**SOCIEDADES - Deberes - Estados financieros - Preparación - Difusión**

Las normas contables vigentes para la época estaban establecidas en varios artículos de la Ley 222 de 1995 y de la reglamentación de la contabilidad consagrada en el Decreto 2649 de 1993, tal y como lo refirieron los apelantes. […] Del análisis de las normas citadas se desprende el deber de las sociedades, con corte a 31 de diciembre de cada año, de preparar y difundir sus estados financieros, entre ellos el balance general, debidamente certificados. Adicionalmente, el balance general debe someterse a la aprobación del órgano social competente y depositarse copia en la Cámara de Comercio del domicilio social. En el mismo sentido, el balance certificado se presume auténtico, salvo que se demuestre lo contrario. Al analizar el caso concreto, se constata que el proponente UT RTS no presentó el balance general aprobado por el órgano social con corte a 31 de diciembre de 2004, que cumpliera con todos los requisitos legales, ni alegó, en momento alguno, su intención a aportar dicho documento financiero que permitiera aclarar las diferencias que tuvieron origen en su comportamiento.

**PLIEGOS DE CONDICIONES -** **Reglas de selección - Acto de adjudicación**

La Sala encuentra probado que las reglas de selección contenidas en los pliegos (no demandados y que gozan de presunción de legalidad) fueron aplicadas debidamente o, lo que es lo mismo, el acto de adjudicación fue legal en la medida en que aplicó correctamente los términos de referencia, al no otorgar puntaje a la información contenida en el documento presentado como balance general, que contenía cifras diferentes a las aprobadas por el órgano social competente.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN** **- Nulidad - Carga de la prueba**

Para la Sala resulta fundamental recordar la obligación de los proponentes inconformes con la decisión de adjudicación de una entidad de probar que, de haberse evaluado su propuesta, se hubiesen convertido en el proponente adjudicatario, pues esta conclusión no puede suponerse, ni se desprende, de manera automática, del error de una entidad de no evaluar su propuesta. De esta manera, una cosa es que la Administración deje de evaluar equivocadamente una propuesta, y otra que el afectado con esa decisión se hubiese convertido en el ganador del procedimiento contractual administrativo. De manera entonces que, si bien procede la reparación integral en sede precontractual cuando se ha ocasionado un daño originado en una acción u omisión de la Administración, diversos supuestos pueden tener lugar en sede precontractual, toda vez que, entre otros eventos, un supuesto se configura cuando se lesiona el derecho del proponente a que su oferta sea valorada y otro cuando se vulnera el derecho a ser adjudicatario. Por demás, la parte inconforme con la decisión de la entidad pública tiene que cumplir con su carga de probar el perjuicio derivado de la actividad de la Administración.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-12082-01(38995)**

**Actor: RTS SERVICIOS DE SALUD LTDA. Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL - Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (DECRETO 1 DE 1984) (APELACIÓN SENTENCIA)**

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contratación directa – Responsabilidad precontractual - Responsabilidad del contratista ante la presentación de información a la entidad.

Síntesis del caso: el demandante pretendió la declaratoria de la nulidad y el correspondiente restablecimiento del derecho por la adjudicación del contrato a otro oferente, luego de que su oferta fuera desestimada por existir inconsistencias entre la información de los estados financieros que presentó ante la entidad y los reportados ante la Cámara de Comercio.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 17 de marzo de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. **ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite de primera instancia – 1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

**1.1. La demanda y su trámite de primera instancia**

1. El 7 de septiembre de 2005, las sociedades RTS Ltda. y Nefrológica San José Ltda., con posterior ratificación por parte del Centro de Terapia Renal de Medellín Ltda., Servicio de Terapia Renal de Santander Ltda., Renal médica Ltda., Cruz Roja Huila Servicio de Terapia Renal Ltda., Laboratorios Baxter S.A., RTS Servicios de Salud Ltda., Unidad Renal del Tolima Ltda., Instituto del Riñón de Sucre Ltda. y Nefro Salud Ltda., integrantes de la Unión Temporal RTS, a través apoderado judicial, presentaron **demanda** en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y de Fresenius Medical Care Colombia S.A., en ejercicio de la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho** (demanda que fue subsanada en tres oportunidades: el 9 de noviembre de 2005, el 22 de marzo y el 23 de agosto de 2006) con el fin de que se acogieran las siguientes pretensiones: 1) se declarara la nulidad de la Resolución 394 de 26 de julio de 2005, expedida por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional; 2) se restableciera el derecho de los demandantes, condenando a los demandados a “*pagarles los perjuicios ocasionados*” con la citada Resolución; 3) se declarara la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Policía Nacional y la sociedad Fresenius Medical Care Colombia S.A., con fundamento en la causal 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993; 4) se condenara a las demandadas a pagar las costas del proceso.
2. En la **demanda** la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:
3. 1) Mediante Resolución 304 de 17 de junio de 2005, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional ordenó la apertura del procedimiento de contratación directa 17-DISAN-2005.
4. 2) El 5 de julio de 2005 presentaron ofertas las sociedades integrantes de la Unión Temporal RTS-Red Nacional de Servicios Renales UT y la sociedad Fresenius Medical Care Colombia S.A.
5. 3) Dentro de los requisitos señalados en los términos de referencia se exigió la presentación de un balance general con corte a 31 de diciembre de 2004, debidamente auditado y certificado, esto es, suscrito por un contador y un revisor fiscal.
6. 4) La UT RTS presentó los balances respectivos, sin embargo, la Dirección de Sanidad encontró que entre dichos balances y los presentados por RTS ante la Cámara de Comercio, para obtener la renovación de la matrícula mercantil, existían diferencias.
7. 5) Con base en la anterior consideración, la Dirección de Sanidad concluyó que RTS limitada no había cumplido el requisito, insubsanable, de presentar los balances en los términos indicados.
8. 6) Como consecuencia, la propuesta de la demandante no fue considerada y el contrato le fue adjudicado a la sociedad Fresenius Medical Care Colombia S.A.
9. 7) De haberse considerado la propuesta de la Unión Temporal RTS-Red Nacional de Servicios Renales UT, el contrato le hubiera sido adjudicado, “*porque el puntaje total asignado a su oferta en las diferentes calificaciones parciales establecidas para el proceso de contratación, era superior al obtenido por la propuesta de la sociedad que resultó adjudicataria*”.
10. 8) Como consecuencia de la adjudicación, se celebró el contrato objeto del proceso de contratación directa.
11. Como **concepto de la violación** se argumentó que la nulidad del acto impugnado se originaba en su falsa motivación, toda vez que no resultaba cierto que no se hubiera presentado el balance, pues, los balances aportados, cuando se adviertan diferencias entre estos y “*otros del mismo ente económico de fecha anterior, aunque con idéntico corte*”, no deben tenerse por no presentados. Sumado a lo anterior se indicó que, la nulidad del contrato debía ser declarada con fundamento en el artículo 44 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, esto es, por declararse nulos los actos administrativos en los que se fundamentó.
12. Mediante memorial de 26 de octubre de 2005, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda para que, entre otros, se realizaran las siguientes precisiones: 1) “*ajustar la cuantía de la demanda a la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación de la licitación, esto es, el AIU pactado en el contrato*”; 2) “*dentro del acápite de pruebas, deben solicitarse las pruebas que establezcan que si el demandante no hubiera sido excluido del proceso licitatorio, hubiera ganado la licitación, para lo cual se sugiere solicitar un dictamen pericial a un Profesional de la Salud que evalúe las pruebas presentadas y emita un concepto*”[[1]](#footnote-1).
13. El 9 de noviembre de 2005, la parte demandante presentó escrito de subsanación, en el que estimó razonadamente la cuantía de la demanda en 1.876.133.643[[2]](#footnote-2).
14. A pesar de haber presentado escrito de subsanación, el magistrado ponente del Tribunal, en providencia de 8 de marzo de 2006, encontró que la demanda aún adolecía de defectos, por lo que le solicitó, nuevamente, aportar documentación para subsanarla[[3]](#footnote-3). Una vez más, en escrito de 9 de agosto de 2006, previo a la decidir sobre la admisión, el magistrado ponente solicitó que se aportaran documentos para verificar la legitimidad activa en la causa y la debida representación[[4]](#footnote-4).
15. Finalmente, mediante Auto de 27 de septiembre de 2006, **se admitió la demanda**[[5]](#footnote-5).
16. Fresenius Medical Care Colombia S.A. **contestó la demanda**[[6]](#footnote-6) y se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la parte actora, por considerar que no existió vicio de nulidad que afectara la resolución impugnada.
17. Sostuvo que no era cierto que en el proceso de contratación se exigiera la “*presentación de ‘un balance’, como lo señala el demandante, lo que se exigió fue la presentación del balance general de acuerdo a las normas contables vigentes conforme al artículo 37 de la Ley 222 de 1995*”, y que dicho requisito debía ser cumplido por cada uno de los miembros de la Unión Temporal, situación que no acató la sociedad RTS Ltda., ya que tenía dos balances diferentes para el mismo período.
18. Adicionalmente, argumentó que la UT RTS no presentó una oferta más favorable que le permitiera alcanzar un mejor puntaje que el obtenido por quien, finalmente, resultó adjudicataria del contrato.
19. Con fundamento en lo anterior, sostuvo que no existían razones para declarar la nulidad del acto administrativo, ni se configuró causal alguna de falsa motivación de la resolución impugnada, así como ningún argumento para que prosperaran las pretensiones.
20. A su vez, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional **contestó la demanda**[[7]](#footnote-7) y se opuso a la totalidad de las pretensiones.
21. Señaló que, luego de la evaluación de las ofertas de acuerdo con los criterios establecidos en los términos de referencia, como resultado del análisis del Comité Económico, y tras analizar las observaciones presentadas a la evaluación, se rechazó la oferta presenta por la UT RTS “*por la inconsistencia en la información suministrada que impide ejecutar o continuar con la correspondiente verificación y evaluación financiera, como quiera que al no presentarse la uniformidad que debe existir entre los diferentes documentos que se allegan en una oferta y, para el caso particular, los de orden financiero, se dificulta e imposibilita el cumplimiento del principio de selección objetiva previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993*”. De manera que la propuesta de RTS no fue rechazada por la no presentación del balance general con corte a 31 de diciembre de 2004, sino por las inconsistencias en la información suministrada.
22. Concluyó, entonces, que la información presentada no permitía tener certeza sobre la veracidad de los datos consignados en los estados financieros de la UT RTS.
23. Finalmente, sostuvo que la Resolución 394 de 2005 se motivó adecuadamente, ya que en ella se incorporaron las evaluaciones efectuadas por el Comité de Evaluación y de la Junta Asesora de Contratación, de acuerdo con las reglas del proceso de selección.
24. El 17 de marzo de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia de primera instancia**[[8]](#footnote-8) mediante la cual se resolvió: 1) declarar la nulidad parcial de la Resolución 394 de 26 de julio de 2005, mediante la cual la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional adjudicó la contratación directa 017-DISAN-2005 a la firma Fresenius Medical Care S.A.; 2) ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Direccíón de Sanidad, pagar la suma de 254.604.546; 3) declarar la nulidad parcial del contrato ; 4) negar las demás pretensiones.
25. Para arribar a las anteriores conclusiones el juzgador de primera instancia consideró que el cargo de falsa motivación estaba llamado a prosperar parcialmente pues, aunque era verdad que los datos del balance general presentados con la propuesta y los datos reportados por la Cámara de Comercio no coincidían, en realidad (se trascribe):

*“los presentados ante la entidad gozan de presunción de veracidad, pues la información en él contenida fue certificada y dictaminada por el representante legal, el revisor fiscal y la contadora de la firma RTS limitada (…) por el contrario, los datos que se leen en el documento de la Cámara de Comercio, no corresponden al balance general que presentó la firma RTS limitada para renovar su matrícula mercantil, sino es un pantallazo del sistema informático de la Cámara, y a simple se vista se observa que las cifras de uno y otro documento se diferencia en miles de millones de pesos, lo que conduce a pensar que al momento de digitar la información en la Cámara de Comercio, se pudieron cometer errores que no son posibles determinar, pues al proceso no se aportó el balance general entregado por RTS limitada a la Cámara de Comercio, que finalmente es el que daría certeza de la información digitada”[[9]](#footnote-9).*

1. En conclusión del Tribunal, el proponente debió ser calificado, pues, si “*la entidad pretendió desvirtuar la presunción de veracidad del balance general presentado por RTS limitada, debió haber hecho uso de los medios idóneos para ello, esto es, verificando los libros de contabilidad del proponente para saber si se ajustaban o no a lo cuantificado en los balances finales*".
2. A continuación, luego de señalar que no se había aportado la propuesta de la firma Fresenius Medical Care, lo que hubiera permitido realizar la comparación de las propuestas en el aspecto técnico, consideró que estaba probada, producto de una aclaración al dictamen practicado, la calificación que debió ser realizada por la entidad.
3. Como, en todo caso, RTS limitada no cumplía los requisitos para todas las ciudades en la que se debía prestar el servicio, sino solo para algunas de ellas, y en el entendimiento de “*que los términos de referencia admitían adjudicar parcialmente la propuesta*”, el Tribunal concluyó (se trascribe):

*“de haberse calificado la propuesta de la unión temporal demandante en el aspecto económico y financiero, ésta hubiera obtenido el mayor puntaje para la prestación del servicio para la atención integral ambulatoria y hospitalaria del paciente con insuficiencia renal, aguda o crónica en las ciudades de Sincelejo, Montería, Ibagué, Pereira, Cali, Barranquilla y Medellín; y si bien es cierto no se probó que la utilidad dejada de percibir ascendía al porcentaje del 26.5%, la póliza de garantía de seriedad de la oferta obligaba igualmente a la entidad a garantizar la seriedad al momento de calificar las propuestas (…) por lo que la Sala considera que se deberán liquidar los perjuicios, de acuerdo al porcentaje señalado en la póliza, es decir sobre el 10%”.*

1. Finalmente, declaró la nulidad parcial del contrato, sobre el que, a pesar de haberse terminado su ejecución, se hacía necesaria dicha declaratoria respecto de las ciudades en las que, en su entender, debió habérsele adjudicado el contrato a RTS limitada, “*pues la firma Fresenius Medical Care S.A. no puede favorecerse de una experiencia a la cual no tenía derecho*”.
	1. **Recurso de apelación y trámite de segunda instancia**
2. El 5 de abril de 2010, la parte demandada interpuso **recurso de apelación**[[10]](#footnote-10) en contra de la sentencia de primera instancia. En la sustentación del recurso[[11]](#footnote-11) el apoderado de la sociedad Fresenius Medical Care Colombia S.A. se pronunció sobre la inexistencia de la falsa motivación pues, entre otras consideraciones, el proceso contractual no debía ser el escenario para debatir cuál era el balance que se debía tener por válido, “*muchos menos podía el Tribunal el invertir la carga del apoderado de la parte demandante imponiendo a la Dirección de Sanidad de la Policía la obligación de verificar los libros de contabilidad del proponente*”.
3. La sociedad Fresenius consideró que el Tribunal cometió un error de derecho en contra de lo estipulado por los artículos 34, 37, 39 y 41 de la Ley 222 de 1995, al otorgarle presunción de veracidad al balance general presentado en la propuesta.
4. Sustentó su posición en el artículo 39 que regula la presunción de veracidad de los balances generales, salvo prueba en contrario, prueba que, en efecto, fue aportada al proceso, puesto que el único balance general es aquel que contiene los datos que fueron aprobados por el órgano social competente, y el presentado en el proceso de selección por la UT RTS de una de sus integrantes no cumplía con dicha exigencia.
5. Agregó el apelante que en la demanda hubo reconocimiento expreso de este hecho, pues el abogado afirmó que “*los que aquí interesan, no tienen el carácter de definitivos al no haber obtenido la aprobación del órgano social competente*”, es decir, hubo confesión de que el balance no estaba conforme con los principios de contabilidad vigentes y no cumplía con lo estipulado en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, asunto que “*no mereció ningún análisis del Honorable Tribunal*”.
6. Sostuvo, además, que la propuesta de la UT RTS no obtuvo el mayor puntaje, por lo que el juzgador de primera instancia erró al llegar a conclusión contraria, “*sin ninguna razón y contrario a las pruebas obrantes dentro del proceso*”. De manera que, si en gracia de discusión el balance presentado por RTS hubiera sido aceptado, en todo caso, y para todas las ciudades, Fresenius obtuvo el mayor puntaje.
7. Recordó el carácter insubsanable del requisito, al tiempo que indicó que una empresa no puede tener más de un balance general, a menos que lleve una doble contabilidad.
8. Finalmente, indicó que el Tribunal invirtió las cargas probatorias al sostener que la Dirección de Sanidad debió haber adelantado un análisis contable para verificar si la información suministrada por RTS era la misma que reposaba en los balances finales, lo que hubiera llevado a la entidad a tener que adelantar “*un procedimiento administrativo no contemplado en los términos de referencia*”.
9. La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional por su parte, al sustentar el recurso, indicó que cuando se constataron las diferencias en los estados financieros no se podía tener certeza de la veracidad de los datos consignados en los balances.
10. Tras advertir las inconsistencias, la Dirección de Sanidad requirió a RTS para que allegara el documento expedido por Cámara de Comercio donde se reflejaran las cifras del balance general y, en la documentación enviada como repuesta a dicho requerimiento, se halló la presencia definitiva de diferencias entre las cifras contenidas en los balances, por lo que la entidad no podía extralimitarse y solicitar libros de contabilidad al proponente para verificar cuál era la información exacta.
11. Las partes presentaron sus respectivos **alegatos de conclusión**[[12]](#footnote-12)en los cuales reiteraron las consideraciones esgrimidas en la apelación,y donde, además de reiterar sus argumentos, la parte demandante indicó que había reconocido la existencia de la inconsistencia en la información suministrada, solo que, a la referida diferencia entre los balances no se le podía atribuir los efectos que le asignó la entidad al rechazar la propuesta de la parte actora. Por su parte el **Ministerio Público** rindió **concepto** en el que solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia[[13]](#footnote-13).
12. El 19 de enero de 2017 el magistrado Ramiro Pazos Guerrero manifestó su impedimento, por haber conocido del asunto en primera instancia, impedimento que le fue aceptado mediante Auto de 25 de enero de 2017[[14]](#footnote-14).
13. El magistrado Martín Bermúdez Muñoz manifestó, de igual manera, su impedimento, por hallarse incurso en la causal prevista en el numeral 3 del artículo 141 del Código General del Proceso, el cual fue aceptado mediante Auto de 22 de julio de 2019[[15]](#footnote-15), providencia en la que se dispuso, además, la realización del sorteo de conjueces, al haberse visto afectado el quórum para decidir. El sorteo se realizó el 29 de julio de 2019, y en él resultaron designados como conjueces: Edgardo Villamil Portilla y Alier Eduardo Hernández Enríquez.

**2. CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Hechos probados - 2.3. Caso concreto - 2.4.Sobre la condena en costas

**2.1. Jurisdicción y competencia**

1. El presente asunto es de conocimiento de la **jurisdicción de lo contencioso administrativo** por tratarse de un proceso donde se pretende, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la declaratoria de nulidad de la resolución que adjudicó un contrato y la nulidad del contrato celebrado por una entidad estatal[[16]](#footnote-16).
2. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

**2.2. Hechos probados**

1. En consideración a los **medios de prueba** regularmente aportados al proceso, se acreditaron los siguientes hechos relevantes:
2. Mediante Resolución 304 de 17 de junio de 2005, el Director de Sanidad de la Policía Nacional ordenó la apertura de la contratación directa 17 – DISAN – 2005, para la celebración de un contrato cuyo objeto era “*la prestación del servicio para la atención integral ambulatoria y hospitalaria del paciente con insuficiencia renal agua o crónica (…)*”[[17]](#footnote-17).
3. En los términos de referencia se indicó que el balance general constituía un documento de orden financiero no subsanable[[18]](#footnote-18). En dichos términos de referencia se establecieron criterios de calificación de los documentos financieros, asignándoles puntaje, es decir, estos tenían incidencia directa en los factores de comparación de las propuestas, razón por la cual se señaló que el referido documento financiero tenía el carácter de no subsanable.
4. Una vez efectuado el cierre de la convocatoria, se presentaron los siguientes proponentes: i)Fresenius Medical Care de Colombia y ii)laUnión Temporal RTS[[19]](#footnote-19).
5. La primera evaluación jurídica, financiera, económica y técnica de las propuestas presentadas, arrojó como resultado que las firmas mencionadas cumplían los requisitos exigidos[[20]](#footnote-20).
6. Dentro del término del traslado de los informes de evaluación para que los oferentes presentaran observaciones, la sociedad Fresenius, entre otras consideraciones, indicó (se trascribe):

*“de acuerdo con la exigencia de los términos de referencia, RTS LTDA presentó sus estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2004, sobre el particular, encontramos que estos estados financieros no concuerdan con aquellos publicados y entregados por la Cámara de Comercio de Cali, domicilio principal de RTS, conforme el documento que se anexa. Siendo así, tenemos que podrían existir dos informes de estados financieros de la misma entidad para un mismo periodo, que estarían siendo utilizados públicamente. Uno como información oponible ante terceros en la Cámara de Comercio de Cali y otro en los procesos de contratación con el Estado”[[21]](#footnote-21) .*

1. La Dirección de Sanidad, mediante oficio 1053 de 19 de julio de 2005, requirió a la UT RTS para que remitiera el documento expedido por la Cámara de Comercio que reflejara las cifras del balance con corte a 31 de diciembre de 2004 y le pidió copia de la declaración de renta correspondiente al período fiscal 2004, acompañada de la conciliación entre la información contable y fiscal, debidamente suscrita por el contador que certificó los estados financieros[[22]](#footnote-22).
2. Como respuesta al requerimiento, mediante oficio del 21 de julio de 2005, la UT RTS expresó que la Cámara de Comercio no expide certificaciones sobre estados financieros de sociedades y que “*a lo sumo, se podría expedir copia de (…) los estados financieros depositados por las sociedades en cumplimiento de otras obligaciones señaladas por la Superintendencia de Industria y Comercio*”[[23]](#footnote-23), pero no allegó copia de esos estados financieros, sino que anexó el registro único empresarial y matrícula mercantil de las sociedades que conformaron la Unión Temporal.
3. El Comité Técnico, una vez verificados los documentos que aportó la UT RTS, señaló que “*efectivamente existen diferencias entre las cifras contenidas en el balance general con corte a diciembre 31 de 2004, incluido en la oferta y las cifras del balance que reposa en la Cámara de Comercio con corte a la misma fecha (…) En virtud de lo anterior el comité económico conceptúa que la inconsistencia de la información presentada genera un rechazo total de la oferta (…)*”[[24]](#footnote-24).
4. La junta asesora para la contratación administrativa de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, de conformidad con el Acta 46 de 26 de julio de 2005, recomendó al ordenador del gasto adjudicar totalmente la contratación directa 017—DISAN-2005 a la firma Fresenius, por cumplir con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos, y haber obtenido el mayor puntaje técnico y económico, de conformidad con las evaluaciones realizadas, recomendación que fue posteriormente acogida[[25]](#footnote-25).
5. El contrato fue finalmente adjudicado a Fresenius Medical Care S.A. mediante Resolución 394 de 26 de julio de 2006 y suscrito el 1 de agosto de 2005[[26]](#footnote-26)
6. En el dictamen pericial practicado se concluyó que “*para la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y para los pacientes, la propuesta más conveniente fue la presentada por Fresenius Medical Care Colombia S.A. en razón a que cumplió con la totalidad de los requisitos jurídicos, económicos y técnicos exigidos en los términos de referencia. No se puede afirmar lo mismo de la propuesta de RTS Red Nacional de Servicios Renales UT en razón a que UT no ofertó para cada unidad renal, el perfil profesional requerido (…)*”[[27]](#footnote-27).

**2.3. Caso concreto**

1. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si la Resolución de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en la que se dejó de calificar la oferta de la UT RTS, por las inconsistencias en la información, y se adjudicó el contrato a Fresenius Medical Care S.A., fue expedida con falsa motivación por haber trasgredido los términos de referencia, en lo relativo a la exigencia de presentación de documentos de orden financiero no subsanables, además de establecer si procede una eventual nulidad del contrato celebrado.
2. Para tal efecto, se deberá establecer si, para el caso, la presentación del balance general diferente al aprobado por el órgano social competente puede tenerse como documento válido en el proceso de contratación.
3. De conformidad con los hechos probados, la Sala encuentra que el documento presentado por la UT RTS como balance general de la firma RTS Ltda. difería del aprobado por el órgano social competente de la sociedad y, en tal sentido, sus cifras no coincidían con las que reposaban en la Cámara de Comercio.
4. Se tiene acreditado, además, que el requerimiento efectuado en los términos de referencia indicaba que el balance general con corte a 31 de diciembre de 2004 era un documento no subsanable.
5. Según lo estipulado en los términos de referencia de la convocatoria, se debía presentar el balance general con corte a 31 de diciembre de 2004, de acuerdo con las normas contables vigentes para la fecha del cierre. Las normas contables vigentes para la época estaban establecidas en varios artículos de la Ley 222 de 1995 y de la reglamentación de la contabilidad consagrada en el Decreto 2649 de 1993, tal y como lo refirieron los apelantes.
6. Las normas relevantes para el caso, que referían a los estados financieros de las empresas, eran las siguientes:

*“Artículo 34 de la Ley 222 de 1995. Obligación de preparar y difundir estados financieros. A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiera.*

*“Artículo 35. Estados financieros consolidados. La matriz controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deben preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados, que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente.*

*“Los estados financieros de propósito general consolidados deben ser sometidos a consideración de quien sea competente, para su aprobación o improbación.*

*“Las inversiones en subordinadas deben contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial.*

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

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

*“Artículo 41. Publicidad de los estados financieros. Dentro del mes siguiente a la fecha en la cual sean aprobados, se depositará copia de los estados financieros de propósito general, junto con sus notas y el dictamen correspondiente, si lo hubiere, en la Cámara de Comercio del domicilio social. Esta expedirá copia de tales documentos a quienes lo soliciten y paguen los costos correspondientes.*

*“Sin embargo, las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección, vigilancia o control podrán establecer casos en los cuales no se exija depósito o se requiera un medio de publicidad adicional. También podrán ordenar la publicidad de los estados financieros intermedios.*

*“La Cámara de Comercio deberá conservar, por cualquier medio, los documentos mencionados en este artículo por el término de cinco años”.*

1. Del análisis de las normas citadas se desprende el deber de las sociedades, con corte a 31 de diciembre de cada año, de preparar y difundir sus estados financieros, entre ellos el balance general, debidamente certificados. Adicionalmente, el balance general debe someterse a la aprobación del órgano social competente y depositarse copia en la Cámara de Comercio del domicilio social. En el mismo sentido, el balance certificado se presume auténtico, salvo que se demuestre lo contrario.
2. Al analizar el caso concreto, se constata que el proponente UT RTS no presentó el balance general aprobado por el órgano social con corte a 31 de diciembre de 2004, que cumpliera con todos los requisitos legales, ni alegó, en momento alguno, su intención a aportar dicho documento financiero que permitiera aclarar las diferencias que tuvieron origen en su comportamiento.
3. Como resultado de las observaciones presentadas por la firma Fresenius Medical Care, respecto de la evaluación financiera de RTS limitada, y ante las inquietudes derivadas de la diferencia en la información, la entidad requirió a la UT RTS para que remitiera la información pertinente expedida por la Cámara de Comercio donde se reflejaran las cifras del balance general con corte a 31 de diciembre de 2004[[28]](#footnote-28); esto es, la entidad cumplió con el deber de permitirle al oferente aclarar las dudas, sin embargo, luego de la contestación al requerimiento, las mismas persistieron, pues la respuesta del oferente no se encaminó a aportar los balances definitivos de conformidad con las indicaciones de los términos de referencia.
4. La entidad entonces no se limitó a dejar de calificar la propuesta ante la inquietud que le fue presentada en la etapa de evaluación, por el contrario, requirió al oferente para que aclarara la información, por lo que, lo que se calificó como meros “pantallazos” de la información, fue la misma que el oferente aportó como respuesta al requerimiento[[29]](#footnote-29). Su comportamiento no permitió que se superara la dificultad de la entidad para evaluar las ofertas con información disímil, lo que, a todas luces, impedía que se cumpliera con el principio de selección objetiva.
5. La Sala encuentra probado que las reglas de selección contenidas en los pliegos (no demandados y que gozan de presunción de legalidad) fueron aplicadas debidamente o, lo que es lo mismo, el acto de adjudicación fue legal en la medida en que aplicó correctamente los términos de referencia, al no otorgar puntaje a la información contenida en el documento presentado como balance general, que contenía cifras diferentes a las aprobadas por el órgano social competente.
6. En vista de lo anterior, esta Sala concluye que no se configuró ninguna causal de nulidad de la Resolución 394 de 2005, ni del contrato 07-7-20105 de 2005 y que la adjudicación se realizó de acuerdo con las reglas del proceso, sin que se haya advertido alguna causal de nulidad que obligara a su declaratoria de oficio, por lo que revocará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia.

1. Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, para la Sala resulta fundamental recordar la obligación de los proponentes inconformes con la decisión de adjudicación de una entidad de probar que, de haberse evaluado su propuesta, se hubiesen convertido en el proponente adjudicatario, pues esta conclusión no puede suponerse, ni se desprende, de manera automática, del error de una entidad de no evaluar su propuesta. De esta manera, una cosa es que la Administración deje de evaluar equivocadamente una propuesta, y otra que el afectado con esa decisión se hubiese convertido en el ganador del procedimiento contractual administrativo.
2. De manera entonces que, si bien procede la reparación integral en sede precontractual cuando se ha ocasionado un daño originado en una acción u omisión de la Administración, diversos supuestos pueden tener lugar en sede precontractual, toda vez que, entre otros eventos, un supuesto se configura cuando se lesiona el derecho del proponente a que su oferta sea valorada[[30]](#footnote-30) y otro cuando se vulnera el derecho a ser adjudicatario[[31]](#footnote-31).
3. Por demás, la parte inconforme con la decisión de la entidad pública tiene que cumplir con su carga de probar el perjuicio derivado de la actividad de la Administración[[32]](#footnote-32) (y no pretender que este corresponde, necesariamente, con la estimación razonada de la cuantía), de manera que, la utilidad dejada de percibir tampoco puede entenderse que coincida, como pretendió hacerlo el juez de primera instancia, con el porcentaje de la suma asegurada en la garantía de seriedad de la oferta (lo que no contradice las consideraciones de la jurisprudencia citada sobre el *arbitrio iudicis* y el principio de equidad). Menos aún, que pueda acudirse al porcentaje de la garantía de seriedad de la oferta para tratar de derivar de allí un referente indemnizatorio en ausencia de prueba absoluta del perjuicio.

**2.5. Sobre la condena en costas**

1. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

**3. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 17 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** sin condena en costas.

Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**

1. Folio 199 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 200-203 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 206 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 251 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 259 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 278-292 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 304-314 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 506-516 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 512 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 518 y 519 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 526-540 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 549-566 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 568-585 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 587 y 588 del cuaderno del Consejo de Estado [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 592 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y 82 del Código Contencioso Administrativo. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 2172-1307 del cuaderno 8 de pruebas. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 1284 del cuaderno 8 de pruebas. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 104 y ss. del cuaderno 3 y 234 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. En lo que atañe a los requisitos jurídicos ambas proponentes cumplieron como consta en los informes. Folios 1254-1260 del cuaderno 8. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 1207-1226 del cuaderno 8 de pruebas. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 1204 del cuaderno 8 de pruebas. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 1119 del cuaderno 8 de pruebas [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 79 y 80 del cuaderno 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 247 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 232-249 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 344-347 del cuaderno 2 de pruebas. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 1204 del cuaderno de pruebas 8. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 1114 del cuaderno de pruebas 8. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de junio de 2014, exp. 21.324. Caso en el que, “con fundamento y apoyo en el *arbitrio iudicis* y el principio de equidad, confirmará la decisión de primera instancia de liquidar la indemnización de perjuicios en un diez por ciento (10%) del valor de la oferta presentada”. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 22 de mayo de 2013, exp. 24.560. [↑](#footnote-ref-31)
32. Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (artículo 167 del Código General del Proceso). [↑](#footnote-ref-32)