurídico, técnico y financiero, para el Consorcio Alsacia 2003 faltaba la prueba de la calificación técnica y económica que ha debido recibir en los aspectos materia de puntaje, con el propósito de lograr la demostración de su derecho a ser el adjudicatario del contrato.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala pasa a considerar las pruebas disponibles en el plenario, con fundamento en el pliego de condiciones, los cuadros de evaluación y las propuestas presentadas:

Los criterios de adjudicación contenidos en el punto 2.11 del pliego de condiciones fueron previstos de la siguiente manera:

***“2.11. CALIFICACIÓN ECONÓMICA***

*Para efectos de la evaluación económica se consideran propuestas hábiles aquellas que cumplan la totalidad de los requisitos de orden jurídico, técnico y financiero que hayan obtenido una calificación técnica igual o superior a 40 puntos. Igualmente para que una propuesta se considere hábil para efectos de la evaluación económica se requiere que su valor total corregido no supere el presupuesto oficial (...).”*

De acuerdo con el párrafo tercero del punto 2.11., a los valores de cada propuesta se les aplicaban “*las correcciones aritméticas del Formulario No. 1 ‘Lista de Cantidades y Precios’* y la tabla de descuentos de conformidad con la siguiente fórmula:

$$P = \frac{\text{sumatoria de valores absolutos de cada uno de los errores presentados en los ítems}}{\text{valor total propuesto antes de correcciones}} \times 100$$

Ahora bien, el procedimiento de calificación de la propuesta económica en la convocatoria CSC-006 de 2003 estaba definido bajo el criterio de la posición de las propuestas en relación con dos valores de la media aritmética que debía ser calculada con inclusión de todas las propuestas hábiles, así:

*“Se calcula la media aritmética T con los valores totales corregidos de todas las propuestas hábiles que no superen el presupuesto oficial.*

*“Las propuestas hábiles cuyo valor corregido esté por fuera del rango comprendido entre el 90% y el 110% de la media aritmética T, serán calificadas como NO CUMPLE ECONÓMICAMENTE.*

*“Con las propuestas que si se encuentren dentro del rango señalado en el párrafo anterior se calculará una segunda media aritmética R, con la suma de los valores totales corregidos de los ítems más representativos del presupuesto oficial definidos en el Anexo No. 4. Condiciones especiales.*

*“Todas las propuestas que estén fuera del rango comprendido entre 90% y el 110% de la media aritmética R de los ítems más representativos, serán calificadas como NO CUMPLE ECONÓMICAMENTE.*

*“Entre las propuestas que califican económicamente, se le otorgará un puntaje económico de cincuenta (50) puntos a la propuesta con el menor valor total corregido.*

*“Entre las propuestas que califican económicamente, se le otorgará un puntaje económico de 25 puntos a la propuesta con el mayor valor total corregido.”*

*“A las demás propuestas que califican económicamente se les asignará un puntaje económico proporcional a los anteriores, conforme a la siguiente fórmula (...).”*

Además, el punto 2.12 del pliego de condiciones estableció el puntaje total de evaluación por la sumatoria de la calificación técnica y la calificación económica, así:

**“2.12. CALIFICACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA**

**$P = CT + CE$**

*Donde:*

***P= puntaje de evaluación”.***

La Sala observa que el demandante probó el valor de su propuesta económica, de acuerdo con el acta notarial que dio cuenta de la apertura del sobre correspondiente. De conformidad con esa prueba su propuesta se presentó por la suma de \$2.436'.940.600. Con base en ello afirmó en la demanda y reiteró en la sustentación a la apelación:

*“De lo mencionado anteriormente se concluye que la propuesta del consorcio ALSACIA 2003, resultó ser la más económica y que de no haber sido por el requisito que ilegalmente exigió la EAAB, hubiera sido la adjudicataria del contrato”.*

A su turno en el momento de alegar dentro de la segunda instancia se refirió a la misma prueba y afirmó:

*“Afirmamos en esta demanda que el adjudicatario del contrato cuyo objeto es CONSTRUCCIÓN DEL CANAL E INTERCEPTOR ALSACIA EN LA LOCALIDAD OCTAVA DE KENNEDY, HA DEBIDO SER EL CONSORCIO ALSACIA 2003, toda vez que su propuesta se hizo por valor de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS PESOS (\$2.436'940.600), es decir \$127'286.546, más económica que la propuesta que resultó favorecida”.*

Lo primero que se advierte de la lectura del anterior argumento es que la conclusión del demandante se construyó sobre una base equivocada, toda vez que el mayor puntaje económico se determinaba en el pliego de condiciones de la convocatoria *sub lite* de acuerdo con la media aritmética del precio total (T) y la media aritmética del precio de los principales rubros (R), previa corrección y descuentos y por tanto, el criterio de la propuesta más económica no correspondió a la de menor valor sino a la que más se acercó al precio medio de las propuestas habilitadas.

Además, el plenario carece de prueba de la depuración aritmética de la propuesta económica del demandante que debía realizarse con base en el cotejo y revisión de los precios y cantidades contenidas en los formularios 1 y 4, aspecto que impide determinar en este proceso cuál habría sido el precio corregido de la propuesta presentada por Consorcio Alsacia 2003.

Por otra parte, no puede tomarse como punto de comparación la media aritmética que se estableció en los cuadros que elaboró EAAB, puesto que el promedio se modifica al incluir dentro de las propuestas el dato correspondiente a la propuesta presentada por Consorcio Alsacia 2003.

Desde el punto de vista de la acreditación de la prueba, se tiene en cuenta que el demandante no acudió a pedir una prueba pericial para establecer el orden de calificación de las propuestas en forma técnica y ajustada al pliego, con el desarrollo de las fórmulas de corrección aritmética y calificación correspondiente, por lo cual la apreciación de su propuesta no puede pasar más allá de la prueba documental solicitada, decretada y allegada en el plenario.

En ese sentido, con el ánimo de agotar el análisis de las pruebas obrantes en el expediente para estimar la comprobación del dicho del demandante, la Sala acude a un cálculo de la media aritmética con la información disponible, con base en el cual puede observar que aun en el evento de aceptar que el valor de la propuesta

presentada por Consorcio Alsacia 2003 no tenía lugar a correcciones aritméticas y descuentos, tampoco ello permite dar la razón al actor, toda vez que si se realiza el cálculo de la media aritmética total (T) incluyendo el valor de su propuesta (\$2.436'940.600) se llega a una media de \$2.749'402.218, frente a la cual el Consorcio Alsacia 2003 no alcanzaba a ubicarse en el rango de 90% equivalente a \$2.474'461.996, que se fijó como límite mínimo del habilitante económico. Por tanto la propuesta de Consorcio Alsacia 2003 debía calificarse con “NO CUMPLE ECONÓMICAMENTE” de conformidad con las reglas contenidas en el párrafo tercero y siguientes del punto 2.11 del pliego de condiciones, que se han transcrito en este acápite.

Además, de acuerdo con las pruebas, la propuesta que resultó adjudicataria seguía siendo de mejor puntaje económico frente a la del demandante, toda vez que UT D&S presentó un valor corregido de \$2.564'227.146 (93.26% en relación con la media) el cual resulta en mejor posición que la propuesta económica del demandante, que se presentó por \$2.436'940.600 (88,63% en relación con la media). Lo anterior teniendo en cuenta que la propuesta de UT D&S se encontró por encima del 90% establecido como límite inferior del rango habilitante y en posición más cercana a la media aritmética, de acuerdo con los criterios del pliego de condiciones.

El siguiente cuadro muestra el cálculo de la media aritmética, incluyendo la propuesta del demandante:

	Proponentes <sup>87</sup>	Valor total propuesta corregida
1	CONSORCIO ASEA ALSACIA	\$2.701'075.336
2	CONSORCIO ALSACIA	\$2.576'180.500
3	SERGIO TORRES REATIGA	\$2.684'400.528
4	UT ALSACIA 2003	\$3.078'722.620
5	CONSORCIO MIRADOR III	\$3.204'272.300 <sup>88</sup>

<sup>87</sup> Los proponentes fueron ocho, sin embargo la propuesta correspondiente a CONSORCIO ALCANTARILLADO DE BOGOTA no aparece en este cuadro, toda vez que, según las pruebas, no fue habilitada por falencias del requisito jurídico y por ello no pasó a la etapa de calificación.

<sup>88</sup> “se rechaza por cuanto los valores corregidos de esta propuesta superan el presupuesto oficial”, folio 79 cuaderno 6.

6	UT D & S <sup>89</sup>	\$2.564'227.146
7	CONSORCIO ALSACIA 2003	\$2.436'940.600
	MEDIA ARITMÉTICA DE LOS VALORES TOTALES CORREGIDOS	\$2.749'402.718 <sup>90</sup>

Tampoco se ocupó el demandante de acreditar el puntaje que le habría correspondido por razón de la propuesta técnica, el cual también variaba de conformidad con el rango entre el menor y el mayor valor corregido, según se indicó en el pliego de condiciones.

De esta manera se advierte que el plenario carece de prueba acerca del puntaje final de calificación que habría logrado la propuesta del demandante.

Si se tiene en cuenta que el pliego de condiciones constituye la ley de calificación de las ofertas en el procedimiento de contratación, el juzgador debe atenerse a las reglas del mismo para apreciar la prueba dentro de la controversia que se origina en torno a la adjudicación del contrato, como resultado de lo cual, en este caso, el análisis de las propuestas lleva a denegar las pretensiones del demandante.

En consecuencia, con base en lo acreditado en el proceso no es posible aceptar que la propuesta del demandante por el hecho de tener el menor precio ha debido resultar seleccionada para la adjudicación del contrato en la convocatoria CSC-006 de 2003; por el contrario, aplicando las fórmulas del pliego de condiciones a los datos demostrados en el proceso, su propuesta no era la mejor.

Así las cosas, se denegarán las pretensiones orientadas a la condena por restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios, aunque por razones distintas de las que consideró el Tribunal *a quo*.

Por otra parte, se puntualiza que la pretensión de nulidad del acto de adjudicación del contrato tampoco prospera, teniendo en cuenta que según lo probado en este proceso la propuesta del demandante no se debió rechazar por la falta de la firma del contador público y tuvo el derecho a ser objeto de la evaluación financiera, pero ello no significa que la decisión de adjudicación resultaba a su favor.

---

<sup>89</sup> Propuesta que fue objeto de la adjudicación.

<sup>90</sup> Promedio simple de las propuestas.

Se observa que la motivación del acto de adjudicación se encontró sustentada en los informes de evaluación y calificación que hicieron parte del procedimiento y que soportaron la decisión, de acuerdo con lo probado en el proceso. De esta manera, a pesar de la decisión equivocada de negar la calificación financiera del demandante, ello no hacía variar la decisión final relativa a adjudicación del contrato –puesto que el Consorcio Alsacia 2003 no presentó la mejor propuesta- y, por tanto, no proceden los argumentos de falsa motivación y de falta de motivación en relación con la decisión atacada.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en todas las pretensiones que fueron negadas, aunque –se repite- con fundamento en consideraciones distintas de las que expuso el Tribunal *a quo*.

### **8.5. Anotación final**

Por otra parte, la Sala considera que no se evidenció en el plenario el supuesto de la colusión o de una conducta contraria a la buena fe que pudiera dar lugar al traslado a la autoridad competente en orden a una investigación sobre el particular<sup>91</sup>.

Desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio, la constancia de que la pestaña del sobre contenido de la propuesta económica estaba “*casi del todo despegada*”<sup>92</sup> no lleva a construir una presunción de mala fe en la conducta de los funcionarios de la entidad convocante, como pretendió el demandante.

---

<sup>91</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 30. Principios de interpretación. “*Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios*”.

Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. “*Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*”.

<sup>92</sup> Dentro de la escritura pública se protocolizó el acta de apertura de los sobres realizada por el Notario 40 de Bogotá, el jueves 20 de marzo de 2003, en la cual hizo constar:

“*Se procede a abrir el sobre que dice ORIGINAL INFORMACIÓN ECONÓMICA y el Notario encuentra que la pestaña que lo cierra está casi del todo despegada. Está pegada tal pestaña solo en un extremo. Dentro del sobre se encuentra un cuadernillo argollado en plástico negro (...). Tal*

Tampoco se puede concluir sobre el indicio que alegó el demandante, toda vez que la propuesta económica allí formulada no hacía variar la suerte del proponente ganador, como se evidenció en las consideraciones anteriores de la presente providencia.

#### **9. Costas**

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

---

*documento contiene 7 hojas interiores en papel bond blanco. El Notario procede a numerar y rubricar cada una de las hojas (...)*

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**