**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Competencia Consejo de Estado - Carácter estatal**

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de la entidad publicas (…) En esta oportunidad se somete a consideración el examen de legalidad del contrato y del acto administrativo vertido en la Resolución No. 130 del 28 de febrero de 2007, por medio del cual las Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. adjudicó el contrato de gestión comercial para la ejecución de procesos comerciales de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo del municipio de Neiva. (…) Se precisa que Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. fue creada como establecimiento público mediante el Acuerdo No. 025 de 1959. (…) como el asunto que ocupa la atención de la Sala estriba en examinar la validez tanto del contrato como del acto administrativo de adjudicación de una invitación pública cuyo objeto era la celebración de un negocio jurídico de gestión comercial, expedido por una entidad de naturaleza estatal, al margen del régimen legal de contratación que lo informe, esta jurisdicción es la competente para decidirlo.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Actos precontractuales - Actos contractuales - Naturaleza jurídica**

i) Primera, que como la actividad pre-contractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza civil o mercantil, y su juez es la justicia ordinaria. ii) Segunda, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos civiles o mercantiles, pero su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque las partes del proceso y no el régimen del acto son las que definen la jurisdicción. iii) Tercera, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos administrativos y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien los controla. (…) el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido.

**CONTRATO DE GESTIÓN COMERCIAL -** **Régimen legal - Naturaleza jurídica**

Para precisar la naturaleza resulta intrascendente que el contrato se rija por la Ley 80 o por el derecho privado, lo determinante es que una de las partes del negocio tenga el carácter de entidad estatal. (…) se trata de actos administrativos, bien de trámite o bien definitivos, porque esta naturaleza no depende –se insiste- del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es administrativo y es controlable por la justicia administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA -hoy artículos 103 a 105 del CPACA-. toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de actos administrativos -siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos-, por tanto es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta conclusión, respaldada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad pública y los derechos fundamentales. (…) Un supuesto fáctico que tiene cabida es el que, en efecto, concurre en la presente causa y que alude a que el contrato producto del acto de adjudicación censurado se celebra antes de vencer los treinta (30) días que el interesado tiene para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto previo y la demanda se presenta dentro de los treinta (30) días previstos en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., caso en el cual se deberá acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción contractual, pretendiendo la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación y la nulidad de este último, pero en todo caso conservando la posibilidad de pretender el respectivo efecto económico resarcitorio (…) resulta propio concluir que la parte actora podía pretender, a través del ejercicio de la acción contractual, la declaratoria de ilegalidad del acto previo, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato con fundamento en lo anterior, así como el efecto resarcitorio que de ello emane. Finalmente, cabe advertir que esta conclusión no habría de cambiar en el supuesto en que el acto de adjudicación se profiere como resultado de un procedimiento de selección sometido a las normas del derecho privado, como ocurrió en esta causa, incluso bajo el entendido de que el contrato producto de la convocatoria se perfecciona con el acto de adjudicación.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Actos de trámite - Nulidad y restablecimiento del derecho**

(….) de conformidad con lo explicado sobre la naturaleza de los actos que hacen parte del trámite de selección del contratista, en entidades excluidas de la Ley 80, el pliego de condiciones, la evaluación de las ofertas, la adjudicación del contrato, y en general los demás actos propios del trámite precontractual, son actos administrativos, bien de trámite, bien definitivos, incluso, bien de trámite que se tornan definitivos cuando hacen imposible continuar la actuación administrativa –artículo 50, inciso final, del CCA-. En los tres eventos se trata de actos administrativos, por las razones expresadas arriba, así es que se equivoca el apelante al considerar que esas decisiones que el a quo echa de menos no son actos de la naturaleza indicada. El hecho de que sean de trámite no suprime su naturaleza jurídica principal, es decir, no solamente los actos definitivos son administrativos, los de trámite también lo son. (…) De hecho, el artículo 87 del anterior CCA –hoy art. 141 del CPACA- confirma esta posición, porque autorizaba demandar los actos previos a la celebración del contrato, mediante las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, naturaleza de acto administrativo que es condición sine qua non para ejercer estos dos medios de control, pues solo proceden contra actos administrativos. (…) como regla general aplicable al común de los procedimientos administrativos, no es posible demandar los actos administrativos de trámite a través de los medios de control existentes, sino el acto administrativo definitivo de los mismos, por razones de eficiencia y celeridad de las actuaciones administrativas, porque si se permitiera controvertirlos no sólo se congestionaría la administración de justicia sino que se desgastaría excesivamente la Administración tratando de tomar un decisión que adquiriera la firmeza necesaria para ejecutarla. (…) Tratándose de las actuaciones propias de la actividad pre-contractual, la anterior regla se rompe en virtud de lo que dispuso el anterior art. 87 del CCA -hoy 141 del CPACA-, según se explicó antes, sin importar si el régimen que las gobierna es la Ley 80 o el derecho privado -combinado con los principios de la función administrativa-. Se trata de una verdadera excepción a un principio general e histórico del control judicial de los actos que dicta la Administración. No obstante, las disposiciones que se analizan de ninguna manera suponen que la demanda contra la decisión definitiva exija incorporar la pretensión anulatoria de todos o de algunos actos del trámite. Si se produjo el acto definitivo, el demandante puede solicitar exclusivamente la nulidad del acto definitivo, por contener vicios autónomos o por contener los que se trasladan a él desde los actos del trámite. En el mismo sentido, la nulidad del contrato se puede pretender con apoyo en la pretensión anulatoria del acto de adjudicación, sin que sea necesario, como lo exige el a quo, que también se demanden todos o algunos actos del trámite que participaron de la configuración, lenta y reposada, de la decisión definitiva. Por el contrario, al enjuiciar el acto de adjudicación se pueden recoger todos los defectos del trámite, a la manera convencional del control judicial del común de los procedimientos administrativos.

**ENTIDADES ESTATALES - Sometidas a Ley 80 de 1993 - Régimen Contractual**

Para empezar, y en primer lugar, se señala que el régimen contractual no es exclusivamente el derecho privado, sino una combinación de éste con los principios de la función administrativa. Esta conclusión aplica tanto a partir de la vigencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –norma en la cual el legislador positivizó esta idea-, como desde antes, cuando la doctrina y la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho, llegaron a esta conclusión. (…) En segundo lugar, se destaca que la necesidad de aplicarle los principios de la función administrativa, y hasta los de la gestión fiscal, a las entidades excluidas de la Ley 80 condujo a esas entidades a expedir estatutos internos o manuales de contratación que dispusieran la manera de balancearlos. Esto provocó la proliferación de normas especiales, porque cada entidad cuenta con un manual donde se establece la manera de contratar con ella. (…) En tercer lugar, encuentra la Sala que la controvertida naturaleza del reglamento de contratación también forma parte del debate, porque, como consecuencia de los aspectos indicados antes, algunos creen que la disposición que lo recoge es un acto civil o mercantil; y otros consideran que se trata de un reglamento administrativo. Afortunadamente la discusión quedó zanjada en la sentencia citada arriba, en la cual se consideró que se trata de un acto administrativo, del tipo de los reglamentos. De esta manera se redujo parcialmente una parte de todos estos debates, pero se abrieron otros. (…) las entidades excluidas de la Ley 80, al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de formas del derecho privado, sumado al deber de respetar los principios de publicidad y trasparencia, pueden establecer reglas de selección, es decir, trámites que garanticen la oportunidad de que varias o muchas personas participen de la contratación de los bienes y servicios que requieren las entidades del Estado. No obstante, la capacidad creadora tiene límites, que la Sala no puede establecer en abstracto, pero sí advertir que no es posible afectar la reserva de ley que tienen muchas materias; por ejemplo la capacidad para contratar, la atribución de poderes exorbitantes, la creación de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros temas.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL - Excluidas de ley 80 de 1993 -** **Régimen contractual**

En la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares-, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público. La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar, pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones

**POTESTAD REGLAMENTARIA -** **Límites y discrecionalidad - Entidad estatales excluidas**

En las entidades excluidas surge una cuestión adicional, y la Sala reconoce su existencia. En medio de la amplia libertad de la que gozan para establecer procesos de selección, limitada por los principios del mismo derecho privado y desde luego que por los del derecho administrativo, los reglamentos internos de contratación pueden auto-regularse, pueden auto-organizarse y establecer reglas propias de subsanabilidad –un equivalente adecuado al artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150-. Cuando actúan de este modo, sano en términos de transparencia, igualdad y publicidad, eligen una posibilidad de obrar, entre muchas otras, en cuyo evento crean una regla de obligatoria observancia. Cuando así sucede, la decisión de casos concretos sobre la subsanabilidad de los defectos de las ofertas queda atada a la regla interna y no es posible abrirse a una multitud de posibilidades de actuación porque la entidad excluida eligió la manera de proceder en esos casos. (…) La idea general que sienta la Sala es que la subsanabilidad es la regla general en los procesos de contratación de las entidades excluidas, y así debe reflejarse en el reglamento interno de contratación, idea que se apoya en los principios del derecho privado y también de los del derecho público. Con especial énfasis se sabe que el artículo 228 de la CP. y que los principios de eficiencia y eficacia –artículo 209 CP- reprochan que los aspectos puramente formales prevalezcan en la valoración de las ofertas, contra la apertura efectiva de oportunidades para contratar con el Estado.

**SUBSANABILIDAD - Marco jurídico - Entidades excluidas de la Ley 80 de 1993**

En esta clase de procesos administrativos los principios del derecho público hacen obligatorio lo que en el derecho privado es apenas una posibilidad: la necesidad de incorporar estrictamente la objetividad –no la subjetividad- entre las reglas de selección y escogencia. Esta variable impone incluir reglas de elección, que además se evalúen de manera imparcial. Este criterio, unido al hecho de que lo que se contrata se paga con recursos del erario, justifica que la libertad de elección tenga límites cuando el presupuesto público respalda la compra. Al interior de este criterio surge con fuerza la cuestión de la manera de evaluar las ofertas, sobre todo en el escenario crítico de la insuficiencia de requisitos o de la manera de acreditarlos. Definitivamente la cuestión ofrece una sola respuesta: los defectos de las ofertas presentadas en procesos de contratación adelantados por entidades excluidas de la Ley 80 pueden y deben subsanarse, cuando no afecten principios de mayor valor. Esta conclusión no solo es admisible al interior del derecho privado, donde la libertad de formas y de procedimientos es la regla general, sino, incluso, al interior de los principios de la función administrativa, donde la posibilidad de subsanar los defectos garantiza la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental –artículo 228 de la CP.- y protege la igualdad material de acceso a los contratos del Estado

**NULIDAD DEL CONTRATO -** **Normativa - Contrato de gestión comercial**

Ahora, como la Ley 142 de 1994 no remite al régimen de nulidades de la Ley 80, el que aplicaba a los negocios de estas entidades, y continúa haciéndolo, es el previsto en el derecho civil y en el derecho comercial, según la naturaleza del contrato que celebren, y en el caso sub iudice será el comercial, porque las dos partes del contrato son comerciantes. (…) La Sala considera que el contrato suscrito entre EPN y Operadores de Aguas y Energía S.A. también incurrió en la causal primera, porque EPN contrarió normas imperativas del derecho administrativo y del derecho privado, que proscriben que las entidades estatales regidas por el derecho privado y por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal actúen contra la sana competencia, la buena fe –artículo 83 de la CP.-, la moralidad y la trasparencia –artículo 209 de la CP.-, vulnerados con los comportamientos objetados por el demandante y acreditados en este proceso, al ajustar las condiciones de un negocio jurídico a las necesidades de determinado participante en el proceso de contratación. También se destaca que en el derecho comercial esta causal de nulidad es independiente del objeto ilícito, pese a que en el derecho civil forma parte de él –artículo 1519 del Código Civil-, pues en el numeral 2 del artículo 899 la regula de manera autónoma.

**NULIDAD DEL CONTRATO -** **Declaración - Nulidad absoluta - Oficiosa - Restitución de mutuas - Nulidad del acto de adjudicación**

Como consecuencia, la configuración de las dos causales de nulidad examinadas autoriza que entre las partes haya restituciones mutuas, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del contrato, en virtud de las cuales se ordenará que el contratista restituya a EPN: i) la infraestructura y los bienes asociados a la prestación del servicio, con todos los elementos recibidos de la entidad; ii) toda la información de que dispone –bases de datos, manuales, programas de trabajo, planes y demás documentos financieros, técnicos y contables-, recibida o producida, con la cual han prestado los servicios públicos; iii) las obras ejecutadas y los bienes de todo tipo incorporados al servicio, desde que inició la ejecución del contrato y hasta la terminación del mismo, así como los planos y en general toda la información técnica asociada al negocio; v) el hardware y software utilizados para prestar el servicio. Del mismo modo, EPN reconocerá al contratista, en la estricta y precisa forma de pago prevista en el contrato -sin reconocer indemnización o pago por otro concepto-, la retribución correspondiente a las actividades ejecutadas hasta la fecha de terminación de este negocio jurídico -bien la ordenada en esta sentencia, o bien la ocurrida en fecha anterior (si acaso durante el proceso judicial sucedió por otra causa)-. (…) La Sala observa que en el caso concretó se configuró otra causal de nulidad absoluta del contrato, que exige su declaración oficiosa: falta de capacidad del adjudicatario y posterior contratista de EPN. (…) el contrato celebrado con el fin de encomendar la prestación de tres servicios públicos, la parte prestataria sea pública o privada, necesariamente deberá estar constituida bajo la forma jurídica de empresa de servicios públicos: ESP. (..) Comoquiera que muchas obligaciones que se asignaron al gestor contemplan la prestación de estos servicios públicos, es necesario que el contratista -sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A.- ostentara la facultad de E.S.P. Sin embargo, al revisar las pruebas se evidencia que la sociedad se constituyó mediante la escritura pública No. 0005708 del 18 de diciembre de 2006, inscrita el 26 de diciembre del mismo año, como sociedad comercial de carácter anónima, sin estar revestida de la naturaleza de Empresa de Servicios Públicos, calidad que adquirió más de un año y medio después de haber celebrado el contrato adjudicado. Esta circunstancia contrarió las normas citadas de la Ley 142 de 1994, así es que al no haberse creado Operadores de Aguas y Energía S.A. como una E.S.P. no podía encargársele la prestación de los SPD, circunstancia que permite concluir que tanto la Resolución No. 0130 de 2007 como el contrato No. 01 de 2007 se encuentran viciados de nulidad por falta de capacidad del contratista –artículo 899.3 del Código de Comercio-.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607)**

**Actor: SOCIEDAD AGUAS DE LOS ANDES S.A. E.S.P.**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.I.C.E. E.S.P. Y OTRO**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: JURISDICCIÓN – Empresas de servicios públicos domiciliarios / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual / ENTIDADES EXCLUIDAS – Actos pre contractuales – Actos de trámite – Naturaleza jurídica – Actos administrativos – Actos mercantiles - control judicial / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Actos precontractuales / EVALUACIÓN DE OFERTAS – Naturaleza jurídica – control judicial / MANUAL DE CONTRATACIÓN – Naturaleza jurídica - Potestad reglamentaria – Capacidad creadora de procedimientos / MANUAL DE CONTRATACIÓN – Procesos de selección - Entidades excluidas de Ley 80 - Límites – Discrecionalidad / SUBSANABILIDAD DE OFERTAS – régimen jurídico aplicable – condiciones / PLIEGOS DE CONDICIONES – Compra de pliegos – Subsanabilidad / PLIEGOS DE CONDICIONES – Modificaciones – Razonabilidad – Arbitrariedad / EXPERIENCIA DEL OFERENTE – Requisitos - Razonabilidad – CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA – Entidades excluidas de Ley 80 – Régimen de derecho privado – Régimen de Ley 80 – “Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa” / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA – Falta de capacidad del adjudicatario / Objeto social de las ESP – Objeto único. PLIEGO DE CONDICIONES - Modificaciones

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual dispuso:

*“PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de inepta demanda.*

*“SEGUNDO: ORDENAR la devolución del saldo que hubiere del depósito para gastos ordinarios, cumpliendo ello y en firme la decisión, se archive el expediente una vez se dejen las constancias de rigor”.*

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada por la sociedad Aguas de los Andes S.A. E.S.P., el 18 de abril de 2007, en ejercicio de la acción contractual, se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la resolución No. 130 del 28 de febrero de 2007, por medio de la cual se adjudicó el contrato de gestión comercial, cuyo objeto es la ejecución por parte del gestor, en nombre y para la empresa de las actividades, la vinculación de clientes (suscriptores), proceso integral de facturación, de consumos y demás cargos tarifarios, administración y conciliación de los recaudos, suspensión y reconexión del servicio por causas imputables al suscriptor, instalación y/o reposición de micromedidores, solución de anomalías en terrenos asociados a la medición, acometida, cajilla, entre otras, la construcción o reposición de acometidas domiciliarias y la rehabilitación y/o reposición de redes locales de acueducto para los usuarios que reciben el servicio de agua potable, alcantarillado y aseo que se encuentran en su área de cobertura, inversión y/o operación del programa de agua no contabilizada, todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994. En virtud de este contrato el gestor realizará en nombre de la empresa todas las actividades a que se refieren los pliegos de condiciones y este contrato, en las que se requiera su representación frente al usuario. La descripción detallada del alcance de las obligaciones especiales del gestor está contenida en el anexo técnico – comercial, el cual forma parte integral de este contrato de gestión, en el proceso de invitación púbica No. 002/2006.*

*“SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la nulidad absoluta del contrato de gestión comercial con inversión reembolsable, cuyo objeto se describió en el numeral anterior, suscrito entre EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA S.A. E.S.P. y la sociedad OPERADORES DE AGUAS Y ENERGIA S.A., identificada con Nit 900.125.736-4.*

*“TERCERA. Que como consecuencia de la nulidad decretada se condene a EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA S.A. ESP, a pagar a la Sociedad AGUAS DE LOS ANDES S.A. E.S.P., representado legalmente por el señor Jaime Arturo Mendoza Vargas, el valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante ocasionados, los cuales ascienden a la suma de $12.306’671.000.oo; junto con los intereses legales causados. Los montos liquidados deberán ser indexados en su valor de acuerdo a la fórmula de las matemáticas financieras.*

*“CUARTA. Que se condene a la demandada a pagar las costas y agencias en derecho; y a la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”.*

**2. Los hechos**

**2.1.** Mediante la Resolución No. 0549, del 21 de noviembre de 2006, Empresas Públicas de Nieva E.I.C.E. E.S.P., expidió la invitación pública No. 002 del 2006, con el objeto de recibir propuestas para la gestión comercial de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, y la operación con inversión del programa de agua no contabilizada, en el área de prestación de servicios de la empresa.

**2.2.** Se presentaron los siguientes proponentes: i) Operadores de Aguas y Energía S.A. y ii) sociedad Aguas de los Andes S.A. E.S.P.

**2.3.** Según la demandante, los pliegos de condiciones y sus *adendos* se acomodaron intencionalmente a las características presentadas por la sociedad favorecida con la adjudicación, por las siguientes razones:

* Los *requisitos técnicos* exigidos no atendían a las características reales del municipio convocante, en relación con el número de usuarios del servicio de acueducto y alcantarillado facturados por Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P., sino a las condiciones de la sociedad Operadores Aguas y Energía S.A.
* Se implementó la figura del *asistente técnico calificado*, para facilitar la participación de la recién creada sociedad Operadores Aguas y Energía S.A., quien no podía cumplir ese requisito directamente sino a través de un tercero.
* Se *redujo la exigencia financiera*, consistente en tener un patrimonio neto de $5.000’000.000, para ajustarlo al patrimonio neto del proponente ganador ($500’000.000).
* Sin justificación aparente se *aumentó el capital de trabajo* de $2.500’000.000 a $3.500’000.000, cuya acreditación podría cumplirse a través de títulos valores de tesorería, los cuales, contablemente, no podían ser considerados como capital de trabajo, por cuanto la disponibilidad de los recursos no se obtenía sino hasta el vencimiento del plazo previsto en el titulo valor.
* El *plazo para presentar ofertas* fue manipulado para favorecer a la sociedad seleccionada.
* Se aceptó la propuesta de la adjudicataria, sin tener en cuenta que el *recibo de compra* del pliego de condiciones se expidió a nombre de una sociedad diferente.

**2.4.** Llegada la etapa de evaluación de las propuestas, el Comité Evaluador descalificó la oferta de la demandante, argumentando, entre otras razones, que el certificado de existencia y representación de la Empresa de Energía, Acueducto y Alcantarillado de Roma (ACEA) presentado por ella como *asistente técnico calificado* se había allegado en español y que las certificaciones sobre experiencia habían sido expedidas por esa misma sociedad.

Además, indicó que el documento con base en el cual se dispuso el rechazo de su oferta no había sido exigido en el pliego de condiciones; tanto así que la sociedad adjudicataria tampoco lo había aportado, pero, a diferencia de lo ocurrido con la actora, la propuesta de aquella sí había sido apreciada.

**2.5.** El Comité Evaluador pasó por alto que existían serias inconsistencias en las certificaciones aportadas por Operadores Aguas y Energía S.A., para acreditar su experiencia técnica, específicamente en lo relacionado con el contrato celebrado con su asistente técnico calificado.

**2.6.** Mediante la Resolución No. 130, del 28 de febrero de 2007, Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. adjudicó a la sociedad Operadores de Agua y Energía S.A., acompañado del *asistente técnico especializado* sociedad Técnica Hidráulica S.A., el contrato de gestión para la ejecución de los procesos comerciales de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo y para la operación con inversión del programa de agua no contabilizada del municipio de Neiva.

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

La demandante alegó que Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P., en condición de entidad estatal contratante, estaba obligada a observar los preceptos legales invocados, atendiendo el principio que imponía la protección y efectividad de los derechos individuales y a acatar los presupuestos de orden sustancial que la ley señalaba para adelantar el proceso de la invitación.

Añadió que adjudicar el contrato en abierta vulneración de las normas reguladoras del procedimiento de selección conduce a declarar la nulidad con fundamento en la ilegalidad del acto previo.

**4. Actuación procesal**

Mediante auto del 28 de febrero de 2008, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía formulado por la entidad demandada en contra de la sociedad CFSA Banqueros de Inversión.

En providencia del 22 de abril de 2009, el Tribunal de primera instancia integró el contradictorio con la sociedad Operadores de Aguas y Energías S.A, en calidad de litisconsorte necesario por pasiva.

**5. Contestación de la demanda**

**5.1. Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P.**

Adujo que no era cierto que en el procedimiento de selección se hubieran desconocido o ignorado los principios y las normas que gobernaban la contratación pública.

Para la demandada, está desvirtuado el cargo del supuesto direccionamiento del procedimiento de selección para favorecer a la adjudicataria, pues de haber atendido esa lógica, contrario a lo sucedido, la demandante no habría podido participar en la selección, ni habría cumplido los requisitos técnicos que se exigían.

Explicó que la expedición de los *adendos* obedeció a las solicitudes de aclaración de los pliegos presentadas por los mismos proponentes. También sostuvo que la figura del *asistente técnico calificado* se empleó, precisamente, para ampliar las posibilidades de participación de una pluralidad de proponentes en igualdad de condiciones, de tal suerte que a través del mismo pudieran cumplir requisitos que individualmente no podían satisfacer.

Agregó que los requisitos exigidos revelaban y justificaban las necesidades del municipio de Neiva, y atendían no solo a la importancia de seleccionar a un contratista con la suficiente experiencia y capacidad, sino a la de proyectar hacia el futuro la precaria condición de ese ente territorial en ese aspecto.

Señaló que la modificación relativa a la reducción del patrimonio líquido a $500’000.000, y el presupuesto de trabajo a $2.500’000.000, instrumentada en el *adendo* No. 4, obedeció a la intención de permitir una mayor participación en el procedimiento de selección, además de concebirse como una garantía para obtener más liquidez en la ejecución del proyecto.

En relación con ese punto, indicó que la acreditación del capital de trabajo podría realizarse por medio de cualquiera de las formas que, de manera enunciativa y no taxativa, se incorporó en el numeral 3.2. del pliego. Siguiendo ese orden, añadió que los títulos de tesorería, al igual que las acciones, pueden negociarse en el mercado secundario.

Señaló que la omisión en el cumplimiento de los requisitos técnicos, como aconteció en el caso de la actora, no podían ser objeto de aclaración.

Alegó que no era cierto que la descalificación de la propuesta de la demandante hubiera ocurrido por la única causal allí mencionada, sino por el incumplimiento de condiciones mucho más relevantes que quedaron explicadas en el informe de evaluación y que comprometió la inobservancia del 50% de los requisitos.

Sobre ese punto, manifestó que si en realidad, como lo alegaba el proponente demandante en sus observaciones, ACEA SPA era el responsable del servicio, entonces, por mandato expreso de la ley, el interesado ha debido acompañar copia de los documentos que, de conformidad con las normas extranjeras, acreditaban su existencia.

Indicó que en la propuesta de la sociedad adjudicataria se presentaron los antecedentes detallados de los movimientos, sedes y agencias de la empresa Técnicas Hidráulicas S.A. de Cuba, con quien se suscribió el contrato de *asistencia técnica calificada* y se suministró documentación que la respaldaba, la cual fue precisa en establecer que al momento de liquidarse contable y legalmente la sucursal de la compañía en la Habana y convertirla en sociedad mercantil adquirió las acciones de Técnicas Hidráulicas en las Islas Vírgenes, manteniendo vivo su registro. Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

Inepta demanda por indebida formulación de las pretensiones

Consideró que se cuestionó un acto previo o preparatorio que no es susceptible de enjuiciar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando ya se había celebrado el contrato. Precisó que correspondía formular la pretensión de nulidad del negocio jurídico de manera autónoma y no como consecuencia de la nulidad del acto previo contenida en la resolución de adjudicación.

Ausencia de responsabilidad de Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P., derivada de la elaboración de estudios, pliegos y requisitos exigidos durante el trámite licitatorio

Advirtió que Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. celebró un contrato de asesoría comercial con la sociedad CFSA Banqueros de Inversión para adelantar el procedimiento precontractual, empresa que definió el contenido de los pliegos que sirvieron como base de la invitación.

Ausencia de pérdida de oportunidad

La falta de demostración, por parte de la demandante, del cumplimiento de los requisitos exigidos para resultar favorecida con la adjudicación, impedía predicar una pérdida de oportunidad para celebrar el contrato.

**5.2. Sociedad Operadores Aguas y Energía S.A. E.S.P. y CFSA Banqueros Inversiones**

A pesar de que tanto el litisconsorte necesario por pasiva[[1]](#footnote-1) como la llamada en garantía[[2]](#footnote-2) fueron notificados de las decisiones que ordenaron su vinculación y su citación al proceso, respectivamente, ninguna ejerció su derecho de contradicción.

**6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público**

Por auto del 3 de junio de 2010, el Tribunal ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión y rindiera concepto, respectivamente[[3]](#footnote-3).

La parte actora reiteró los argumentos expuestos hasta esta instancia del proceso, pero agregó que en el año 2009 la entidad demandada le concedió la razón, porque unilateralmente terminó y anuló el contrato de gestión comercial No. 001 de 2007, por medio de la Resolución No. 0213, aduciendo razones semejantes a las que invoca en la demanda, y que la empresa estatal negó en la contestación de la demanda, pero no al contestar la demanda de este proceso. Consideró que a partir de su contenido se demuestra la ilegalidad del procedimiento de selección que le dio origen –fls. 735 a 786, cdno. 2-.

El demandado reprodujo los argumentos de defensa expuestos en etapas procesales anteriores.

El Ministerio Público estimó que la acción idónea era la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la acción contractual, por lo que solicitó que se declararan probadas las excepciones propuestas por el demandado.

**7. Sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo del Huila declaró probada la excepción de *inepta demanda*, propuesta por la entidad accionada, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones: La demanda no se formuló en debida forma, toda vez que no se dirigió contra el acto que perjudicó directamente a la actora, que en el caso se concretó en: i) el oficio No. 01279, correspondiente al informe de evaluación, y ii) la respuesta a las observaciones efectuadas al mismo, en los cuales se excluyó la propuesta de la demandante del procesos de selección.

Agregó que la legalidad del contrato de gestión no se cuestionó, habida consideración de que la sociedad demandante debió solicitar la nulidad absoluta del contrato y la nulidad del acto administrativo precontractual que a su vez le servía de fundamento a la primera. Con base en las anteriores consideraciones, concluyó que no era viable revisar la legalidad de los actos preparatorios con base en los cuales se excluyó del concurso a la demandante y se impidió la valoración de su propuesta –fls. 810 a 820, cdno. ppal.-.

**8. Recurso de apelación**

La parte actora presentó recurso de apelación. Precisó que el fin perseguido en la demanda era la nulidad absoluta del contrato de gestión comercial adjudicado a la sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A., por encontrarse viciada de nulidad la Resolución de Adjudicación No. 130 del 28 de febrero de 2007, como consecuencia de la conducta asumida por la entidad demandada en el procedimiento precontractual.

Replicó que el *informe del comité de evaluación* no tenía la connotación de un acto administrativo, por tratarse de una actuación de trámite que por su naturaleza no era susceptible de ser demandada en sede judicial.

Agregó que el *informe de evaluación* era el acto por el cual la Administración daba a conocer la calificación asignada a los oferentes, de acuerdo con los factores contenidos en el pliego, sin embargo, dicho documento no decidía la adjudicación, ni le confería al proponente el derecho a exigirla, por cuanto se trató de una recomendación que debía ser resuelta por el funcionario que ostentara competencia para ese efecto, quien además habría de tener libertad para apartarse de la evaluación del comité.

En esa línea, consideró desajustado exigir que se demandara la decisión del Comité de Evaluación, en cuanto no creaba una situación jurídica particular, ni ponía fin al proceso precontractual, afirmaciones que hizo extensivas a la respuesta a las observaciones presentadas contra dicho documento.

Finalmente, reiteró los argumentos de reproche contra el acto de adjudicación expuestos en la demanda.

**9. Actuación en segunda instancia**

Mediante providencia del 8 de febrero de 2013 se admitió el recurso de la parte demandante[[4]](#footnote-4).

Por medio de providencia del 8 de marzo de 2013 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales, y al Ministerio Público para que rindiera concepto[[5]](#footnote-5).

Tanto la parte actora como la demandada presentaron alegaciones, en las cuales, en esencia, insistieron en los argumentos que soportaron la causa y la contradicción, respectivamente.

La vista fiscal rindió concepto, de conformidad con el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, tras advertir que el demandante debió demandar el acto de descalificación de su propuesta.

**CONSIDERACIONES:**

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que revocará la sentencia y accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para justificar la decisión se analizarán los siguientes temas: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer asuntos en los que es parte una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter estatal; ii) el control judicial a los actos pre-contractuales expedidos por las entidades excluidas de la Ley 80. Referencia concreta a las ESPD de carácter estatal; iii) oportunidad de la acción; iv) el control judicial de los actos administrativos de trámite que se profieren durante el proceso de selección: evaluación de ofertas y respuestas a las observaciones contra el anterior informe; v) las pruebas que obran el expediente; vi) el régimen contractual de las entidades excluidas de la Ley 80. Referencia especial a la configuración de los procesos de selección, al interior de lo cual se estudiará: a) la capacidad creadora de reglas para el procedimiento contractual y b) la subsanabilidad e insubsanabilidad de las ofertas: fundamento jurídico de la institución y participación de los manuales de contratación en su configuración; vii) el análisis del caso concreto, que incluye el estudio de: a) los requisitos del pliego de condiciones y la subsanabilidad de las deficiencias de las ofertas y b) el direccionamiento del procedimiento de selección para favorecer al adjudicatario: razón para la declaración de nulidad del acto de adjudicación; viii) la descalificación de la propuesta de Aguas de los Andes S.A. E.S.P.; ix) la causal de nulidad aplicable a los contratos de entidades excluidas de la Ley 80, en caso de nulidad de los actos precontractuales en que se funda el contrato: restituciones mutuas; x) declaración oficiosa de otra causal de nulidad: asignación ilegal de actividades propias de la prestación de un servicio público a una empresa no constituida como prestadora de SPD, como lo exige la Ley 142 de 1994 y xi) costas.

**1. Competencia del Consejo de Estado para conocer asuntos en los que es parte una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter estatal**

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas:

*“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.*

*“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)*

En esta oportunidad se somete a consideración el examen de legalidad del contrato y del acto administrativo vertido en la Resolución No. 130 del 28 de febrero de 2007, por medio del cual las Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. adjudicó el contrato de gestión comercial para la ejecución de procesos comerciales de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo del municipio de Neiva.

Se precisa que Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. fue creada como establecimiento público mediante el Acuerdo No. 025 de 1959; luego se transformó en empresa industrial y comercial, a través de Acuerdo No. 011 del 9 de marzo de 1987; y finalmente como una E.S.P., según Decreto 286 del 4 de septiembre de 1997[[6]](#footnote-6). En esa medida, se trata de una entidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en armonía con lo establecido en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998[[7]](#footnote-7).

Así las cosas, como el asunto que ocupa la atención de la Sala estriba en examinar la validez tanto del contrato como del acto administrativo de adjudicación de una invitación pública cuyo objeto era la celebración de un negocio jurídico de gestión comercial, expedido por una entidad de naturaleza estatal, al margen del régimen legal de contratación que lo informe, esta jurisdicción es la competente para decidirlo.

También le asiste competencia a la Sala para conocer la presente causa, en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $12.306’671.000, por concepto del lucro cesante sufrido por la demandante al no resultar favorecida con la adjudicación, monto superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($216’850.000)[[8]](#footnote-8), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. Control judicial a los actos pre-contractuales expedidos por las entidades excluidas de la Ley 80. Referencia concreta a las ESPD de carácter estatal**

Para revisar la procedencia de la acción que se formula, *prima facie* resulta necesario examinar la naturaleza del acto que se enjuicia, expedido por la entidad demandada, esto es, si corresponde a un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Antes de pronunciarse sobre el caso concreto, la Sala no puede pasar por alto el estudio acerca de la *naturaleza* y la posibilidad de *controlar judicialmente* las actuaciones propias del trámite precontractual que adelantan las entidades estatales *excluidas de la Ley 80* de 1993. La cuestión es importante, pese a que ninguna de las partes objeta esta posibilidad, porque el juez de primera y de segunda instancia deben esclarecer de dónde proviene su jurisdicción y su competencia.

Para empezar, se parte de reconocer que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el *privado*, de manera preponderante, como ordenador y determinador del aspecto sustantivo del negocio jurídico; y los *principios* de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado.

Esta combinación de ordenamientos es clara en vigencia del artículo 13 de la Ley 1150[[9]](#footnote-9), pero no lo fue antes de esta fecha, sin embargo, fue ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, de allí que impulsaron al legislador para recoger ese clamor.

Esta circunstancia ofrece en la actualidad problemas genuinos, poco imaginables en el pasado, concretamente: ¿qué naturaleza tienen los actos pre-contractuales, qué naturaleza tiene el contrato y qué naturaleza tienen los actos contractuales y hasta los post-contratuales, cuando los expiden entidades excluidas de la Ley 80? En torno a esta inquietud, y por lo menos desde el punto de vista lógico, son admisibles tres respuestas:

*i)* Primera, que como la actividad pre-contractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza *civil o mercantil*, y su juez es la justicia ordinaria.

*ii)* Segunda, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en *actos civiles o mercantiles*, pero su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque las partes del proceso y no el régimen del acto son las que definen la jurisdicción.

*iii)* Tercera, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en *actos administrativos* y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien los controla.

Las tres posturas tienen diferencias parciales, pero también semejanzas, y conviene precisar la posición del Consejo de Estado, de la cual procede la definición de la jurisdicción para conocer de estos asuntos.

En una sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 13 de abril de 2011 –exp. 37.423, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa-, la Sala juzgó la validez del reglamento interno de contratación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. La entidad pública se defendió en el proceso negando la naturaleza administrativa del acto que contenía el procedimiento de contratación, por tanto, desconociendo la posibilidad de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo controlara a través de la acción de simple nulidad. La Subsección C concluyó que se trata de un *acto administrativo*, concretamente de un *reglamento*, por las siguientes razones:

*“Para la Sala resulta indispensable pronunciarse sobre este punto por dos razones. En primer lugar, porque la entidad demandada, al interponer el recurso de apelación, alegó que los actos demandados habían sido expedidos por la Junta Directiva de la ETB en cumplimiento de una disposición estatutaria amparada por el derecho privado y, por tanto, no se habían expedido en ejercicio de función administrativa. (…).*

*“Así las cosas, la intervención del Estado en materias ligadas con los fines sociales de este, hace que la normatividad aplicable no pueda ser en términos absolutos de derecho común, sino por el contrario, un régimen jurídico con un alto contenido de un derecho especial, esto es, el de derecho administrativo.*

*(…)*

*“Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los* ***actos necesarios para su administración,*** *en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional.*

*(…)*

*“En conclusión, el régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado, las características antes señaladas justifican que en algunos casos y para determinadas actuaciones se aplique el derecho público. Así las cosas, no es extraño que en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos administrativos y a las decisiones tomadas dentro de los mismos se les de la naturaleza de actos administrativos.*

*“Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, los actos demandados deben ser calificados como actos administrativos”.*

Para la Sala, el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido. Por ejemplo, buena parte del régimen de la seguridad social –Ley 100 de 1993- rige en el sector privado y en el sector público, no obstante, cuando la Administración lo aplica, para conceder o negar prestaciones sociales o de salud, el acto que lo contiene es *administrativo*. En este evento no importa si la norma laboral es privada o pública, porque en cualquier caso el acto que concreta una situación jurídica particular o subjetiva es *administrativo*.

Lo mismo sucede con los *contratos estatales*, cuya naturaleza se intentó diferenciar hace muchos años. En la década de los 90’ algunos pensaron que si el negocio se regía por el derecho privado el contrato era civil o mercantil –según el caso-, y si se regía por el derecho público el contrato era estatal. Rápidamente el Consejo de Estado concluyó que el régimen jurídico no determina su naturaleza y que era la calidad de las partes la que lo hacía.

Como consecuencia, para precisar la naturaleza resulta intrascendente que el contrato se rija por la Ley 80 o por el derecho privado, lo determinante es que una de las partes del negocio tenga el carácter de entidad estatal.

Aplicadas estas ideas al tema general que se examina, la inquietud que emerge es si los actos del trámite pre-contractual de las entidades excluidas son administrativos o tienen naturaleza civil o mercantil, con la incidencia que esto representa sobre el control judicial de los mismos y sobre los medios de control que admiten.

Para la Sala, se trata de *actos administrativos*, bien de *trámite* o bien *definitivos*, porque esta naturaleza no depende –se insiste- del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es *administrativo* y es controlable por la justicia administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA -hoy artículos 103 a 105 del CPACA-.

Para confirmar esta conclusión, la Sección Tercera, en la sentencia del 20 de abril de 2005 –exp. 14.519, CP. Ramiro Saavedra Becerra-, ya había declarado que la adjudicación de un procedimiento de contratación de una entidad estatal regida por normas privadas es un *acto* *administrativo*:

*“Se observa, en efecto, que recibidas y calificadas las propuestas por parte de la Universidad del Tolima, ésta decidió contratar con el señor Sierra, lo que significa que le adjudicó el contrato a este cotizante; aunque tal decisión no esté contenida en una resolución que así lo declare de manera expresa, constituye un acto administrativo cuya existencia se deduce de varios documentos:*

*“(…).*

*“Ya la sala en un caso similar en el que se comunicó a uno de los proponentes mediante un oficio del representante legal de la entidad, la decisión que había adoptado con relación a su propuesta y le informaba a quién había adjudicado el contrato, consideró que ese oficio cumplía con los atributos propios del acto administrativo, como quiera que provenía del funcionario competente, definía las expectativas del proponente frente a la adjudicación y culminaba la etapa de selección, (sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 10.832). 12 Auto del 14 de agosto de 2003. Expediente 25000232600020012509 01 (22.848)”.*

En un supuesto idéntico al del caso *sub iudice* -auto del 1 de febrero de 2011, Sección Tercera, Subsección C, exp. 42.109. CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz- un consorcio demandó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá porque no le adjudicó un proceso de contratación. La Sala calificó el acto demandado como *administrativo*, y expresó que: “*En el sub lite, se demandó la nulidad del acto administrativo proferido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de fecha 08 de noviembre de 2010 que declaró desierta la licitación No. ICGH-0248-2010…”.* Agregó que: *“… resulta claro el hecho de que el acto administrativo que declara desierta una licitación, como el que aquí se demanda, es un acto previo al contrato y que por tanto el término para intentar la acción es el de 30 días...”*.

Esta perspectiva la reiteró la Subsección A en la sentencia del 12 de febrero de 2014 –exp. 28.209, CP. Mauricio Fajardo Gómez-. Sostuvo que la decisión de una entidad financiera de naturaleza pública de no adjudicar un contrato, producto de una invitación privada formulada al amparo del derecho comercial, contenía una manifestación unilateral de la Administración que produjo efectos jurídicos, puesto que fue a partir de su conocimiento que el interesado vio frustrado su interés legítimo en la contratación:

*“Todo lo anterior basta para concluir que el oficio No. 193 del 1 de febrero de 2000, en cuanto contuvo la decisión de no adjudicar el contrato a alguno de los proponentes y, por ende, produjo efectos jurídicos en la medida en que puso fin al procedimiento de selección e impidió al oferente que tenía el legítimo derecho a celebrar el contrato, constituyó un verdadero acto administrativo, por tanto susceptible de ser enjuiciado a través de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho que ahora se decide en segunda instancia”.*

De conformidad con lo expresado, toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de *actos administrativos* -siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos-, por tanto es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[[10]](#footnote-10). Esta conclusión, respaldada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad pública y los derechos fundamentales.

La naturaleza del acto y su control se conecta con el *primer principio,* porque la existencia de un procedimiento no sólo resulta útil a quien lo realiza, para tomar una buena decisión, sino que sirve a la sociedad para garantizar que la entidad estatal que lo adelanta cumpla con las normas que lo regulan.

En relación con el *principio de legalidad*, no se *desvanece* porque la Administración se rija por el derecho privado, aunque no se niega que se *relaja* sustancialmente –so pretexto de acertar en la toma de ciertas decisiones que conviene regir por este sistema de derecho-. Sin embargo, los principios de la función administrativa siguen vinculados a la actuación contractual del Estado sin importar el régimen sustantivo del negocio jurídico, cuestión que justifica, adicionalmente, que el principio de legalidad se incorpore a ese sistema y por tanto se utilice para que la jurisdicción controle a la Administración.

Sobre el *control al ejercicio de la actividad administrativa*, los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho dependen de que el acto enjuiciado sea *administrativo*, así que otra clase de decisión no tiene control a través de estos medios procesales. El juez administrativo, consciente de la *función de apertura y cierre* que tiene la calidad de *acto administrativo* o de *acto civil o mercantil* de las decisiones de la Administración, no puede declinar ante el deber constitucional que tiene de controlar el poder público, para lo cual debe favorecer los instrumentos y los medios que aseguren la racionalidad y la libertad que garantiza el ejercicio del control sobre las decisiones de la Administración.

Finalmente, los *derechos fundamentales* también se encuentran involucrados en la respuesta que el Consejo de Estado le ha dado a la pregunta por la naturaleza de los actos propios del procedimiento pre-contractual y contractual de las entidades excluidas de la Ley 80. En efecto, calificar un procedimiento de administrativo o dejar de hacerlo, y calificar un acto de administrativo o de mercantil tiene incidencia en la intensidad de la vigencia y protección de los derechos fundamentales: si la actuación y el acto son administrativos se intensifica el grado de vinculación de la entidad excluida a los derechos fundamentales.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo reconoce conscientemente esa relación, y apoyada en un juicio de ponderación elige la calificación o naturaleza jurídica que más garantías ofrece al sistema constitucional completo: *el procedimiento es administrativo porque lo realiza la administración para cumplir una función administrativa asignada por el ordenamiento; y el acto es administrativo porque contiene una decisión enjuiciable ante la jurisdicción.*

Esta elección, en todo caso, respeta el régimen sustantivo de derecho privado aplicable a las entidades excluidas -atenuado con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, más la vigencia de los derechos fundamentales-. Por eso, se trata de una verdadera *ponderación* de valores y principios, porque el sacrificio de unos y otros no afecta la esencia de cada institución, pero se armonizan para que cada uno aporte lo mejor de su contenido, para construir una alternativa de derecho aplicable a la Administración.

**3. Oportunidad de la acción**

Sobre la procedencia y la oportunidad de la acción cuando se pretende la nulidad de actos previos expedidos con ocasión de la actividad contractual, esta Subsección se ha pronunciado sobre los distintos supuestos fácticos que pueden presentarse en relación con su marco temporal y las consecuencias que, en relación con las aspiraciones económicas, se derivan en cada caso.

Un supuesto fáctico que tiene cabida es el que, en efecto, concurre en la presente causa y que alude a que el contrato producto del acto de adjudicación censurado se celebra antes de vencer los treinta (30) días que el interesado tiene para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto previo y la demanda se presenta dentro de los treinta (30) días previstos en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., caso en el cual se deberá acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción contractual, pretendiendo la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación y la nulidad de este último, pero en todo caso conservando la posibilidad de pretender el respectivo efecto económico resarcitorio[[11]](#footnote-11).

La demanda se presentó el 18 de abril de 2007, en ejercicio de la acción contractual, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 130 del 28 de febrero de 2007, mediante la cual Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. adjudicó la Invitación Pública No. 002 de 2006 a la sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A., así como la nulidad absoluta del Contrato No. 01 de 2007 de gestión comercial, celebrado el 15 de marzo de 2007, como producto de la misma.

La Sala evidencia que el acto de adjudicación de la Invitación Pública No. 002 de 2006 se notificó el 28 de febrero de 2007, de ahí que el término de treinta (30) días habría empezado a correr a partir del día siguiente a esa fecha, esto es, del 1 de marzo de 2007 y se vencían el 19 de abril[[12]](#footnote-12) del mismo año.

Ahora bien, el Contrato No. 01 de 2007, resultado del procedimiento de selección, se celebró el 15 de marzo de 2007, en tanto que la presente acción se interpuso el 18 de abril de 2007, es decir, dentro de los 30 días de caducidad y con posterioridad a la celebración del contrato.

En ese orden de ideas, resulta propio concluir que la parte actora podía pretender, a través del ejercicio de la acción contractual, la declaratoria de ilegalidad del acto previo, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato con fundamento en lo anterior, así como el efecto resarcitorio que de ello emane.

Finalmente, cabe advertir que esta conclusión no habría de cambiar en el supuesto en que el acto de adjudicación se profiere como resultado de un procedimiento de selección sometido a las normas del derecho privado, como ocurrió en esta causa, incluso bajo el entendido de que el contrato producto de la convocatoria se perfecciona con el acto de adjudicación.

**4. Control judicial de los actos administrativos de trámite que se profieren durante el proceso de selección: *evaluación de ofertas y respuestas a las observaciones contra el anterior informe***

El Tribunal Administrativo del Huila declaró probada la excepción de inepta demanda, porque no se dirigió: i) contra el informe de evaluación de las propuestas, y ii) contra la respuesta a las observaciones formuladas contra el mismo, actos que excluyeron la propuesta de la demandante del procedimiento de selección.

El apelante objetó que el *informe del comité de evaluación* no es un acto administrativo, por tratarse de una actuación de trámite, que por naturaleza no es susceptible de ser demandada. Agregó que el *informe de evaluación* era el acto por el cual la Administración daba a conocer la calificación asignada a los oferentes, de acuerdo con los factores contenidos en el pliego, sin embargo, no decidía la adjudicación ni le confería al proponente el derecho a exigirla, por cuanto se trató de una recomendación que debía ser resuelta por el funcionario que ostentara competencia para ese efecto, quien además habría de tener libertad para apartarse de la evaluación emitida por el comité.

Para la Sala, de conformidad con lo explicado sobre la naturaleza de los actos que hacen parte del trámite de selección del contratista, en entidades excluidas de la Ley 80, el pliego de condiciones, la evaluación de las ofertas, la adjudicación del contrato, y en general los demás actos propios del trámite precontractual, son actos administrativos, bien de trámite, bien definitivos, incluso, bien de trámite que se tornan definitivos cuando hacen imposible continuar la actuación administrativa –artículo 50, inciso final, del CCA-.

En los tres eventos se trata de *actos administrativos*, por las razones expresadas arriba, así es que se equivoca el apelante al considerar que esas decisiones que el *a quo* echa de menos no son actos de la naturaleza indicada. El hecho de que sean de *trámite* no suprime su naturaleza jurídica principal, es decir, no solamente los actos definitivos son administrativos, los de trámite también lo son.

Quien duda de esta naturaleza de los *actos de trámite* suele aducir que no producen efectos jurídicos y que por tanto no vinculan, lo que es incorrecto, porque una cosa es que el *acto definitivo* decida la actuación administrativa de fondo y otra que los actos del trámite no decidan nada, así se trate de medidas de menor envergadura, pero necesarias para impulsar la actuación. Es el caso de la apertura de una actuación administrativa, cuya decisión es evidente; del decreto de pruebas, cuya decisión también es notoria, entre muchos otros actos de trámite.

Eso también acontece con estos actos, pues vinculan o deciden, pero en su respectiva esfera o espacio de decisión. Es el caso, aplicado a la contratación estatal, de los pliegos de condiciones, de la invitación o apertura de un proceso de selección, entre otros actos, cuya vocación de trámite es incuestionable, y difícilmente se discute que no sean actos administrativos, ni siquiera por la jurisprudencia de esta Sección.

De hecho, el artículo 87 del anterior CCA –hoy art. 141 del CPACA- confirma esta posición, porque autorizaba demandar los *actos previos* a la celebración del contrato, mediante las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, naturaleza de acto administrativo que es condición *sine qua non* para ejercer estos dos medios de control, pues solo proceden contra *actos administrativos.*

No obstante, lo anterior no significa que la decisión del tribunal sea correcta. En realidad también se equivocó, porque si bien en materia contractual es posible demandar autónomamente los actos administrativos del trámite contractual, no necesariamente hay que enjuiciarlos todos o algunos para pretender la nulidad absoluta del contrato.

En este punto cabe recordar que, como *regla general* aplicable al común de los procedimientos administrativos, no es posible demandar los *actos administrativos de trámite* a través de los medios de control existentes, sino el *acto administrativo definitivo* de los mismos, por razones de eficiencia y celeridad de las actuaciones administrativas, porque si se permitiera controvertirlos no sólo se congestionaría la administración de justicia sino que se desgastaría excesivamente la Administración tratando de tomar un decisión que adquiriera la firmeza necesaria para ejecutarla. Esta idea se apoyaba en el inciso primero del artículo 135 del CCA, que disponía: *“La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo”* (Resaltos fuera de texto).

Tratándose de las actuaciones propias de la actividad pre-contractual, la anterior regla se rompe en virtud de lo que dispuso el anterior art. 87 del CCA -hoy 141 del CPACA-, según se explicó antes, sin importar si el régimen que las gobierna es la Ley 80 o el derecho privado -combinado con los principios de la función administrativa-. Se trata de una verdadera excepción a un principio general e histórico del control judicial de los actos que dicta la Administración.

No obstante, las disposiciones que se analizan de ninguna manera suponen que la demanda contra la decisión definitiva exija incorporar la pretensión anulatoria de todos o de algunos actos del trámite. Si se produjo el acto definitivo, el demandante puede solicitar exclusivamente la nulidad del acto definitivo, por contener vicios autónomos o por contener los que se trasladan a él desde los actos del trámite.

En el mismo sentido, la nulidad del contrato se puede pretender con apoyo en la pretensión anulatoria del acto de adjudicación, sin que sea necesario, como lo exige el *a quo*, que también se demanden todos o algunos actos del trámite que participaron de la configuración, lenta y reposada, de la decisión definitiva. Por el contrario, al enjuiciar el *acto de adjudicación* se pueden recoger todos los defectos del trámite, a la manera convencional del control judicial del común de los procedimientos administrativos.

Por lo expuesto, la Sala revocará la decisión del tribunal, porque no era necesario dirigir la demanda de nulidad del contrato estatal contra el informe de evaluación de las propuestas, ni contra la respuesta a las observaciones formuladas contra el mismo. Inclusive, si el demandante hubiera actuado como lo reclamó el *a quo*, la ineptitud de la demanda habría sido evidente, porque le habría exigido demandar el acto definitivo que adjudicó el contrato, que se presume legal y por no removerse haría imposible tomar una decisión definitiva que tuviera efectos jurídicos, sin chocar con la decisión de la Administración, que permanecería en el ordenamiento jurídico.

Por las razones antes expresadas, la Sala estudiará de fondo las pretensiones de la demanda y la defensa de las demandadas.

**5. Pruebas que obran el expediente**

Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, concretamente las relevantes para resolver el caso *sub iudice*, y para fundamentar el sentido de la decisión que se adoptará, sin perjuicio de valorar muchas otras al estudiar el caso concreto.

a) Mediante la Resolución No. 0549 del 21 de noviembre de 2006, Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. ordenó la apertura de la Invitación Pública No. 002, para contratar la gestión comercial de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y la operación con inversión del programa de agua no contabilizada. En esa oportunidad se dispuso como fecha de apertura el 22 de noviembre de 2006 y como cierre el 12 de diciembre de 2006.

b) En el *pliego de condiciones* se consignó que el objeto de la convocatoria era la celebración de un contrato de gestión para la vinculación de clientes (suscriptores), proceso integral de facturación de consumos y demás cargos tarifarios, administración y conciliación de los recaudos, suspensión y reconexión del servicio por causas imputables al suscriptor, instalación y/o reposición de micromedidores, solución de anomalías asociadas a la medición, construcción o reposición de acometidas domiciliarias y la rehabilitación de redes locales de acueducto para los usuarios que recibieran el servicio de agua potable, alcantarillado y aseo e inversión y operación del programa de agua no contabilizada.

c) El anterior documento precontractual fue objeto de seis modificaciones –*adendos-*, mediante las cuales se variaron los requisitos de orden técnico y financiero y se amplió el plazo para presentar las propuestas -hasta el 27 de febrero de 2007-.

d) Al procedimiento de selección se presentaron dos oferentes: Operadores de Aguas y Energía S.A. y Aguas de los Andes S.A. E.S.P.

e) El 19 de febrero de 2007, el Comité rindió el informe de evaluación. Consideró que la propuesta de Aguas de los Andes S.A. E.S.P. no cumplió los requisitos de habilitación y que la única propuesta elegible era la de Operadores de Aguas y Energía S.A.

f) Luego de acoger el concepto del Comité Evaluador, Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P., a través de Resolución No. 130 del 28 de febrero de 2007, adjudicó la Invitación Pública a Operadores de Aguas y Energía S.A.

g) El 15 de marzo de 2007, Empresas Públicas de Neiva E.I.C.E. E.S.P. y Operadores de Aguas y Energía S.A. celebraron el Contrato de Gestión Comercial No. 01 de 2007.

h) En el expediente se encuentran los testimonios de Yanibe Figueroa Urriago, Melquisedec Vargas Cardozo y José Marcelino Triana Perdomo, quienes, en su condición de integrantes del Comité Evaluador declararon sobre lo que les constaba en relación con el procedimiento precontractual[[13]](#footnote-13).

i) La Sala observa que la parte actora, junto con su escrito de alegaciones presentado en primera instancia, aportó documentos para hacerlos valer como pruebas[[14]](#footnote-14). Sin embargo, no pueden apreciarse porque no se incorporaron en la oportunidad probatoria pertinente y, por eso, no reúnen las exigencias para considerarlos en segunda instancia.

**6. Régimen contractual de las entidades excluidas de la Ley 80. *Referencia especial a la configuración de los procesos de selección y a la subsanabilidad de ofertas***

Una de las cuestiones contractuales más complejas que vive la Administración pública moderna consiste en comprender el régimen de las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, discusión que está en la base de la cuestión que ofrece el caso concreto, cuya dificultad estriba, precisamente, en establecer el alcance de la competencia para contratar que tiene esta clase de entidades.

**6.1. Capacidad creadora de reglas para el procedimiento contractual**

El régimen contractual especial que rige a algunas entidades estatales, como la demandada en este proceso, ha provocado dificultades, desde el punto de vista de la comprensión teórica, incluso práctica, porque una es la claridad de la declaración legal de exclusión de la Ley 80 de 1993 y otra la concreción de esa realidad normativa.

Entre los debates álgidos se encuentra la identificación del régimen jurídico aplicable a estas entidades, porque una cuestión es señalar que formalmente se rigen por el derecho privado y otra comprender el alcance y los efectos que tienen las excepciones que también las vinculan. Precisamente, en este contexto conviene hacer las precisiones que siguen, para enfocar correctamente cualquier problema contractual de una entidad excluida de la Ley 80.

Para empezar, y en *primer lugar*, se señala que el régimen contractual no es exclusivamente el derecho privado, sino una combinación de éste con los principios de la función administrativa. Esta conclusión aplica tanto a partir de la vigencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –norma en la cual el legislador positivizó esta idea-, como desde antes, cuando la doctrina y la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho, llegaron a esta conclusión.

Por esta combinación, el régimen adquiere un cariz peculiar en cuanto a la naturaleza de las normas que finalmente se aplican, porque la mezcla de ordenamientos produce un sistema jurídico difícil de identificar, teniendo en cuenta que existen suficientes argumentos para afirmar que se trata de derecho privado puro, aunque la simbiosis produce disposiciones con cargado acento público. La comprensión de esta mezcla forma parte de los debates fuertes que enfrentan el derecho privado y el derecho administrativo, por la cercanía de esta normativa contractual.

En *segundo lugar*, se destaca que la necesidad de aplicarle los principios de la función administrativa, y hasta los de la gestión fiscal, a las entidades excluidas de la Ley 80 condujo a esas entidades a expedir estatutos internos o *manuales de contratación* que dispusieran la manera de balancearlos. Esto provocó la proliferación de normas especiales, porque cada entidad cuenta con un manual donde se establece la manera de contratar con ella.

En la actualidad, por cuenta de estos reglamentos, el ordenamiento contractual es una suma de regulaciones institucionales concretas, con validez y vigencia exclusiva en una organización.

En *tercer lugar*, encuentra la Sala que la controvertida naturaleza del reglamento de contratación también forma parte del debate, porque, como consecuencia de los aspectos indicados antes, algunos creen que la disposición que lo recoge es un *acto civil o mercantil*; y otros consideran que se trata de un *reglamento administrativo*. Afortunadamente la discusión quedó zanjada en la sentencia citada arriba, en la cual se consideró que se trata de un acto administrativo, del tipo de los reglamentos. De esta manera se redujo parcialmente una parte de todos estos debates, pero se abrieron otros.

En *cuarto lugar*, se observa que la libertad y/o las limitaciones regulatorias que tienen las entidades excluidas para dictar reglamentos internos forma parte de otra álgida discusión. Este aspecto se refiere a la posibilidad de establecer reglas contractuales de diverso contenido, por ejemplo, procedimientos de selección. La Sala, en la sentencia citada en el punto anterior implícitamente admitió no solo la existencia de esas disposiciones sino de alguna parte de su contenido.

Adicionalmente, considera esta Sala que las entidades excluidas de la Ley 80, al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de formas del derecho privado, sumado al deber de respetar los principios de publicidad y trasparencia, pueden establecer reglas de selección, es decir, trámites que garanticen la oportunidad de que varias o muchas personas participen de la contratación de los bienes y servicios que requieren las entidades del Estado.

No obstante, la capacidad creadora tiene límites, que la Sala no puede establecer en abstracto pero sí advertir que no es posible afectar la reserva de ley que tienen muchas materias; por ejemplo la capacidad para contratar, la atribución de poderes exorbitantes, la creación de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros temas.

*Finalmente*, en medio del universo de problemáticas que suscita no solo la posibilidad de no regirse por la Ley 80 de 1993 –y por la Ley 1150 de 2007- sino también la de expedir un reglamento de contratación, con vigencia exclusiva para una entidad estatal, lo cierto es que el régimen contractual de estas entidades queda sujeto a una combinación muy incierta, pero efectiva: *al derecho privado, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y al reglamento interno de contratación, que en el fondo pondera parte de los dos regímenes anteriores.*

De conformidad con esta conclusión, una vez reglamentada parte de la libertad contractual, por exigencia de la ley, se abandona y se convierte en regla, y en adelante vincula con la fuerza propia del reglamento. De allí que la entidad excluida pierde libertad y se sujeta a su reglamento[[15]](#footnote-15). Claro está que en lo no previsto allí se conserva la remisión pura al derecho privado y a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Examinado el tema en retrospectiva, todo indica que la influencia más fuerte que ejercen los principios públicos en la actividad contractual de las entidades excluidas se presenta durante el procedimiento de selección de contratistas, porque en este *iter* se incrementan las razones y justificaciones para que rijan, con más fuerza que en otros momentos, la publicidad, la transparencia, la igualdad, la moralidad, entre otros principios. No obstante, en las siguientes etapas también aplican, solo que la localización indicada antes es especialmente extraordinaria.

A la inversa, la influencia del derecho privado puro se refleja mejor en ciertos lugares de la contratación, como en la tipología contractual y en la inclusión de cláusulas para ellos. De hecho, buena parte de estos contenidos carecen de referencias concretas en el derecho público, así que el derecho privado ilumina la materia con casi exclusividad.

Resumiendo las anteriores ideas, en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el *derecho privado*, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a *los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal* –pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares-, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el *régimen preponderante* domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el *régimen inspirador* influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica –normalmente no por orden de una norma- de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público.

**6.2. Subsanabilidad e insubsanabilidad de las ofertas: *fundamento jurídico de la institución en entidades excluidas de la Ley 80 y participación de los manuales de contratación en su configuración***

Entre los temas que concretan el debate referenciado en el numeral anterior, y para los efectos del análisis posterior que se hará al estudiar el caso concreto, la Sala encuentra que la *presentación* y *evaluación de las ofertas* pertenece a uno de esos *iter* del contrato, y concretamente de la etapa de selección, cuya problemática confronta las *reglas* y los *principios* del derecho privado con los *principios* de la función administrativa y los de la gestión fiscal.

La Sala entiende que la existencia de procesos de selección de contratistas, que si bien no es necesaria en el derecho privado -pero posible y por eso no es extraña-, convoca, con cierto automatismo, la presencia de valores especiales arraigados en procesos en los cuales participan varios oferentes. Es el caso de la manera de concretar la participación libre, la selección abierta y, por tanto, la evaluación de las ofertas que se presentan.

En esta clase de procesos administrativos los principios del derecho público hacen obligatorio lo que en el derecho privado es apenas una posibilidad: *la necesidad de incorporar estrictamente la objetividad –no la subjetividad- entre las reglas de selección y escogencia*. Esta variable impone incluir *reglas de elección*, que además se evalúen de manera imparcial. Este criterio, unido al hecho de que lo que se contrata se paga con recursos del erario, justifica que la libertad de elección tenga límites cuando el presupuesto público respalda la compra.

Al interior de este criterio surge con fuerza la cuestión de la manera de evaluar las ofertas, sobre todo en el escenario crítico de la insuficiencia de requisitos o de la manera de acreditarlos. Definitivamente la cuestión ofrece una sola respuesta: *los defectos de las ofertas presentadas en procesos de contratación adelantados por entidades excluidas de la Ley 80 pueden y deben subsanarse, cuando no afecten principios de mayor valor*.

Esta conclusión no solo es admisible al interior del derecho privado, donde la libertad de formas y de procedimientos es la regla general, sino, incluso, al interior de los principios de la función administrativa, donde la posibilidad de subsanar los defectos garantiza la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental –artículo 228 de la CP.- y protege la igualdad material de acceso a los contratos del Estado.

En sentencia de esta Subsección, del 10 de febrero de 2016, expediente 38.696-, la Sala ya se expresó sobre este aspecto:

*“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[[16]](#footnote-16). 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 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[[17]](#footnote-17) 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.*

*“Asi 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.” (Negrillas fuera de texto)*

En todo caso, la claridad sobre la manera de subsanar las ofertas dista mucho entre las entidades regidas por la Ley 80 y las excluidas de ella, porque si bien la casuística tiende a ser la misma en ambos sectores, las normas con las que se solucionan los problemas son diferentes.

En este sentido, tratándose de las Leyes 80 y 1150, la preocupación alcanzó tal nivel de inquietud y complejidad que finalmente la última norma citada señaló, con más claridad y decisión que la norma anterior, en el parágrafo 1 del artículo 5, que la regla de subsanabilidad es la siguiente:

*“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”.*

Al tenor de esta norma, la subsanabilidad es la regla general, que por cierto garantiza la participación y también la racionalidad en la toma de decisiones económicas; no obstante, en el evento previsto en la disposición citada –asignación de puntaje al oferente- los requisitos no satisfechos son insubsanables.

Una regla semejante no existe en el derecho privado, ni es evidente por sí misma al interior de los principios tanto del derecho privado como del derecho público; sin embargo, de los *principios* que rigen ambos ordenamientos es posible inferir que lo que en la Ley 80 es una *regla* –en sentido estricto del término-, en ellos forma parte del contenido que inspiran. En este horizonte, valores como la *informalidad* propia del derecho privado y la *eficacia* en los negocios jurídicos autoriza que los defectos de las ofertas sean corregibles por el proponente; y principios como la primacía de la sustancia sobre la forma y también el de la eficacia autorizan en el derecho público que también se puedan corregir.

Como consecuencia, la institución de la subsanabilidad se ajusta a los dos ordenamientos que inspiran el régimen mixto que rige a las entidades excluidas, incluso allí con sobradas razones, porque si en la Ley 80 no solo es posible sino que se trata de un derecho del proponente, en el derecho privado se incrementan las razones para llegar a la misma conclusión, pues su libertad más amplia y la informalidad incrementada autorizan que las entidades busquen entre los oferentes acercamientos efectivos para realizar negocios más flexibles que los que permite el derecho administrativo, lo que incluye superar y corregir con más efectividad los defectos de las ofertas.

De esta manera, la posibilidad de subsanar procede de lugares distintos, pero coinciden en lo fundamental: *la oportunidad de corregir los defectos de las propuestas, para asegurar el derecho a participar en el acceso a los contratos del Estado*.

No obstante lo expresado, en las entidades excluidas surge una cuestión adicional, y la Sala reconoce su existencia. En medio de la amplia libertad de la que gozan para establecer procesos de selección, limitada por los principios del mismo derecho privado y desde luego que por los del derecho administrativo, los *reglamentos internos de contratación* pueden *auto-regularse,* pueden *auto-organizarse* y establecer reglas propias de subsanabilidad –un equivalente adecuado al artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150-. Cuando actúan de este modo, sano en términos de transparencia, igualdad y publicidad, eligen una posibilidad de obrar, entre muchas otras, en cuyo evento crean una *regla* de obligatoria observancia.

Cuando así sucede, la decisión de casos concretos sobre la subsanabilidad de los defectos de las ofertas queda atada a la regla interna y no es posible abrirse a una multitud de posibilidades de actuación porque la entidad excluida eligió la manera de proceder en esos casos.

Esta idea procede del hecho de estarse ante un *reglamento administrativo*, que dispone, por ejemplo, los procedimientos para celebrar los contratos, o cuántas ofertas se deben obtener, o de qué manera se divulgará la convocatoria, entre muchos otros temas. De esta manera, cuando los criterios de subsanabilidad se vierten en una *regla interna*, es decir, cuando abandonan la forma más etérea de principio -del cual procede la institución- vinculan de manera directa a partir de allí, y los principios que la inspiraron, a partir de los cuales se formó la regla, pasan a cumplir la función propia de ellos: integrar el ordenamiento, interpretar el ordenamiento o llenar lagunas del mismo. De esa manera, la *regla* y los *principios* se armonizan.

Claro está que no cualquier *regla de subsanabilidad* elegida por el reglamento interno satisface los principios que inspiran la institución, porque si una entidad excluida crea una que agrede los principios estará viciada de nulidad. Esto significa que entre un abanico de posibilidades de creación de la regla, algunas son ilegales y otras se ajustan al ordenamiento privado y al público, las entidades deben escoger las últimas.

La idea general que sienta la Sala es que la subsanabilidad es la regla general en los procesos de contratación de las entidades excluidas, y así debe reflejarse en el reglamento interno de contratación, idea que se apoya en los principios del derecho privado y también de los del derecho público. Con especial énfasis se sabe que el artículo 228 de la CP. y que los principios de eficiencia y eficacia –artículo 209 CP- reprochan que los aspectos puramente formales prevalezcan en la valoración de las ofertas, contra la apertura efectiva de oportunidades para contratar con el Estado.

La culminación satisfactoria de los procesos de selección impone la vigencia de una especie de *principio de la utilidad de la oferta* en esta clase de contrataciones. Este principio significa que al interior de un procedimiento de contratación debe preferirse, buscarse, intentarse, que una oferta surta efectos frente al proponente, en lugar de impedir que lo haga, de allí que como regla de conducta administrativa la oferta debe ponerse, o permitirse que se ponga, en condiciones de competir efectivamente, para bien del proponente y de la propia entidad.

Esta conducta, sin embargo, no es acrítica ni ilimitada, se debe mantener siempre y cuando la conservación de la oferta en el procedimiento no afecte derechos y principios de mayor valor en la contratación estatal –igualdad de oportunidades, sana competencia económica, proscripción de la arbitrariedad, entre otros-, los cuales se valoran en cada caso concreto.

Finalmente, en medio de la amplitud de comportamientos, de elecciones y de oportunidades que admite el derecho privado, la regla básica de subsanabilidad para las entidades excluidas enseña que no puede ser menos garantista que la que rige en el derecho administrativo –artículo 5 de la Ley 1150 de 2007-, porque sería un contrasentido, que repugna el ordenamiento jurídico que les aplica, que lo subsanable en este ámbito sea más rígido e inflexible que en el régimen de las entidades vinculadas a la Ley 80. De no ser así se afectarían los principios que el legislador asignó para sus negocios.

Se trata de reconocer que en este lugar existen oportunidades superiores de subsanabilidad, ajustadas a la filosofía de los negocios del derecho privado, que defiende y resiste fuertemente dos características o atributos: i) la *conservación de las ofertas* presentadas, mediante la maximización de las oportunidades para corregirlas, actitud por la que se inclinan natural y espontáneamente los particulares; y ii) la *conservación del proceso de contratación*, porque el mundo de los negocios civiles y mercantiles se esfuerza hasta el límite en que produzca los resultados esperados.

Lo anterior explica y justifica adecuadamente por qué se amplían las razones que admiten la subsanabilidad reforzada y aumentada en el ámbito de las entidades excluidas de la Ley 80.

**7. Análisis del caso concreto**

A partir de lo expresado en los numerales anteriores –ideas con las cuales se estudiará el caso concreto-, y teniendo en cuenta que el apelante pretende la declaración de nulidad absoluta del contrato sobre la base de la declaración de nulidad del acto de adjudicación, como lo autoriza y exige el artículo 87 del CCA., se recuerda que el apelante señala que en el trámite de la Invitación Pública No. 002 de 2006, EPN incurrió en conductas que dejaron entrever su intención de direccionar el procedimiento de selección para favorecer la oferta presentada por Operadores de Aguas y Energía S.A., al extremo de adjudicarle la invitación pública, lo cual vició de nulidad el acto de adjudicación y el contrato celebrado, por vulnerar normas superiores e impedir que se concretara el principio de selección objetiva.

Las prácticas censuradas por la parte actora se tradujeron en las siguientes conductas:

i) Establecer requisitos técnicos en los pliegos que no atendían a las características del municipio convocante en relación con el número de usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado.

ii) Creación de la figura del *asistente técnico calificado* para facilitar la participación de la recién creada sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A., quien no contaba con la experiencia suficiente.

iii) Reducir la exigencia financiera del patrimonio neto.

iv) Aumentar el capital de trabajo cuya acreditación podía cumplirse a través de títulos valores de tesorería que no servían para ese propósito.

v) Aumentar el plazo otorgado para presentar ofertas de manera intencional para permitir la participación de Operadores de Aguas y Energía S.A.

vi) Aceptar la propuesta de esta oferente a pesar de que la compra del pliego se realizó por una sociedad diferente.

Finalmente, el apelante cuestionó la decisión del Comité Evaluador mediante la cual desestimó su propuesta, porque no reunía los requisitos de elegibilidad.

Teniendo en consideración este escenario, procede la Sala a resolver los cargos de inconformidad, que se estructuran en dos grandes grupos: *primero,* los que atacan el concepto del Comité Evaluador, de conformidad con los cuales se consideró no elegible la propuesta del demandante, y *segundo*, los que aseguran que el procedimiento de selección fue manipulado para favorecer a Operadores de Aguas y Energía S.A.

**7.1. Evaluación de los requisitos del pliego de condiciones y *subsanabilidad* de las deficiencias de las ofertas**

**i) Compra de los pliegos por parte de una sociedad distinta del proponente ganador**

El actor esgrimió que la propuesta de Operadores de Aguas y Energía S.A. no debió aceptarse porque el recibo de compra de los pliegos se expidió a nombre de una sociedad diferente, denominada Neptuno S.A.

Para resolver este cargo hay que remitirse al pliego de condiciones, que en el numeral 4.2.1 dispuso:

*“4.2.1. Información para evaluar los requisitos jurídicos. (…).*

*“7.- Copia de la consignación mediante la cual se acredita el pago por la compra del Pliego de Condiciones y diligenciamiento del Formulario No. 3”.*

En el expediente se encuentra el recibo de caja No. 0932, donde consta la adquisición de los pliegos de condiciones, realizada el 21 de diciembre de 2006, a nombre de la sociedad NEPTUNO (Manuel Villa H)[[18]](#footnote-18). También consta un oficio suscrito el 21 de diciembre del mismo año, por el señor Manuel Villa, quien se identificó como Gerente de Neptuno Operadores de Aguas y Energía S.A., mediante el cual le informó a Empresas Públicas de Neiva que autorizaba al señor Jaime Díaz Ortiz para retirar los pliegos correspondientes a la convocatoria pública No. 02 de 2006[[19]](#footnote-19).

El 1 de febrero del 2007 el señor Manuel Villa, en condición de Gerente de Operadores de Aguas y Energías S.A., informó a Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P., que si bien el recibo de compra de los pliegos de la convocatoria en mención fue expedido por EPN a nombre de Neptuno (Manuel Villa), la razón obedeció a que era la denominación que se tenía prevista inicialmente para la persona jurídica que presentaría la propuesta, no obstante, el nombre asignado posteriormente fue *Operadores de Aguas y Energía S.AS.,* respecto de la cual él ejercía la representación legal.

Mediante escrito del 12 de febrero de 2007, Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P. se pronunció frente a la anterior manifestación, en los siguientes términos:

*“En el caso por usted mencionado, al parecer se trata de la adquisición de los pliegos a nombre de Neptuno S.A., en fecha en la cual no había sido legalmente registrada la Sociedad ante la Cámara de Comercio correspondiente, y finalmente cumplido dicho trámite se denominó Operadores de Aguas y Energía S.A..(…). Por vía general debe coincidir el nombre del proponente con el nombre de quien adquirió oportunamente los pliegos, sin que sea viable la cesión de ese derecho o posición.*

*“Ahora, (…), corresponde al proponente aportar al momento de presentación de la propuesta los documentos idóneos que prueben fehacientemente que adquirente y proponente de los pliegos y proponentes, son la misma persona y en consecuencia es hábil para participar en el proceso con los pliegos adquiridos”.*

A su turno, obra un escrito del 12 de febrero de 2007, con el cual el señor Manuel Villa, Gerente de Operadores de Aguas y Energía S.A., explicó a Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P., que:

*“Tal como lo pudo aclarar el Dr. JAIME DÍAZ ORTÍZ, Gerente-suplente de la sociedad OPERADORES DE AGUA Y ENERGÍA S.A., en la reunión de enero 31 pasado, el pliego para presentar ofertas en la convocatoria 02-2006, se adquirió a nombre de NEPTUNO – OPERADORES DE AGUA ENERGÍA S.A., denominación social que inicialmente se quiso adoptar para la sociedad que represento y nombre que igualmente iba a asumir la UT que se conformaría para presentar la citada oferta que en razón a, primero, el cambio de posibilidad de conformación de proponentes, admitiéndose la del asistente técnico calificado y, segundo, a que la Cámara de Comercio de Bogotá en fecha diciembre 21 de 2006, se abstuvo de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil, puesto que ya existía otra con ese nombre, se optó porque el registro definitivo quedara como OPERADORES DE AGUA Y ENERGÍA S.A. eliminando la denominación NEPTUNO que inicialmente se había incluido (…)”[[20]](#footnote-20).*

Al anterior documento se acompañó un oficio expedido el 21 de diciembre de 2006, por el cual la Cámara de Comercio de Bogotá informó al señor Manuel Villa que, en atención a “*que el nombre escogido corresponde al registrado por otra sociedad o establecimiento de comercio NEPTUNO, (…) es necesario modificar el nombre*…”.

Del recuento expuesto, la Sala advierte -en el contexto de las posibilidades de subsanabilidad de las ofertas, explicado antes- que si bien en la propuesta presentada por Operadores de Aguas y Energía S.A. se acompañó el recibo de pago de los pliegos de condiciones, donde consta que los adquirió la sociedad Neptuno, ciertamente se allegaron las aclaraciones del caso, en virtud de las cuales se precisó que no existía falta de identidad entre el adquirente del documento precontractual y el proponente.

En ese sentido, la parte involucrada explicó que la inexactitud obedeció al cambio de razón social que habría sufrido la oferente en fecha anterior a la presentación de la propuesta, cuestión que se debió a la imposibilidad de registrarla en la Cámara de Comercio, por existir otra persona jurídica con el mismo nombre, y advirtió que esa circunstancia no había variado su composición, sus socios integrantes, ni su objeto. Como apoyo allegó el documento expedido por el órgano competente, donde consta la veracidad de sus manifestaciones.

Así las cosas, la falta de coincidencia entre el nombre del adquirente del pliego y del proponente constituyó un aspecto que, además de no transgredir las reglas previstas en el pliego de condiciones, fue una cuestión que transparentemente se trató al interior del procedimiento de selección, escenario dentro del cual se dieron las explicaciones del caso, tenidas válidamente como satisfechas por la entidad convocante, en el contexto de la *subsanabilidad* admisible en esta clase de procesos, explicada páginas atrás de estas consideraciones.

**ii) Inconsistencias entre las certificaciones aportadas por el proponente ganador -Operadores de Aguas y Energía S.A.- y el contrato celebrado con su *asistente técnico calificado,* en relación con la identidad de éste**

El demandante cuestiona que el Comité Evaluador aceptó la experiencia acreditada por el *asistente técnico calificado*, sociedad Técnica Hidráulica S.A. – sucursal en Colombia, presentada por el proponente ganador, sin tener en consideración que la sociedad respecto de la cual se allegaron las certificaciones de experiencia era la sociedad mercantil cubana Técnicas Hidráulicas S.A.

Revisados los documentos de la propuesta ganadora, se advierte que el contrato de prestación de servicios de asistencia técnica fue celebrado entre Operadores de Aguas y Energía S.A. y Técnica Hidráulica S.A., sucursal en Colombia de TÉCNICA HIDRÁULICA S.A., sociedad constituida en Cuba y propietaria de Técnica Hidráulica de Islas Vírgenes.

De allí que el contrato se suscribió con Técnica Hidráulica S.A. -sucursal en Colombia– de la sociedad Técnica Hidráulica S.A., respecto de la cual se expidieron las certificaciones de la Cámara de Comercio de Cuba, sociedad que, a su turno, se creó como consecuencia de su liquidación como sucursal de la casa matriz ubicada en las Islas Vírgenes[[21]](#footnote-21).

En lo que atañe a esta cuestión, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 471 del Estatuto Mercantil, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia debe establecer una sucursal, previo cumplimiento de los requisitos que se enuncian en esa misma preceptiva legal, tales como la necesidad de protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país las copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, así como la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

Ahora, de conformidad con la definición del artículo 263 del Código de Comercio, “*son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad*”. Con fundamento en esta definición, la doctrina especializada considera que:

*“… es claro entonces que la sucursal de una sociedad extranjera no es una sociedad diferente de dicha sociedad, como sí sucede con las filiales, subsidiarias y en general con cualquier sociedad subordinada, las cuales sí son personas jurídicas diferentes de la sociedad matriz. En este orden de ideas, las sucursales de sociedades extranjeras dependen económica y jurídicamente de la sociedad extranjera que las constituye y, por lo tanto, no tienen capital ni responsabilidad separada de esta.*

*“Al crearse una sucursal, se crea un domicilio secundario de la sociedad extranjera, siendo la sucursal un establecimiento de comercio cuyo administrador tiene facultades para representar a la sociedad extranjera, según las facultades que para el efecto se le hayan otorgado en los estatutos sociales o en el documento en el cual, conforme a la ley del Estado de nacionalidad de la sociedad, se haya creado la sucursal”[[22]](#footnote-22).*

El mismo autor citado, al desentrañar el sentido del referido artículo 471 del Estatuto Mercantil, ha precisado que el criterio para determinar si una sociedad extranjera se encuentra obligada a abrir una sucursal, consiste en la intención de realizar actividades permanentes en este territorio, de manera que no en todos los casos en que una sociedad extranjera pretenda hacer negocios en Colombia será necesario constituir una sucursal.

Sobre el mismo tema, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que para establecer cuándo una actividad tiene el carácter de permanente no basta consultar el listado que ofrece el artículo 474 del Código de Comercio, en tanto se trata de una enunciación ilustrativa y no taxativa, en atención a que en el ámbito de la dinámica comercial existen otras tantas actividades que involucran el elemento de la permanencia y no obstante ello no se encuentra en la referida regulación. Al respecto ha señalado que:

“*De acuerdo con la precisión que antecede, en cada caso habrá de procederse a examinar el objeto social a desarrollar por parte de la sociedad extranjera en Colombia. Para el efecto, también la Superintendencia, ha reiterado la necesidad de analizar la actividad en cuanto a su naturaleza, habitualidad, duración etc.; circunstancia que impone conjugar elementos como el de la perseverancia, estabilidad, duración e inmutabilidad, propios de la permanencia y necesarios para configurar los presupuestos legales requeridos para incorporar una sucursal al territorio nacional.*

*“Sobre el punto concreto que nos ocupa, cual es la celebración de contratos (art. 474, num. 2), la Superintendencia de Sociedades ha sostenido lo siguiente:*

*‘Si bien la disposición califica como actividad permanente la celebración de un contrato de obra o de prestación de servicios, sin que haya previsto de manera expresa otros requisitos para que tal situación se configure, no es posible con un criterio exegético deducir de allí que no hayan de considerarse otros factores a fin de determinar la permanencia.*

*‘Interpretando la norma en atención a su finalidad y a la relación que debe guardar con los demás preceptos que integran la institución jurídica, es lógico que deban consultarse las características del contrato a celebrar, como sería por ejemplo el término de su duración, la calidad o tipo de obra o prestación del servicio, es decir que no basta que la sociedad extranjera haya celebrado un contrato de obra o de prestación de servicios para que se configure la situación de hecho que la norma prevé como determinante para que surja la obligación de establecer una sucursal en territorio nacional (Oficio 220-30783 del 2 de junio de 1998)’.*

*“Tenemos entonces que para determinar lo que la ley califica como permanente, deben tenerse en cuenta además del tiempo de duración, otros factores, por ejemplo la infraestructura que deba desplegarse por la sociedad extranjera en el país, la clase de negocios a celebrar; por tanto, el hecho de la suscripción de uno o varios contratos, no necesariamente conlleva la obligación de incorporar una sucursal; el presupuesto legal solo se concreta a partir de la realización de una actividad permanente en el país, evento que puede justificarse con la existencia de un solo contrato”[[23]](#footnote-23).*

Descendido lo expuesto al caso concreto, la Sala observa que según consta en el certificado de existencia y representación legal[[24]](#footnote-24), TÉCNICA HIDRÁULICA S.A. – SUCURSAL EN COLOMBIA se estableció el 5 de noviembre de 1999 y el 18 de noviembre del mismo año se inscribió la protocolización de las copias auténticas de la fundación de la sociedad anónima domiciliada en Islas Vírgenes británicas, de sus Estatutos y de la Resolución que acordó el establecimiento en Colombia de una sucursal.

Así pues, la sucursal TECNICA HIDRÁULICA S.A., que suscribió el contrato de asistencia, no es una persona jurídica distinta de la sociedad principal TÉCNICA HIDRÁULICA S.A., y por tanto podía acreditar su experiencia a través de certificaciones expedidas respecto de la casa principal.

**iii) Aumento del capital de trabajo y posibilidad de acreditarlo con títulos valores de tesorería**

**Para el demandante, el aumento del capital de trabajo y la posibilidad de acreditarlo a través de títulos de tesorería se realizó con la firme intención de posibilitar la participación de Operadores de Aguas y Energía S.A., pues se aceptó que presentara títulos que contablemente no podían ser considerados como capital de trabajo, debido a que la disponibilidad de los recursos no se obtenía sino hasta el vencimiento del plazo del título valor que para el caso era superior a la vigencia del contrato de gestión.**

**En lo que concierne a este aspecto, la Sala precisa que los títulos de tesorería (TES) son valores emitidos por el Estado Colombiano, a través de la Dirección de Tesorería del Ministerio de Hacienda, y con independencia de la fecha de su vencimiento tienen un mercado secundario que les facilita la liquidez en el corto plazo. Desde el punto de vista de su registro contable, hacen parte del activo y pueden ser calificados como activo corriente, toda vez que tienen liquidez inmediata a través de su negociación en el mercado de valores, en cualquier tiempo.**

**Para la época de los hechos se encontraba vigente el Decreto 4646 de 2006**[[25]](#footnote-25)**, dentro del cual se definió la función de la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda en la compraventa de tales títulos. Igualmente, de acuerdo con el Plan Único de Cuentas (PUC) de las sociedades comerciales, contenido en el Decreto 2650 de 1993[[26]](#footnote-26), los TES debían registrarse en la cuenta del activo de la sociedad, subcuenta de inversiones, de manera que pudo permitirse su clasificación en el activo corriente para efectos del capital de trabajo.**

**Al margen de lo expuesto, se impone acotar que la medición de la capacidad financiera sobre la base de los activos y pasivos corrientes fue la constante en las reglamentaciones del registro único de proponentes utilizado, a título de ejemplo, en la contratación estatal regida por la Ley 80 de 1993**[[27]](#footnote-27)**.**

**De lo dicho se infiere que el requisito del capital de trabajo no era exótico, ni creado a la medida de la convocatoria en el caso sub judice.**

**7.2. Direccionamiento del procedimiento de selección para favorecer al adjudicatario: *razón para la declaración de nulidad del acto de adjudicación***

**i) Estructuración de requisitos técnicos: *no atendían a las características del municipio convocante en relación con el número de usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado***

El apelante advirtió que los requisitos técnicos de la invitación no atendían a las características reales del municipio de Neiva, sino a las condiciones jurídicas y administrativas de Operadores de Aguas y Energía S.A. En este sentido, en el pliego de condiciones original, numeral 3.2, se establecieron los siguientes requisitos:

*“a.-TÉCNICOS*

*“1.- Que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión Temporal según sea el caso, haya operado integralmente, durante los últimos 8 años previos a la fecha de apertura de la invitación, los servicios públicos domiciliarios de Agua Potable y Alcantarillado y que haya sido responsable de los procesos de captación, producción, distribución del servicio, facturación y atención al cliente en los servicios públicos domiciliarios antes citados.*

*“2.- Que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión Temporal según sea el caso, cuente con un mínimo de conexiones de usuarios atendidos a la fecha de apertura de la invitación de la siguiente manera: en acueducto igual a 140.000 y en alcantarillado igual a 140.000.*

*“3.- Que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión Temporal demuestre que tiene experiencia en operar sistemas en esquemas regionales con más de 10 municipios, con más de 8 años de experiencia.*

*“4.- Que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión Temporal certifique que ha implementado y mantiene un sistema de gestión de calidad de acuerdo con los requerimientos de la norma ISO 9001 versión 2000 para los procesos y actividades relacionados con la gestión comercial objeto de la presente invitación, en al menos dos empresas prestadoras de estos servicios.*

*“5.- Igualmente que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión temporal acredite los siguientes indicadores mínimos, en las localidades mediante las cuales acredita experiencia en este proceso.*

*“a-. Índice de eficiencia en el recaudo a la fecha de apertura de la presente invitación igual o superior al 85% calculado con la siguiente fórmula: Índice de Recaudo = Recaudo total / facturación total.*

*“b.- Número de reclamos promedio de facturación durante el año 2005 inferior al 4%, calculado de la siguiente forma: Índice de reclamos = (total reclamos por facturación en el año 2005) / (# de usuarios al 31 de dic. De 2005) / n = número de períodos en los cuales se facturó en el año (resalto fuera de texto)”.*

Esta exigencia la modificó parcialmente el *adendo* No. 6, en los siguientes términos –fls. 87 y ss. cdno. de pruebas 2-:

*“4.- Que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión Temporal certifique que ha implementado o participado en el proceso de certificación de un sistema de gestión de calidad, de acuerdo con los requerimientos de la norma ISO 9001 versión 2000 para los procesos y actividades relacionados con la gestión comercial objeto de la presente invitación, en al menos una empresa prestadora u operadora de estos servicios.*

*“5.- Igualmente que el proponente o alguno de los miembros del Consorcio o Unión temporal acredite, a 31 de diciembre de 2005, los siguientes indicadores mínimos en las localidades mediante las cuales acredita (sic) experiencia en este proceso.*

*“a-. Índice de eficiencia en el recaudo a la fecha de apertura de la presente invitación igual o superior al 85% calculado con la siguiente fórmula: Índice de Recaudo = Recaudo total / facturación total.*

*“b.- Número de reclamos promedio de facturación durante el año 2005 inferior al 4%, calculado de la siguiente forma: Índice de reclamos = (total reclamos por facturación en el año 2005) / (# de usuarios al 31 de dic. de 2005) / n = número de períodos en los cuales se facturó en el año”.*

Para la Sala, el apelante tiene razón en los argumentos que esgrime para acreditar el direccionamiento de los criterios de selección para favorecer a una empresa concreta, en este caso la que resultó adjudicataria del negocio jurídico. Y si bien el juzgamiento de esta clase de hechos casi siempre resulta difícil de precisar, se advierte que los indicios inferidos a partir del estudio de: i) la razonabilidad y proporcionalidad de las exigencias previstas en el pliego; ii) las modificaciones injustificadas introducidas a las condiciones iniciales y iii) las características objetivas y subjetivas, iniciales y posteriores, de los oferentes, entre otros aspectos, ayudan a la Sala a comprender el negocio jurídico que estructuró la entidad estatal demandada.

Precisamente, tiene razón el apelante en cuestionar que resulta extraño que se exija que el oferente acredite ser prestador del servicio público de agua potable y alcantarillado en más de 10 municipios, durante los últimos 8 años, previos a la entrega de las ofertas, cuando está acreditado en el expediente que los usuarios de EPN eran la mitad de los previstos en la licitación, incremento que se justificó al momento de iniciar el proceso de contratación, en la expectativa de crecimiento que tendría la empresa durante los años de ejecución del contrato que se iba a adjudicar.

Adicionalmente, si bien no es claro cuántos municipios atendía EPN, se sabe que la licitación incrementó el número en virtud de la expectativa de crecimiento que se destaca a lo largo del proceso.

Lo propio cabe decir del número de usuarios exigidos, de los cuales si bien se requerían 140.000 en acueducto y 140.000 en alcantarillado, número elevado por tratarse del doble de los que en el momento atendía EPN; lo cierto es que también debían ajustarse a un oferente que prestara el servicio en más de 10 municipios, así que las empresas que contaban con un número de usuarios infinitamente superior –como las mencionadas atrás- no podían participar, porque no cumplían el requisito de la cantidad de municipios.

No obstante lo expresado, lo incontestable para esta defensa es que las empresas más grandes del país, en el sector de los servicios de que trata el proceso de selección, no podían participar[[28]](#footnote-28); en cambio, empresas más pequeñas –de hecho recién fundadas-, y sin duda con menos perfil para el negocio, terminaron participando, y una de ellas ganando la contratación, pero acreditando el lugar de prestación en territorio extranjero.

Ahora bien, se podría aducir que esta circunstancia, tal cual se desprende de las respuestas a las aclaraciones del pliego de condiciones[[29]](#footnote-29), obedeció a la necesidad de EPN de posicionarse en el mediano y largo plazo como un prestador de mayor cobertura y extensión, y por esta razón anticipó su crecimiento en la operación de estos sistemas en más centros poblados de la ciudad y en otros municipios del Departamento, situación que debía atemperarse con el hecho de que el plazo del contrato habría de pactarse a 10 años, término dentro del cual se concretaría el progreso y el desarrollo esperados.

En defensa del anterior argumento se añadiría que todas estas proyecciones se encuentran soportadas en las gráficas elaboradas por C.F.S.A. Banqueros de Inversión, contratada por EPN para que estructurara el procedimiento de selección, cuyo contenido revela la estimación del crecimiento en términos de número de suscriptores y en el porcentaje de consumo de agua en función de la estimación de ingresos operativos durante los 10 años siguientes a la adjudicación del contrato[[30]](#footnote-30).

No obstante lo anterior, la desproporción de las condiciones de participación se refleja en el hecho de que los requisitos eran tan elevados, en consideración a la ciudad mediana que es Neiva, que empresas del país muy importantes en el sector no los cumplían, sobre todo al combinarlos, pues el requisito del número de usuarios era posible, pero mezclado con las ciudades a atender no lo era posible.

Estas razones son suficientes para acreditar que EPN faltó a la razonabilidad y proporcionalidad, y que su conducta, medida en comparación con un mercado no solo semejante sino incluso más grande, y además con operadores ubicados en zonas de mayor complejidad, no justifican las exigencias que establecieron para participar.

Ahora, a pesar del reproche realizado, inclusive este aspecto podría ser intrascendente, al punto de ser admitido por la Sala como razonable, si no fuera porque se añade un problema que refleja y estructura con solidez la intención irrazonable de la empresa demandada de permitir condiciones técnicas que resultan injustificables, según se analiza en el siguiente tema.

**ii) Creación de la figura del *asistente técnico calificado* para facilitar la participación de la recién creada sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A., quien no contaba con experiencia**

Otro aspecto de inconformidad íntimamente relacionado con el anterior, alude al hecho de que a través del *adendo* No. 3 se implementó la figura del *asistente técnico calificado* –fl. 172 y ss., cdno. de pruebas 2-, para facilitar la participación de la recién creada sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A., y el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego. Se modificó el numeral 3.2.1., y en su lugar se estableció:

*“3.2.1. Cumplimiento de los requisitos mínimos.*

*“a.- Por un proponente plural.*

*“En caso de tratarse de un proponente plural, los requisitos mínimos contemplados en el numeral 3.2.a. Técnicos podrán ser cumplidos y acreditados por uno solo de los miembros del proponente plural, quien se denominará socio GESTOR CALIFICADO cuya participación en el proponente plural y en la sociedad que deberá constituirse o en la que deberá hacerse socio en el caso de que dicho proponente resulte adjudicatario del contrato de gestión no podrá ser inferior al 10%. En todo caso, el socio GESTOR CALIFICADO deberá mantener su vinculación durante mínimo los primeros tres (3) años de dicho contrato, salvo que la empresa autorice su sustitución por un socio que acredite iguales o mejores condiciones a las evaluadas por la empresa de conformidad con los pliegos de condiciones. Esta condición deberá ser expresada en los estatutos de la sociedad que constituyan los miembros del proponente plural que resulte adjudicatario del contrato. Los requisitos mínimos contemplados en el numeral 3.2 –b. FINANCIEROS podrán ser cumplidos y acreditados por el proponente mediante sumatoria de los diferentes miembros del Consorcio o Unión Temporal.*

*“En el evento en que el Socio GESTOR CALIFICADO enajene su participación en la sociedad sin contar con la previa autorización de la Empresa, el socio GESTOR enajene o sea sustituido mantendrá su responsabilidad solidaria con la sociedad respecto de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del respectivo contrato de gestión, de conformidad con lo establecido en las letras g) y h) del numeral 3.4.5.2. de este pliego de condiciones.*

*“b.- Proponente individual.*

*“En caso de tratarse de un proponente individual, los requisitos mínimos contemplados en el numeral 3.2., deberán ser cumplidos y acreditados en su totalidad por el proponente, a menos que a la propuesta acompañe contrato de asistencia técnica calificada, caso en el cual los requisitos mínimos contemplados en el numeral 3.2.a. Técnicos deberán ser cumplidos y acreditados, en su totalidad por el Asistente Técnico Calificado.*

*“El asistente técnico calificado deberá mantener su vinculación contractual con el oferente que resultare adjudicatario del presente proceso durante mínimo los primeros TRES (3) años de dicho contrato, salvo que la Empresa autorice su sustitución por un asistente que acredite iguales o mejores condiciones a las evaluadas por la empresa, de conformidad con estos pliegos de condiciones. Esta condición deberá ser expresada en el contrato de asistencia técnica que presente el proponente individual.*

*“El asistente técnico calificado deberá comprometerse por el contrato de asistencia técnica a todo aquello que es de la esencia del contrato, pero en particular a:*

*“1).- Asistir técnicamente al adjudicatario en el montaje y puesta en marcha del proyecto objeto de esta invitación pública.*

*“2).- Transferir la tecnología y el Know how que posee en la gestión comercial de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.*

*“3).- Efectuar el acompañamiento permanente e integral al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato objeto de la invitación.*

*“4).- Formular las recomendaciones a que hubiere lugar para el cabal cumplimiento del objeto del contrato y hacer seguimiento a las acciones de mejoramiento”.*

Mediante *adendo* No. 04 se modificó el anterior numeral para establecer que:

*“b.- Proponente individual.*

*“En caso de tratarse de un proponente individual, los requisitos mínimos contemplados en el numeral 3.2., podrán ser cumplidos y acreditados en su totalidad por el proponente, a menos que a la propuesta acompañe contrato de asistencia técnica calificada caso en el cual los requisitos mínimos contemplados en el numeral 3.2.a. Técnicos deberán ser cumplidos y acreditados, en su totalidad por (sic) Asistente Técnico Calificado”.*

*(…)*

De conformidad con el *texto original del pliego de condiciones*, el proponente debía acreditar su *experiencia* en la prestación de los servicios, en la forma indicada en el pliego. Esto significó que el *oferente* era quien debía contar con los requisitos técnicos, entre ellos los analizados antes, bien que se tratara de un oferente individual o de uno plural. Tan celosa fue esta condición técnica que por eso se establecieron tantos requisitos, que condujeron a que se calificaran de indispensables, pese a que limitaran fuertemente la participación.

En virtud de la modificación introducida en el *adendo* No. 3, tratándose de *oferentes individuales*, los requisitos *técnicos* indicados ahora se podían satisfacer a través de un *asistente técnico calificado,* figura que fue creada por el pliego para señalar que otra persona podía apoyar al oferente individual, pero sin adquirir la calidad de oferente. Se trataba de un *acompañante* de este, aunque con obligaciones dentro del contrato; es decir, de otra empresa que tuviera: i) la experiencia de 8 años de operación y gestión del servicio, ii) que lo hubiera hecho en por lo menos 10 municipios, iii) que tuviera mínimo 140.000 conexiones en acueducto y otro tanto en alcantarillado, iv) que acreditara la implementación del sistema de gestión de calidad ISO 9001 y v) los indicadores de eficiencia en el recaudo y número de reclamos.

Esto significó, finalmente, que el oferente del proceso de selección podía no contar con ningún requisito técnico -que en el fondo evaluaban la experiencia y la aptitud organizacional-, no obstante ser el contratista de la entidad estatal, de manera que pasaría a ser el prestador del servicio público para los habitantes de Neiva y de los municipios donde esperaba crecer durante los próximos 10 años.

Por lo anterior, se pregunta la Sala, ¿era *razonable* que el futuro prestador de algunas actividades constitutivas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo –denominado *Gestor* en esta contratación- careciera de la capacidad técnica para ser prestador del mismo, gracias a que el pliego se modificó, para señalar que esa capacidad podía acreditarla a través de un *asistente técnico calificado,* que sería simplemente un colaborador de éste?

Esta circunstancia conduce a la Sala a concluir que la motivación para modificar los requisitos del pliego de condiciones no obedecieron a razones objetivas, justas y proporcionales, sino a intereses que pretendían asegurar la participación de determinadas empresas, entre la cual puede o no estar la ganadora. Concretamente, la adjudicataria se creó solo unas semanas antes de la adjudicación, así que era imposible que tuviera capacidad individual para ser oferente antes de la modificación que le permitió actuar técnicamente con la ayuda del *asistente técnico calificado*. Claro está que el oferente que ahora demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho usó la misma figura, para suplir su incapacidad técnica.

Por tanto, resulta irrazonable que para asumir la prestación de una parte muy importante de las actividades propias de los servicios públicos domiciliarios, el contratista no fuera quien acreditara la *capacidad técnica* para hacerlo, sino un ayudante suyo, teniendo en cuenta que no se trataba de condiciones accesorias para prestarlo sino de la *capacidad técnica* misma del ganador y futuro contratista, así es que es injustificado que el pliego diera un giro de esa magnitud en las exigencias que se imponían a los participantes.

La envergadura de estas modificaciones hizo que perdiera sentido la aparente preocupación que mostró Empresas Públicas de Neiva por la calidad y el rigor técnico de los interesados, porque las condiciones iniciales de participación que se establecieron en el pliego de condiciones finalmente no fueron importantes, pues posteriormente se viabilizó la participación de sujetos que carecían, individualmente considerados, de las calidades que subjetivamente debían garantizar.

Y es que el *adendo* 3 ni siquiera limitó la posibilidad de que el *asistente técnico calificado* acreditara solo una *parte* de los requisitos técnicos, de manera que el proponente cumpliera los demás; por el contrario, admitió, que observara *todos*, careciendo el oferente de esas exigencias.

Semejante desacierto, sobre todo tratándose de la prestación de parte de las actividades propias de tres (3) servicios públicos domiciliarios, significó que el oferente podía carecer de la capacidad técnica para ser prestador –*Gestor*- del servicio, deficiencia que suplía con un tercero, llamado *asistente técnico calificado*, quien no sería contratista de la entidad estatal sino *asistente* del contratista, es decir del *Gestor*.

En estos términos, no se trataba de la suma de esfuerzos –técnicos en este caso- que realizarían varios proponentes para ganar la contratación –como cuando se constituyen consorcios o uniones temporales-; sino que el proponente singular sigue siendo igualmente débil, solo que se acompaña de una persona que le suple *formalmente* sus deficiencias técnicas –pero no en calidad de futuro contratista-, sin asumir la responsabilidad de la prestación del servicio.

Esta enorme diferencia que se presenta entre la posibilidad de *unirse* o *consorciarse* para unir fuerzas y capacidades de diversa índole es distinta del simple *acompañamiento* que supone, en este caso, el *Asistente Técnico Calificado*, quien no se hace responsable por la ejecución de las obligaciones del contrato, como sí sucede con los integrantes de un consorcio o unión temporal; de allí que resulta irrazonable la modalidad admitida por la entidad demandada para permitir que el oferente que adolece de capacidad técnica sea el prestador del servicio, porque terminaba adjudicando y contratando con un sujeto sin capacidad técnica, solo respaldado por otro sujeto que es quien realmente tiene la cualidad que se echa de menos en el adjudicatario.

En conclusión, por este solo aspecto, la Sala también declarará la nulidad de la adjudicación, porque las modificaciones introducidas al pliego reflejan una variación irrazonable que condujo al debilitamiento en las calidades del contratista que debía prestar el servicio público domiciliario, condición que no respetó el interés general que la misma entidad defendió a lo largo del proceso de contratación, para justificar las condiciones iniciales y luego las modificaciones que desdibujaron ese misma pretensión.

EPN, con su conducta, vulneró los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, que debía respetar, y que imponen observar valores que rigen no solo la buena actuación de la Administración sino también el ejercicio adecuado de la gestión fiscal involucrada en la contratación estatal, comprometida plenamente con el cambio en las condiciones que EPN hizo al pliego de condiciones, porque al final autorizó que empresas que incluso no prestaban los SPD lo hicieran con la ayuda de un asistente que satisfacía los requerimientos técnicos que naturalmente debe tener el participante y no el ayudante.

A esta situación se llegó, incluso, movido por la banca de inversión contratada por EPN para estructurar el proceso de contratación –Banqueros de Inversión SA.-, porque el 9 de enero de 2007 le sugirió a EPN que, debido al reducido interés que observaban en participar en la convocatoria, sugerían modificar el plazo de presentación de las ofertas y hacer *“… algunos ajustes en los requisitos exigidos…”* –fl. 169, cdno. de pruebas No. 2-.

No obstante lo expresado por Banqueros de Inversión S.A., las modificaciones introducidas por EPN alcanzaron tal magnitud que incluso a aquellos les pareció que se desbordó lo razonable, tanto así que el 8 de febrero de 2007, frente al proyecto de *adendo* 6, le manifestaron a EPN que consideraban que no se debía modificar nuevamente la fecha de presentación de propuestas y menos los requisitos de participación:

*“Nos parece que no obstante es potestativo de la Empresa y acorde con la ley la búsqueda de la pluralidad de oferentes en el proceso de selección, la nueva modificación de los requisitos mínimos podría ser interpretada como alteración injustificada de las reglas de juego.”* –fl. 82, cdno. de pruebas No. 2-.

De esta manera, la razonabilidad de los cambios al pliego de condiciones hizo parte de los debates que tuvo la empresa y su asesor, y para la Sala no hay duda de que el equilibrio, la ponderación y sensatez desaparecieron, pero no sólo con la expedición del *adendo* No. 6 sino también de los *adendos* No. 3, 4 y 5, que materializaron la permisión para que los oferentes se presentaran, a pesar de carecer de la experiencia *técnica* mínima –e incluso de ciertos atributos *financieros*- que se le debe pedir a quien ejecuta tareas propias de la actividad de prestar tres servicios públicos domiciliarios, en una ciudad capital, y con la expectativa de crecer en 10 municipios en los siguientes años.

En conclusión, prosperará el cargo propuesto por el demandante, que cuestiona las exigencias finales que hizo EPN para seleccionar al operador de los servicios públicos, porque, según lo expresado hasta ahora: i) ni la situación particular de EPN y del municipio exigía tantas restricciones –en relación con el número de usuarios y de municipios atendidos-, ii) ni las establecidas fueron razonables y iii) ni cumplirlas por medio de un tercero tampoco era aceptable, de conformidad con lo analizado en los párrafos anteriores.

**iii) Ampliación del plazo para presentar ofertas y constitución de la sociedad adjudicataria**

El demandante también señaló que el plazo para presentar las propuestas fue manipulado para favorecer a la sociedad adjudicataria, teniendo en cuenta que para la fecha inicial de cierre no se había constituido, lo que favoreció que luego lo hiciera para alcanzar a presentar la propuesta.

En efecto, está demostrado que en el primer cronograma de la licitación se previó como fecha de *cierre* el 12 de diciembre de 2006, momento para el cual no se había constituido la empresa adjudicataria -Operadores de Aguas y Energía S.A.-, teniendo en cuenta que los actos de *constitución* y *registro* datan de finales del mes de diciembre de ese año: 18 de diciembre y 26 de diciembre, respectivamente.

Sin embargo, el término para presentar propuestas se amplió paulatinamente, por medio de *adendos*, algunos motivados por las observaciones al pliego de condiciones y solicitudes de ampliación del plazo presentadas por varios interesados en participar, que finalmente no presentaron propuesta, como fue el caso de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y de la unión temporal Aguas del Sur.

Lo cierto es que para la fecha de vencimiento del primer plazo de entrega de propuestas, Operadores de Aguas y Energía S.A. no existía, y para la Sala, este hecho confirma la violación a los principios de la función administrativa, que también deben respetar las entidades excluidas de la Ley 80, como la del caso concreto, porque es curioso, por decir lo menos, que se exija -por solo referirse a los *requisitos técnicos*- que el oferente garantizara i) experiencia de 8 años de operación y gestión del servicio, ii) que lo hubiera hecho en por lo menos 10 municipios, iii) que tuviera mínimo 140.000 conexiones, iv) que acreditara la implementación del sistema de gestión de calidad ISO 9001, y v) los indicadores de eficiencia y número de reclamos; pero que al final se contrate con una empresa constituida unas pocas semanas antes de la presentación de las propuestas y de la firma del contrato –escritura del 18 de diciembre de 2006-, es decir, con una sociedad sin experiencia en la prestación de los tres servicios públicos que se contrataron, y conformada sólo para presentar la oferta, así que resulta fácil concluir que objetivamente carecía de atributos empresariales sólidos que pudiera ofrecer a quien la contratara.

Lo anterior demuestra que de haberse cumplido el plazo inicial de cierre de la licitación el adjudicatario no se habría presentado, porque la sociedad no existía. Y cabe reiterar en este lugar lo reprochado en el numeral anterior, en relación con la imposibilidad que también tenía de cumplir los requisitos técnicos exigidos inicialmente, porque si no es por la figura del asistente técnico calificado tampoco lo habría satisfecho.

En todo caso, la cuestión no se resuelve o elude señalando que lo importante, desde el punto de vista *jurídico*, es que para el momento de la presentación de la propuesta la empresa ya existía, es decir, estaba constituida, argumento que desconoce que una cosa es la simple capacidad jurídica para contratar y otra la sensatez del negocio y el buen manejo que se debe hacer de los bienes y recursos del Estado, porque no basta tener aptitud jurídica para contratar sino que, atendiendo a la complejidad del objeto contractual, se deben hacer negocios razonables en consideración a muchos aspectos, entre ellos la parte subjetiva del contratista.

En los negocios, y más tratándose del otorgamiento de una parte de la gestión de tres (3) servicios públicos domiciliarios -acueducto, alcantarillado y aseo, como fue el objeto de la convocatoria pública-, es imprudente adjudicarle a una empresa con pocas semanas de creada: *la vinculación de clientes, el proceso integral de facturación, la administración y conciliación de recaudos, la suspensión y reconexión del servicio, la construcción o reposición de acometidas domiciliarias y la rehabilitación y/o reposición de redes locales de acueducto, entre otras actividades descritas en el pliego de condiciones*.

La experiencia y el conocimiento enseñan que en negocios de menor complejidad –obras públicas, suministro, prestación de servicios profesionales, consultoría, entre otros- un buen administrador se asegura de que el oferente tenga la experiencia y capacidad técnica suficiente para ejecutar el contrato, es decir, para cumplir las obligaciones que adquirirá. Si eso se exige en negocios más simples en su ejecución, ¿qué decir de la gestión de una muy buena parte de la prestación de tres servicios públicos domiciliarios, que afectan a cientos de miles de usuarios de una ciudad capital, y de otros municipios aledaños donde esperaban expandirse?

Se pregunta la Sala si a través de un ayudante del contratista –el denominado *asistente técnico calificado*- se asegura la eficiente prestación de parte importante de las actividades propias de tres servicios públicos domiciliarios, cuando lo que impone la buena y correcta administración de los bienes, sobre todo de los públicos, es asegurar que el contratista mismo tenga la experticia para hacerlo.

Lo esperable hubiera sido, entonces, exigirle la experiencia o capacidad técnica a los oferentes, porque ellos deben ejecutar las obligaciones del contrato; pero en este caso se le adjudicó a una empresa constituida apenas unas semanas antes de entregar la oferta para la prestación de parte importante de los servicios públicos en la ciudad de Neiva, y con la expectativa de crecer en los años siguientes.

Esta incoherencia explica la atenuación que muy pronto EPN le hizo al pliego de condiciones, en detrimento de la función administrativa y de la calidad de los tres servicios públicos, pues se autorizó que el *asistente técnico calificado* supliera las exigencias que no tuvieran los oferentes, y concretamente del posterior adjudicatario, quien nunca había prestado servicios públicos, pues se creó el 18 de diciembre de 2006 y aún así el 28 de febrero de 2007 le adjudicaron el contrato de prestación del servicio público.

Por estas razones, la Sala entiende, valoradas las pruebas y las circunstancias que giraron alrededor del proceso de licitación, que la adjudicación es nula porque el interés general no prevaleció sobre el particular que condujo a Empresas Públicas de Neiva a facilitar que Operadores de Aguas y Energía SA. ganara la contratación, pese a su absoluta inexperiencia en actividades tan sensibles para cientos de miles de usuarios de esos servicios. Basta saber que se creó en el interregno de la ampliación del plazo inicial para entregar ofertas, y por tanto, como sociedad, no tenía una sola ejecución contractual qué acreditar.

En estos términos, tiene razón el demandante en creer que las modificaciones al pliego solo favorecieron el *interés particular* del adjudicatario de la convocatoria pública, en detrimento del interés general que se representaba en la garantía de contratar una empresa que asegurara la capacidad y solvencia suficiente para ejecutar el contrato por sí misma, de ahí la nulidad del acto administrativo que se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

**iv) Variación de la exigencia financiera relativa a la reducción del patrimonio neto de $5.000’0000.000 a la suma de $500’000.000**

La parte actora también cuestionó la modificación introducida al pliego de condiciones, a través de *adendo* No. 04, relacionada con la disminución del *patrimonio neto* exigido, ya que, en su sentir, obedeció a la intención de ajustar las exigencias a las características de Operadores de Aguas y Energía S.A., quien tenía como patrimonio neto la suma de $500’000.000.

Revisado el pliego de condiciones, se encuentra que en el numeral 3.2., literal b, se consagró:

*“1.- Deberá acreditar que al 31 de diciembre de 2005 tuvo un patrimonio neto (entendido como activo total menos pasivo total) mínimo CINCO MIL MILLONES ($5.000’000.000) DE PESOS o su equivalente en moneda extranjera para lo cual se utilizará la tasa representativa del mercado TMR vigente a 31 de diciembre de 2005.*

*“2.- Adicionalmente, deberá acreditar a la fecha de cierre de la invitación, un capital de trabajo igual o superior a DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.500’000.000.oo), la cual estará representada bien en títulos, depósitos a la vista o bien mediante la presentación de cupo de crédito con vigencia a la fecha de presentación de la propuesta y seis meses más aprobado por un intermediario financiero”.*

Este literal fue modificado a través de *adendo* No. 04, y en su lugar se dispuso:

*“b. FINANCIEROS.*

*“Deberá acreditar con fecha 15 días anteriores al cierre de la presente invitación un capital de trabajo igual o superior a TRES MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS ($3.500’000.000.oo) el cual estará representado en documentos idóneos como: saldo en bancos, cupos de crédito, inversiones, en títulos valores (CDT, TES, inversiones en Fondos, inversiones en acciones, etc), certificaciones que deberán ser entregadas por escrito a la entidad financiera correspondiente y fotocopia del título valor correspondiente”.*

Como consecuencia de esta modificación, se eliminó el requisito del “*patrimonio neto*”, por la suma de $5.000’000.000, exigible con corte a 31 de diciembre de 2005.

Para la Sala, nuevamente, se trató de una atenuación grosera en el rigor del pliego de condiciones original, porque no solo se eliminó una *exigencia financiera* sino –sobre todo esto- una *condición temporal* mínima de existencia del proponente en el tiempo. En estos términos, este cargo de nulidad se armoniza con el estudiado en el numeral inmediatamente anterior, y confirma la conclusión.

En efecto, de haberse conservado el requisito era necesario que los proponentes singulares o plurales existieran, por lo menos, con corte a esa fecha -31 de diciembre de 2005-, porque necesitaban acreditar como *patrimonio neto* esa suma de dinero.

En este sentido, aplicado al caso concreto, el beneficio que recibió el adjudicatario fue sustancial, porque habría sido imposible que cumpliera esta exigencia, pues la sociedad no existía para ese momento, y fue gracias al cambio introducido que pudo constituirse –recuérdese que lo hizo el 18 de diciembre de 2006 (fl. 290, cdno. de pruebas 2)- y simplemente satisfacer la exigencia del *capital de trabajo “… 15 días anteriores al cierre de la presente invitación…”.*

Esta conducta de EPN, una vez más, sumada a las analizadas hasta ahora, acredita y confirma una actitud sistemática y metódicamente dirigida a resolver las dificultades que, *in natura,* tenía la empresa que finalmente resultó adjudicataria: *no existía para la fecha del primer cierre de la licitación, no cumplía por sí sola los requisitos técnicos, y no cumplía los financieros que originalmente se contemplaron.*

La manera como EPN resolvió esas dificultades de Operadores de Aguas y Energía S.A., a juzgar por los requisitos iniciales del pliego de condiciones, son suficientemente indicativas de esa intención, que se materializó en la modificación reiterada del pliego de condiciones, con el fin de favorecer su condición subjetiva y quedar en posición de participar y ganar el contrato.

En conclusión, resulta evidente que el adjudicatario no se ajustaba a las exigencias razonables y necesarias que establecía el pliego de condiciones inicial, y fue solo gracias a los cambios audaces que se hicieron al mismo que se ajustó a los debilitados requerimientos, que ya no se compadecen con la importancia y trascendencia del objeto contractual. En otras palabras, si no es por los reiterados, variados y múltiples cambios introducidos, la propuesta ganadora no se habría ajustado al pliego.

**8. Descalificación de la propuesta de Aguas de los Andes S.A. E.S.P.**

De otro lado, indicó la demandante que la propuesta de Aguas de los Andes S.A. E.S.P. debió ser evaluada porque reunía las exigencias para ser considerada elegible.

Para empezar, recuérdese que fueron tres las razones por las cuales el comité evaluador consideró que no era elegible esa propuesta: i) el certificado de existencia y representación del asistente técnico fue allegado en idioma italiano y, por tanto, era inapreciable su contenido en atención a las normas sobre idioma establecidas en el pliego de condiciones; ii) las certificaciones expedidas para acreditar el cumplimiento de los requisitos del asistente técnico calificado fueron suscritas por esa misma sociedad, circunstancia que impedía otorgarles valor acreditativo; y iii) las certificaciones aportadas para acreditar la participación del proponente en un sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000, dieron cuenta de la participación de otra sociedad distinta a la proponente.

La Sala advierte que es innecesario estudiar los aspectos cuestionados por el apelante, porque en los párrafos anteriores se concluyó que los defectos en que incurrió EPN no sólo beneficiaron anormalmente al adjudicatario sino también al demandante –aunque a éste en menor medida, sin duda alguna-.

En efecto, Aguas de los Andes S.A. ESP. también se presentó al proceso de contratación con la ayuda de un *asistente técnico calificado*, es decir, acreditó su capacidad técnica de esta manera; figura reprochada en los párrafos anteriores e imputable al proceso de contratación en su conjunto y no exclusivamente al hecho de que el ganador la haya usado, porque está demostrado que el demandante también lo hizo.

En esta medida, no podría ser adjudicataria del contrato ni la sociedad ganadora ni alguna otra que se haya servido de la misma institución que la Sala ya declaró indebida o inoportunamente incorporada al pliego de condiciones de la convocatoria pública que adelantó EPN. Al análisis allí realizado se remite en esta oportunidad.

**9. Causal de nulidad aplicable a los contratos de entidades excluidas de la Ley 80, en caso de nulidad de los actos precontractuales en que se funda el contrato. Restituciones mutuas.**

Si bien ya se explicó que la Sala declarará la nulidad del contrato porque el acto de adjudicación, a su vez, adolece de nulidad, resta por considerar qué causal o vicio afecta el contrato.

Para empezar, se descarta que se trate de la causal prevista en el artículo 44.4 de la Ley 80, de conformidad con la cual:

*“**Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

*(…)*

*“4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*

*(…)”*

Esta norma no aplica a los contratos de las entidades excluidas de la Ley 80, precisamente porque otras leyes sectoriales dispusieron que su régimen es el derecho privado -en el caso concreto la Ley 142 de 1994- y porque estas disposiciones no forman parte de los principios de la función administrativa, ni de los que conforman la gestión fiscal, ni se trata del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Tampoco se aplican los demás temas o materias que regula la Ley 80, salvo dos, se insiste en ello: régimen de *inhabilidades e incompatibilidades*, por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150; y en algunos casos el régimen de las *cláusulas exorbitantes*, cuando leyes especiales autoricen que se incluyan en estos contratos.

No obstante, idéntica causal de nulidad absoluta estuvo prevista en el inciso segundo del artículo 87 del CCA. –modificado por la Ley 446 de 1998-, de conformidad con la cual, celebrado el contrato *“… la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”*, disposición que no rige para ciertos o determinados contratos estatales –porque se encuentra en el CCA.-, sino a todos, con independencia del régimen sustantivo que apliquen.

Según lo expuesto, mientras estuvo vigente el aparte citado del artículo 87, la ilegalidad de los actos previos también fue causal de nulidad absoluta de los contratos excluidos de la Ley 80, pero por disposición expresa de dicha norma, no por aplicación directa del artículo 44.4 de la ley citada. Este es el supuesto que aplica al caso concreto, porque el contrato se celebró en vigencia de aquella norma.

Como dato relevante, se destaca que en vigencia del CPACA ese apartado no se reprodujo en el artículo 141, así es que dejó de constituir una causal de nulidad autónoma.

Ahora, como la Ley 142 de 1994 no remite al régimen de nulidades de la Ley 80, el que aplicaba a los negocios de estas entidades, y continúa haciéndolo, es el previsto en el derecho civil y en el derecho comercial, según la naturaleza del contrato que celebren, y en el caso *sub iudice* será el *comercial*, porque las dos partes del contrato son comerciantes. En este orden de ideas, el artículo 899 establece que:

*“Artículo 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

*“1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*

*“2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*

*“3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.*

De conformidad con esta disposición, la Sala considera que el contrato suscrito entre EPN y Operadores de Aguas y Energía S.A. también incurrió en la causal primera, porque EPN contrarió normas imperativas del derecho administrativo y del derecho privado, que proscriben que las entidades estatales regidas por el derecho privado y por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal actúen contra la *sana competencia*, la *buena fe* –artículo 83 de la CP.-, la *moralidad* y la *trasparencia* –artículo 209 de la CP.-, vulnerados con los comportamientos objetados por el demandante y acreditados en este proceso, al ajustar las condiciones de un negocio jurídico a las necesidades de determinado participante en el proceso de contratación.

También se destaca que en el derecho comercial esta causal de nulidad es independiente del *objeto ilícito*, pese a que en el derecho civil forma parte de él –artículo 1519 del Código Civil-, pues en el numeral 2 del artículo 899 la regula de manera autónoma.

Como consecuencia, la configuración de las dos causales de nulidad examinadas autoriza que entre las partes haya restituciones mutuas, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del contrato, en virtud de las cuales se ordenará que el contratista restituya a EPN: i) la infraestructura y los bienes asociados a la prestación del servicio, con todos los elementos recibidos de la entidad; ii) toda la información de que dispone –bases de datos, manuales, programas de trabajo, planes y demás documentos financieros, técnicos y contables-, recibida o producida, con la cual han prestado los servicios públicos; iii) las obras ejecutadas y los bienes de todo tipo incorporados al servicio, desde que inició la ejecución del contrato y hasta la terminación del mismo, así como los planos y en general toda la información técnica asociada al negocio; v) el hardware y software utilizados para prestar el servicio.

Del mismo modo, EPN reconocerá al contratista, en la estricta y precisa forma de pago prevista en el contrato -sin reconocer indemnización o pago por otro concepto-, la retribución correspondiente a las actividades ejecutadas hasta la fecha de terminación de este negocio jurídico -bien la ordenada en esta sentencia, o bien la ocurrida en fecha anterior (si acaso durante el proceso judicial sucedió por otra causa)-.

**10. Declaración oficiosa de otra causal de nulidad: *asignación ilegal de actividades propias de la prestación de un servicio público a una empresa no constituida como prestadora de SPD, como lo exige la Ley 142 de 1994***

La Sala observa que en el caso concretó se configuró otra causal de nulidad absoluta del contrato, que exige su declaración oficiosa: falta de capacidad del adjudicatario y posterior contratista de EPN.

Resulta que la Ley 142 de 1994, en el artículo 15,  distinguió las personas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos; ii) las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; iii) los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; iv) las organizaciones autorizadas de acuerdo con esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; v) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esa Ley y vi) las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17.

En concordancia con lo anterior, el artículo 17 previó que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley[[31]](#footnote-31). A continuación, el artículo 18 consagró que las empresas de servicios públicos tienen como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa[[32]](#footnote-32).

Finalmente, de conformidad con el artículo19, que reguló el régimen de las empresas de servicios públicos, su nombre siempre debe incluir las palabras "empresa de servicios públicos" o las letras "E.S.P.".

Lo anterior significa que en el sector de los servicios públicos domiciliarios sólo pueden ser prestadores de los mismos los sujetos identificados en el artículo 17. Entre ellos se encuentran las *empresas* –que se clasifican en oficiales, mixtas y privadas-, las cuales tiene una característica singular: su naturaleza debe ser la de prestar estos servicios, así que su objeto social no puede comprender otras actividades, porque el artículo 18 las concibe como de *giro único* o *exclusivo*, es decir, una empresa de SPD no puede dedicarse a gestionar otras actividades comerciales, y, sobre todo, una empresa que no tenga por objeto social prestar exclusivamente SPD no puede dedicarse a esta actividad. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado al indicar:

*“De igual manera, ‘en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994 se determinan especiales condiciones sobre naturaleza y régimen jurídico propio para los entes que pretendan incorporarse al tráfico jurídico de los servicios públicos. En cuanto a su naturaleza, señala la ley que éstas deben tener el carácter de empresas de servicios públicos en la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Esto es, la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la ley sobre la materia, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa’.*

*(…)*

*“Así las cosas, es claro que las empresas de servicios públicos pueden adoptar dentro de su objeto social la prestación de múltiples servicios públicos, pero, siempre y cuando cada uno de ellos se encuentre contemplado entre aquellos regulados por la Ley 142 de 1994, por supuesto, con la obligación de llevar la contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten, en los términos de la misma ley.*

*“Entonces, se tiene que el objeto de una empresa de servicios públicos debe estar circunscrito a lo preceptuado por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 que lo restringe a la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa, por supuesto, con la facultad que tienen las comisiones de regulación para obligar a estas empresas a tener un objeto exclusivo, y desde luego circunscrito a alguno de los previstos como servicio público domiciliario, cuando se establezca que la multiplicidad limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario.*

*“Y este objeto exclusivo y circunscrito a la prestación de alguna de las actividades que según la Ley 142 de 1994 constituyen servicios públicos domiciliarios se desprende de la literalidad de lo dispuesto en su artículo 18 al preceptuar que ‘la Empresa de Servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa…’ , y se corrobora con sólo tener en cuenta que la regla general es que las personas jurídicas pueden dedicarse a las actividades que quienes las constituyen tengan a bien señalar en su objeto, a menos que la ley establezca una limitación, tal como ocurre, por ejemplo, con las entidades financieras, las compañías aseguradoras o los agentes de aduana.*

*“Luego, si el legislador se detuvo a señalar que las ‘la empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley…’, resulta obvio que el querer de la ley es que el objeto sea exclusivo, lo que, a no dudarlo, se debe a la búsqueda de la eficiencia en la prestación de esos servicios y los demás fines previstos en el artículo 2 de la Ley, mediante la incorporación de un mandato imperativo que no puede ser modificado por la misma empresa, ni mucho menos desconocido en el ámbito de las prestaciones que asuma en el tráfico jurídico.*

*“De manera que la Sala encuentra que el legislador definió con suficiente claridad la naturaleza y el objeto de las empresas de servicios públicos, de tal forma que las actividades que se desarrollan con ocasión de su objeto sean exclusivamente la prestación de los servicios públicos domiciliarios o de sus actividades complementarias, determinados cada uno de estos conceptos por el artículo 14 de la misma Ley”.[[33]](#footnote-33)*

En consonancia con lo expuesto, para definir, desde el punto de vista material, qué actividades comprenden la prestación de un servicio público, es indispensable remitirse a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 142, normativa que al definir los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, estableció:

*“14.22. Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y trasporte.*

*“14.23. Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.*

*“14.24. Servicio público domiciliario de aseo[[34]](#footnote-34). Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos” (Subraya fuera de texto).*

De la norma se concluye que el contrato celebrado con el fin de encomendar la prestación de tres servicios públicos, la parte prestataria sea pública o privada, necesariamente deberá estar constituida bajo la forma jurídica de empresa de servicios públicos: ESP.

Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que al adjudicatario del contrato No. 01 de 2007, producto de la invitación Pública No. 002 de 2006, se le asignó la prestación de parte importante de las actividades que forman parte de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. En efecto, en el numeral 5.2. del contrato, entre las obligaciones especiales a cargo del gestor o contratista, se le encomendaron las siguientes:

*“5.2.2. Conexión de usuarios al sistema de acueducto y alcantarillado.*

*“(…)*

*“b) Manejar las nuevas conexiones de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.*

*“(…).*

*“d) efectuar la suspensión y la reinstalación del servicio público domiciliario y la reinstalación del servicio público domiciliario de acueducto por causas imputables al usuario.*

*“e) efectuar el corte sencillo con dispositivo y reinstalación del servicio de acueducto.*

*“5.2.3. Gestión técnica.*

*“e) realizar el suministro, adecuación e instalación de medidores a reponer de acuerdo con la relación contenida en el anexo técnico comercial.*

*“f) implementar un banco de medidores en atención a las normas reglamentarias vigentes, de acuerdo con lo establecido en el ANEXO TECNICO COMERCIAL.*

*“5.2.4. Medición del Consumo.*

*“a) adelantar la lectura de los consumos.*

*“b) Realizar el proceso de crítica.*

*“c) Instalar y cambiar los medidores trabados y hurtados o solicitados para conexiones existentes.*

*“d) Revisar los medidores instalados”.*

Comoquiera que muchas obligaciones que se asignaron al gestor contemplan la prestación de estos servicios públicos, es necesario que el contratista -sociedad Operadores de Aguas y Energía S.A.- ostentara la facultad de E.S.P. Sin embargo, al revisar las pruebas se evidencia que la sociedad se constituyó mediante la escritura pública No. 0005708 del 18 de diciembre de 2006, inscrita el 26 de diciembre del mismo año, como sociedad comercial de carácter anónima[[35]](#footnote-35), sin estar revestida de la naturaleza de Empresa de Servicios Públicos, calidad que adquirió más de un año y medio después de haber celebrado el contrato adjudicado.

Esta circunstancia contrarió las normas citadas de la Ley 142 de 1994, así es que al no haberse creado Operadores de Aguas y Energía S.A. como una E.S.P. no podía encargársele la prestación de los SPD, circunstancia que permite concluir que tanto la Resolución No. 0130 de 2007 como el contrato No. 01 de 2007 se encuentran viciados de nulidad por falta de capacidad del contratista –artículo 899.3 del Código de Comercio-.

Ahora bien, el juez puede declarar de oficio este vicio, de conformidad con las facultades que le otorga la ley[[36]](#footnote-36). En ese sentido, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, dispuso que “*El juez administrativo queda facultado* ***para declararla******de oficio*** *cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.*

Adicionalmente, tanto Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.E., en calidad de demandada, como el adjudicatario y el contratista -sociedad Operadores de Agua y Energía S.A.-, en calidad de litisconsortes necesarios por pasiva, fueron vinculados al proceso, según quedó advertido en los antecedentes procesales, y no han trascurrido más de 10 años desde que se suscribió el contrato, contados desde la firma del mismo –marzo 15 de 2007-.

**11. Costas**

Finalmente, la Sala no condenará a ninguna de las partes al pago de las costas del proceso, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 171 del CCA., la conducta de las partes demuestra que ambas tenían parcialmente la razón, y que parcialmente estaban equivocadas: la demandante, porque la adjudicación y el contrato son nulos; y la demandada, porque Aguas de los Andes S.A. E.S.P. no podía ser adjudicataria del contrato.

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

##### FALLA:

**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia proferida el 8 de junio de 2012, por el Tribunal Administrativo del Huila.

**SEGUNDO: ANÚLASE** la Resolución No. 130 del 28 de febrero de 2007, por medio de la cual Empresas Públicas de Neiva adjudicó el contrato de gestión comercial; y **ANÚLASE** el contrato que en consecuencia se suscribió entre Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P. y Operadores de Aguas y Energía S.A.

**TERCERO:** A título de restituciones mutuas, **ORDÉNASE** a Operadores de Aguas y Energía S.A. restituir a Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P.: i) la infraestructura y los bienes asociados a la prestación del servicio, con todos los elementos recibidos de la entidad; ii) toda la información de que dispone –bases de datos, manuales, programas de trabajo, planes y demás documentos financieros, técnicos y contables-, recibida o producida, con la cual han prestado los servicios públicos; iii) las obras ejecutadas y los bienes de todo tipo incorporados al servicio, desde que inició la ejecución del contrato y hasta la terminación del mismo, así como los planos y en general toda la información técnica asociada al negocio; iv) el hardware y software utilizados para prestar el servicio.

Del mismo modo, **ORDÉNASE** a Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P. reconocer a Operadores de Aguas y Energía SA., en la estricta y precisa forma de pago prevista en el contrato -sin reconocer indemnización o pago por otro concepto-, la retribución correspondiente a las actividades ejecutadas hasta la fecha de terminación de este negocio jurídico -bien la culminación ordenada en esta sentencia o bien la ocurrida en fecha anterior (si acaso durante el proceso judicial sucedió por otra causa)-.

**CUARTO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda, y la excepciones propuestas en la contestación a la misma.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. El acto de notificación consta a folios 715 a 724 del C. 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. su constancia de notificación obra a folios 52 y 53 del cuaderno de llamamiento. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 733 del C. 2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 847 a 851 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 853 de la presente actuación. [↑](#footnote-ref-5)
6. De conformidad con el Decreto 286 de 1997, la entidad Empresas Pública de Neiva – Empresa de Servicios Públicos E.S.P., de carácter oficial, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente encargada de la prestación de la organización, prestación y administración de los servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado, Aseo y Plazas de Mercado de Neiva, bien sea directamente o por contrato con tercero. [↑](#footnote-ref-6)
7. En cuanto a su naturaleza, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 dispone que las empresas de servicios públicos deben tener la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Igualmente, en su parágrafo señala que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

   A su turno, la Ley 489 de 1998, en el literal d), numeral 2 del artículo 38 prevé que la Rama Ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios, está integrada, entre otras, por las empresas oficiales de servicios públicos. Así mismo, el artículo 68 de la misma normativa establece que las empresas oficiales de servicios públicos son entidades descentralizadas y, como tal, son órganos del Estado. [↑](#footnote-ref-7)
8. Para el mes de abril de 2007, época de presentación de la demanda, el salario mínimo mensual vigente era de $433.700. [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos*[*209*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#209)*y*[*267*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr009.html#267)*de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Del mismo modo, Luis Cosculluela Montaner, en Manual de Derecho Administrativo – Vigésima sexta edición. Editorial Aranzadi S.A. 2015. Pamplona. Páginas 424 y 425-, al definir los contratos privados en los siguientes términos considera que:

    *“Estos contratos se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por el TRLCS y sus normas de desarrollo; supletoriamente por las restantes normas del derecho administrativo que le sean de aplicación o en su defecto por las normas de derecho privado que correspondan en virtud de la forma organizativa de la entidad contratante. Y en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado.*

    *“(…).*

    *“También se atribuyen a esta Jurisdicción las cuestiones referentes a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada; en particular, de las derivadas de la resolución de los recursos especiales para estos contratos armonizados. Mientras que las demás cuestiones que se susciten con relación a sus efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos privados compete a la jurisdicción ordinaria. Esta atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque el contrato tuviera la naturaleza de contrato privado de las cuestiones que se susciten en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos privados se realiza en virtud de la teoría de los actos separables.*

    *“Esta teoría fue elaborada por el Consejo de Estado francés y defiende en esencia que las reglas administrativas, sobre la competencia, preparación del contrato, selección de contratistas y adjudicación del contrato son actes detachables del régimen de fondo de los contratos privados que celebre la Administración, que se rigen siempre por el derecho administrativo y se enjuician por la jurisdicción contencioso-administrativa”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Así lo considerado esta Subsección en sentencia del 29 de enero de 2014, proferida dentro del expediente No. 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez:

    *“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, 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”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Para realizar el cómputo respectivo se tuvo en cuenta que el 19 de marzo de 2007 fue festivo y que la semana santa transcurrió entre el 2 y el 6 de abril de 2007, y por tanto se trataba de días inhábiles, por corresponder a un período de vacancia judicial. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 690 a 699 c1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 745 a 786 c2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre la vinculación de las reglas establecidas en procesos de contratación de entidades excluidas, la Sala ya había expresado que: *“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.”* (Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, exp. 38.696) [↑](#footnote-ref-15)
16. Principalmente en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009. [↑](#footnote-ref-16)
17. Original de la cita: 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*. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 207 del c. 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 208 del c. 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio73 del c. 2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 351 a 361 c. 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de Derecho Contractual Público, Primera Edición, Editorial Legis. Bogotá. 2014, página 416. [↑](#footnote-ref-22)
23. Oficio No. 220-46798 del 26 de agosto de 2005 de la Superintendencia de Sociedades. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 350 a 352 c. 1. [↑](#footnote-ref-24)
25. “*DECRETO 4646 del 26 diciembre 27, publicado en el Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 200, de conformidad con el cual se modificó la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se estableció:*

    *“ARTÍCULO 33. DIRECCIÓN GENERAL DE CRÉDITO PÚBLICO Y DEL TESORO NACIONAL. Decreto derogado por el artículo*[*48*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_4712_2008.htm#48)*del Decreto 4712 de 2008> Son funciones de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional las siguientes:*

    ***“(…).***

    *“14. Efectuar directamente o a través de intermediarios especializados y autorizados, la colocación de los excedentes de liquidez de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional y de los recursos que esta administre, teniendo en cuenta, en todos los casos, los criterios de seguridad y solidez y su realización en condiciones de mercado, con sujeción a los lineamientos y procedimientos que para tal efecto establezca esta Dirección.*

    *“En desarrollo de lo anterior, la Dirección, podrá realizar las siguientes operaciones financieras:*

    *“a) En moneda nacional:*

    *“Compra y venta de títulos valores emitidos por la Nación, el Banco de la República, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y las entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; compras con pacto de retroventa con entidades públicas y con entidades financieras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; constitución de depósitos remunerados y de inversiones financieras en entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; préstamos transitorios a la Nación de los recursos y de los títulos valores de los fondos que administra la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional y operaciones de cubrimiento de riesgos.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Decreto 2650 de 1993 por el cual se modifica el plan único de cuentas para los comerciantes. “***ART. 1º-OBJETIVO.****El plan único de cuentas busca la uniformidad en el registro de las operaciones económicas realizadas por los comerciantes con el fin de permitir la transparencia de la información contable y por consiguiente, su claridad, confiabilidad y comparabilidad.*

    ***“ARTICULO 2º CONTENIDO.****El plan único de cuentas está compuesto por un catálogo de cuentas y la descripción y dinámica para la aplicación de las mismas, las cuales deben observarse en el registro contable de todas las operaciones o transacciones económicas.*

    *“(…).*

    ***“ARTICULO 14.****La codificación del Catálogo de Cuentas está estructurada sobre la base de los siguientes niveles:*

    *“Activo (…)”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. DECRETO 393 DE 2002

    La capacidad financiera se determinará tomando en cuenta dos componentes, el factor de endeudamiento y la capacidad circulante.

    *“1. (…).*

    *“2. Capacidad Circulante (Cc): Se define como la diferencia entre los activos corrientes y los pasivos corrientes, expresados en s.m.m.l.v. al momento de corte de los estados financieros, con base en la última declaración de renta o el último balance comercial según sea el caso (…)”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Con las exigencias del pliego es claro que ni siquiera las empresas importantes del sector de los SPD del país se ajustaban a sus requisitos, pues, por citar un ejemplo, suficientemente representativo, ni siquiera Empresas Públicas de Medellín –EPM- se ajustaba, a sabiendas de que se trata de una organización empresarial con gran capacidad prestadora de esos servicios. Téngase en cuenta que en la época de los hechos EPM prestaba el servicio de acueducto en 10 municipios –ver en www.epm.com.co-, pero el pliego exigió que lo hiciera en más de 10 –es decir, en 11 por lo menos-, de manera que no cumplía el requisitos de EPN. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 501 a 529 c. 1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 477 a 496 del cuaderno 1 de pruebas. [↑](#footnote-ref-30)
31. El inciso primero del artículo 17 dispone: *“Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. *“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.*

    *“Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.*

    *“Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.*

    *“Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultades para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 4 de junio de 2015, expediente No. 37.566, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-33)
34. Este numeral fue [modificado por el artículo 1 de la Ley 689 de 2001](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4633#1).   [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 292-292 c. 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. El artículo 1742 del Código Civil ordena: “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;…*”. [↑](#footnote-ref-36)