ACTOS PREVIOS - Celebración de contratos - Nulidad y restablecimiento del derecho

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

ACTOS PREVIOS - Celebración de contratos - Hipótesis

La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos. “Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo. “La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos, 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.

**INFORMACIÓN FINANCIERA - Aspecto material**

Los estados financieros dictaminados en los procesos de contratación revisten importancia por el contenido material de lo que ellos indican acerca del siguiente asunto: ¿De acuerdo con los indicadores definidos en el pliego de condiciones, el proponente tiene o no la capacidad financiera que se estima suficiente *para poder cumplir con el contrato?* y a todas luces el interrogante que se debe resolver con base en los estados financieros es material y de total relevancia para evaluar al proponente. Teniendo en cuenta que es de la mayor importancia propender por una evaluación que permita estimar que el contratista está en condiciones de cumplir con el contrato, no se debe tomar a la ligera la calificación financiera, ni tampoco se puede aceptar que los estados financieros constituyan documentos sujetos a un simple chequeo formal.

ESTADOS FINANCIEROS - Libre competencia - Evaluación - Igualdad de condiciones - Flexibilización de parámetros de evaluación financiera

Desde la atalaya de la igualdad de acceso y de la protección a la libre competencia, todos los proponentes tienen derecho a ser evaluados bajo las mismas condiciones, tanto en el corte del ejercicio que se toma para establecer la comparación de sus estados financieros, como en la univocidad de los ítems con base en los cuales se calcula la capacidad financiera requerida. Esa consideración lleva a reprochar la flexibilización de los parámetros de evaluación financiera, en beneficio de uno u otro proponente. En el mismo sentido, se afirma la intangibilidad de los estados financieros que se presentan con la oferta, en protección del derecho a la competencia en igualdad de condiciones para todos los participantes. De lo anterior se concluye que el mecanismo de saneamiento de los documentos de información financiera no puede ser utilizado para modificar los indicadores de capacidad financiera que el proponente tenía a la fecha que determinaba el pliego de condiciones.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Análisis de las correcciones - Ajustes de la información**

Para la adecuada motivación del acto administrativo que define la adjudicación del contrato se exige el debido análisis de las correcciones o ajustes de la información financiera, para preservar las reglas de competencia del respectivo pliego de condiciones, lo cual es importante, especialmente cuando estos movimientos contables llevan a incrementar los ingresos, o a mejorar la liquidez que se ha presentado inicialmente.

**ESTADOS FINANCIEROS - Registro único de proponentes - Concordancia - Análisis - Deber de la Administración**

El análisis de los estados financieros y su concordancia con las cifras acreditadas en el Registro Único de Proponentes – R.U.P.- se impone como un deber de la Administración, en aquellos casos en que ambos documentos obran como requisitos de la oferta, en orden a calificar los indicadores que habilitan a los oferentes, puesto que el acto administrativo de adjudicación tiene que fundarse en el cumplimiento material de los requisitos del pliego de condiciones.

**PRUEBA DOCUMENTAL - Saneamiento - Procedimiento previo a la contratación pública**

Es permitido establecer el saneamiento de la prueba documental allegada en el procedimiento previo a la contratación pública, en tanto se trate de la complementación de un requisito formal que no altere las condiciones de la competencia dentro del procedimiento de contratación pública. Sin embargo, lo anterior no significa que la Administración pueda aceptar la modificación de los montos indicativos de la capacidad financiera en el curso del procedimiento de contratación, puesto que las cifras de los estados financieros reflejan factores materiales y de especial trascendencia en la evaluación de propuestas para adjudicar el contrato estatal.

**CAPACIDAD FINANCIERA -** **Requisito habilitante**

La capacidad financiera es un requisito habilitante y bajo la Ley 80 de 1993 podía ser también un requisito de calificación para participar en el procedimiento de selección de contratistas, con el cual se busca asegurar que los proponentes tengan las *condiciones económicas requeridas para cumplir con el contrato*. De acuerdo con lo que se acaba de indicar, se hace notar que la capacidad financiera es una regla que busca asegurar el cometido del contrato estatal y, en tal medida, se enmarca como exigible, en desarrollo del numeral 3 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

**SANEAMIENTO - Prueba documental - No es posible sanear los factores financieros**

Es preciso tener en cuenta que en el procedimiento previo a la contratación es posible sanear la prueba documental, de acuerdo con lo que estableció el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, por esta vía no se puede aceptar la modificación de los factores financieros que otorgan el derecho a participar en las propuestas de contratación, cuando tal modificación revela que, en realidad, no existía la capacidad financiera inicialmente acreditada para habilitar la propuesta y obtener la calificación correspondiente.

**ESTADOS FINANCIEROS - Dictamen - Requisito - Seguridad jurídica - Credibilidad en la información**

El dictamen de los estados financieros es un requisito que le otorga seguridad y credibilidad a la información que los estados financieros revelan, en tanto proviene de un profesional en la disciplina contable y en la auditoria de la información financiera, a quien la Ley 43 de 1990 dotó de la potestad de otorgar fe pública y respecto del cual se exige su independencia. No sobra agregar que el dictamen constituye una opinión proveniente de un experto que se puede exigir respecto de los estados financieros de cualquier proponente, comerciante o no.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00509-01(53793)**

**Actor: RAMIRO RIVERA RAMÍREZ**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO Y UNIÓN TEMPORAL CALIMEÑO**

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

***Temas****: ACTOS PRECONTRACTUALES – Caducidad de las pretensiones indemnizatorias cuando la demanda se presentó por fuera del plazo de 30 días fijado en el artículo 87 del C.C.A. / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES - rechazo de las propuestas por falta de los documentos relacionados con los estados financieros –SANEAMIENTO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL - no significa que, en el curso del procedimiento de contratación, se deba aceptar la modificación de los valores indicativos de la capacidad financiera / CAPACIDAD FINANCIERA – es un requisito habilitante que busca asegurar que los proponentes tengan las condiciones económicas requeridas para cumplir con el contrato / EVALUACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS Y EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES – los soportes deben ser consistentes para asegurar la debida evaluación de la capacidad financiera / DICTAMEN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS - el requisito se debe exigir en igualdad de circunstancias, con respecto a los estados de un mismo ejercicio, para todos los proponentes*

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sección Tercera, el 9 de mayo de 2014, mediante la cual se decidió negar las súplicas de la demanda.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 4 de septiembre de 2007[[1]](#footnote-1), el señor Ramiro Rivera Ramírez, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el departamento del Putumayo y los integrantes de la Unión Temporal Calimeño; el señor Huber Ricardo Hoyos Daza, la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, representada legalmente por el señor Elibardo Bernal Gómez, el señor Alexander Solarte Ordóñez y el señor Carlos Alberto Giraldo Caicedo(se transcriben de manera textual, incluso con errores):

*“*

*“Pretensión principal*

*“1º. Declarar la nulidad absoluta de la resolución 02 193 del 22 de septiembre de 2005 por medio del cual se adjudica un contrato, por haberse infringido las normas en que deberían fundarse, especialmente los artículos 23, 24, 25, 26, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.*

*“Consecuencias de esta pretensión principal.*

*“1º Declarar la nulidad absoluta del contrato de suministro 153 del 31 de octubre de 2005 celebrado entre la Gobernación del Putumayo, y la Unión Temporal Calimeño por haberse declarado nulos los actos en que se fundamenten, que en este caso obedece a la resolución de adjudicación.*

*“2º Condenar a la Gobernación del departamento de Putumayo, a pagar a título de lucro cesante, por pérdida de la oportunidad de suscribir el contrato, la suma de trescientos treinta y dos millones quinientos mil pesos ($332’500.000) que era la utilidad esperada con la celebración del contrato.*

*“3º Condenar en costas y agencias en derecho a la gobernación del departamento del Putumayo, y a la UT Calimeño que con ocasión del proceso se lleguen a causar, así como cualquier otro daño que resulte probado dentro del proceso.*

*“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE ESTA ÚNICA PRINCIPAL*

*“Declarar la nulidad absoluta de la resolución 02 193 del 22 de septiembre del 2005 por medio de la cual se adjudica un contrato, por haberse expedido con abuso o desviación de poder-*

*“Consecuencias de esta pretensión subsidiaria*

*“1º Declarar la nulidad absoluta del contrato de suministro 153 del 31 de octubre de 2005 celebrado entre la Gobernación del Putumayo, y la Unión Temporal Calimeño por haberse declarado nulos los actos en que se fundamenten, que en este caso obedece a la resolución de adjudicación.*

*“2º Condenar a la Gobernación del departamento de Putumayo, a pagar a título de lucro cesante, por pérdida de la oportunidad de suscribir el contrato, la suma de trescientos treinta y dos millones quinientos mil pesos ($332’5000.000) que era la utilidad esperada con la celebración del contrato.*

*“3º Condenar en costas y agencias en derecho a la gobernación del departamento del Putumayo, y a la UT Calimeño que con ocasión del proceso se lleguen a causar, así como cualquier otro daño que resulte probado dentro del proceso.*

*“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE ESTA ÚNICA PRINCIPAL*

*“Declarar la nulidad absoluta de la resolución 02 193 del 22 de septiembre del 2005 por medio de la cual se adjudica un contrato, por desconocimiento y vulneración de los pliegos de condiciones.*

*“Consecuencias de esta pretensión subsidiaria:* [se repiten las pretensiones de la primera subsidiaria] (…)”[[2]](#footnote-2).

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

**2.1.** La Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Putumayo adelantó la licitación pública PTYO –SED – 003 de 2005, de acuerdo con la Resolución de apertura No. 905 del 1º de agosto de 2005[[3]](#footnote-3), cuyo objeto fue la “*adquisición de textos escolares de las áreas básicas y fundamentales para las instituciones educativas del departamento del Putumayo”*, la cual fue adjudicada mediante Resolución 02 193 del 22 de septiembre de 2005, a favor de la Unión Temporal Calimeño, por la suma de $950’000.000.

**2.2.** El demandante narró que el 2 de septiembre de 2005, el comité evaluador valoró las tres ofertas presentadas y asignó el orden de elegibilidad, en primer lugar para la Unión Temporal Calimeño y en segundo lugar a la propuesta presentada por el señor Ramiro Rivera Ramírez, ahora demandante. La tercera propuesta no se calificó, por no haber acreditado la experiencia mínima.

**2.3.** El demandante indicó que presentó observaciones sobre la evaluación de las propuestas, el 12 de septiembre de 2005, advirtiendo que la oferta de la Unión Temporal Calimeño debió ser rechazada de acuerdo con el pliego de condiciones.

Alegó que, por el contrario, a esa proponente se le permitió allegar cerca de 50 folios con la corrección de los distintos yerros cometidos en los estados financieros y en los anexos con los que se acreditó la experiencia específica.

Reseñó que mediante la Resolución 02 193 la Secretaría Delegataria con funciones de Gobernador del Putumayo desechó las observaciones del ahora demandante y le adjudicó el contrato a la Unión Temporal Calimeño, el 22 de septiembre de 2005, en violación de la Ley 80 de 1993.

**2.4.** El demandante afirmó que la entrega de la información por parte de la Unión Temporal Calimeño fue extemporánea, dado que, a pesar de la adenda que prorrogó el plazo para la adjudicación, el acta de evaluación se habría levantado el 2 de septiembre de 2005.

Advirtió que en uno de los documentos adicionales allegados, suscrito por una contadora pública con fecha del 5 de septiembre de 2005, se certificó que se subsanó un error en el Registro Único de Proponentes[[4]](#footnote-4) en esa fecha y adjuntó el certificado expedido ese mismo día.

Con base en esa certificación, el demandante advirtió que la Unión Temporal Calimeño no había subsanado la propuesta con anterioridad a la evaluación.

Indicó que esta sola circunstancia constituye un vicio que afecta la nulidad el acto de adjudicación.

**2.5.** Agregó que, de acuerdo con el punto 2.3.3.1. del pliego de condiciones, los estados financieros debían entregarse con sus notas y debidamente certificados y dictaminados de conformidad con lo que la Ley 222 de 1995 disponía, cosa que se desconoció, dado que se le permitió a la Unión Temporal Calimeño corregir los estados financieros y allegar la certificación y el dictamen correspondiente. Por otra parte, observó el demandante que también se le permitió a la Unión Temporal Calimeño acreditar la experiencia específica después de haber presentado la oferta, cuando lo ajustado al pliego de condiciones era asignarle cero puntos a los respectivos contratos, en el factor de experiencia.

**2.6.** Agregó que las certificaciones de cumplimiento allegadas por la Unión Temporal Calimeño, no se correspondían con los valores de los contratos y detalló múltiples inconsistencias.

**2.7.** Advirtió el demandante que Carlos Alfredo Giraldo, integrante de la Unión Temporal Calimeño, no había diligenciado ni presentado el formulario 3 con base en el cual se debía acreditar el *K residual*.

**2.8.** Igualmente destacó que Huber Ricardo Hoyos, Carlos Alfredo Giraldo y Alexander Solarte, miembros de la Unión Temporal Calimeño, derivaban ingresos de su actividad como constructores de obras civiles, según se observaba de los estados financieros; sin embargo, apenas con un mes de antelación al proceso de selección, se reportaron ante el RUP como proveedores de textos escolares, lo cual no se tuvo en cuenta por parte de la entidad estatal al momento de evaluar la propuesta y adjudicar el contrato.

Destacó el demandante que se violaron las normas del Decreto 393 de 2002 y el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 sobre el R.U.P., así como el Decreto 92 de 1998, en cuanto que esa norma dispuso que un proponente solo podía clasificarse en las actividades en que realmente tuviera experiencia comprobada.

**2.9.** Afirmó el demandante que salta a la vista la intención de favorecer a la Unión Temporal Calimeño, toda vez que, además de lo anterior, en la Resolución 02 193 de 22 de septiembre de 2005 se indicó que el acta de evaluación era del 6 de septiembre, cuando, según afirmó, la que se publicó en la web era del 2 de septiembre de 2005.

**2.10.** El demandante hizo notar que las justificaciones del departamento para rechazar sus observaciones carecieron de sustento jurídico y que, por ello, en su momento tuvo que presentar una denuncia penal por el presunto delito de prevaricato por acción[[5]](#footnote-5).

**2.11.** Observó que el cumplimiento de los indicadores financieros generaba puntaje, por ejemplo el capital de trabajo tenía asignado 100 puntos, de manera que era impropio indicar que no se podía rechazar la oferta con fundamento en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que las falencias de los estados financieros sí hacían imposible la asignación de puntaje. En ese orden de ideas, destacó que no era aceptable que se hubiera requerido a la Unión temporal Calimeño para que entregara los estados financieros que no había allegado en debida forma, en su oportunidad.

**2.12.** De la misma manera, reafirmó el demandante que en la evaluación se le adjudicaron 180 puntos a la Unión Temporal Calimeño por concepto de experiencia, con base en los documentos contractuales que se le solicitaron por el comité de evaluación, supuestamente para subsanar incongruencias, cuando se le ha debido asignar cero puntos, en los contratos respectivos.

**2.13.** Reiteró que el único partícipe de la Unión Temporal Calimeño que acreditó experiencia fue la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, dado que los otros eran constructores de obra civil y que para fundar la calificación de la propuesta, la entidad estatal transfirió la experiencia de esa sociedad a los otros partícipes de la unión temporal, violando los requisitos del pliego de condiciones.

**3. Actuación procesal**

**3.1.** El Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda el 21 de septiembre de 2007 y ordenó la notificación personal de los señores Huber Ricardo Hoyos Daza, Elibardo Bernal Gómez, Alexander Solarte y Carlos Alfredo Giraldo, quienes participaron en la conformación de la Unión Temporal Calimeño. Obran en el expediente los avisos del artículo 315 del C.P.C., la notificación personal a los señores Huber Ricardo Hoyos Daza[[6]](#footnote-6), Carlos Giraldo Caicedo[[7]](#footnote-7), Alexánder Solarte[[8]](#footnote-8) y del señor Elibardo Bernal Gómez, como representante legal de Distribuciones Eliber Ltda[[9]](#footnote-9). De acuerdo con los documentos obrantes en el plenario, el representante de la Unión temporal Calimeño fue el señor Huber Ricardo Hoyos Daza[[10]](#footnote-10).

**3.2.** EI departamento del Putumayo y los integrantes de la unión temporal, con excepción de Alexánder Solarte, otorgaron poder y sus respectivos apoderados dieron contestación a la demanda.

**3.3.** El Tribunal Administrativo de Nariño decretó las pruebas mediante auto de 18 de mayo de 2009[[11]](#footnote-11).

**3.4. Contestaciones a la demanda**

El **departamento del Putumayo** contestó la demanda reconociendo los hechos relacionados con la apertura de la licitación pública y la adjudicación. En relación con los demás hechos anotó que se atenía a lo que se probara. En los argumentos de su defensa se destaca que el departamento manifestó que permitió subsanar los documentos financieros, teniendo en cuenta que el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que las autoridades no exigirán formalidades o exigencias rituales.

El departamento presentó como **excepción**: la inexistencia de la nulidad, teniendo en cuenta que, en su criterio, la adjudicación y los demás actos se adelantaron con arreglo a la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12).

El apoderado de los señores **Huber Ricardo Hoyos y Carlos Alfredo Giraldo** indicó, en la contestación de la demanda, que los hechos narrados en relación con la solicitud de información no eran correctos, que lo realmente sucedido fue que se les permitió subsanar la información financiera y la relativa a los contratos, dentro del plazo otorgado en la adenda al pliego de condiciones, lo cual operó por igual para todas las partes proponentes. Expuso que las correcciones fueron formales o sustanciales y que no se violó norma alguna.

Agregó que el señor Ramiro Rivera, ahora demandante, no allegó los estados financieros dictaminados y que fue requerido para ello, solicitud que no atendió, de lo cual dejó constancia el comité evaluador, de manera que no es cierto que su propuesta hubiera podido merecer la adjudicación del contrato.

Como **excepciones,** estos demandados formularon las siguientes: **i)** la falta de legitimación pasiva por parte de los miembros de la extinta Unión Temporal Calimeño, dado que el contrato de compraventa ya había sido ejecutado mediante la entrega de los bienes y el pago del precio y que se encontraba debidamente liquidado; **ii)** la inexistencia de la condición de la mejor propuesta y **iii)** la ineptitud de la demanda, por cuanto estaba basada en hechos desordenados y permeada por toda suerte de valoraciones subjetivas[[13]](#footnote-13).

El apoderado de **Representaciones y Ediciones Eliber Limitada** indicó, en la contestación de la demanda, que el término para evaluar las propuestas fue prorrogado hasta el 5 de septiembre de 2005 y que la evaluación de las propuestas ocurrió el 6 de septiembre de 2005. Agregó que el señor Rivera Ramírez no presentó con su propuesta el formulario 4, de manera que no cumplió con los requisitos para reclamar un supuesto derecho a la adjudicación del contrato.

Esta demandada presentó como **excepciones** las siguientes: **i)** falta de inteligibilidad de los hechos de la demanda y violación de la ley procesal, a cual fundó en presentación difusa y no separada de los hechos y **ii)**  la falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que el contrato ya se había cumplido para la fecha en que se presentó la demanda, de manera que no era pertinente la vinculación de los miembros de la Unión Temporal Calimeño.

**4. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Nariño profirió sentencia de primera instancia el 9 de mayo de 2014, en la cual denegó las súplicas de la demanda.

El Tribunal *a quo* consideró que los actos administrativos estuvieron expedidos a la luz del principio de transparencia y de acuerdo con el pliego de condiciones que rigió la licitación.

El Tribunal *a quo* observó que los requerimientos de información se habían hecho en tiempo y que se justificaban en que los balances presentaban errores, *“como por ejemplo en el caso de CARLOS ALFREDO GIRLALDO CAICEDO, el mismo no había sido firmado, esta situación en nada varia la propuesta, pues era un documento que no contenía la firma”.*

De acuerdo con el análisis del Tribunal, situación similar ocurrió con los estados financieros de Representaciones y Ediciones Eliber Ltda que, según afirmó, se allegaron con la certificación de que trata la Ley 222 de 1995, respecto de los cuales se solicitó una discriminación de rubros, de conformidad con lo que se indicaba en el pliego de condiciones.

El Tribunal concluyó que aunque los documentos faltantes se requerían para comparar las ofertas, *“adolecían de errores formales que no tenían la entidad suficiente para rechazar de plano la propuesta”[[14]](#footnote-14).*

En cuanto a los documentos solicitados para aclarar inconsistencias respecto de la experiencia, el Tribunal *a quo* observó que los errores en los valores de los contratos allegados fueron saneados, mediante la certificación de las entidades contratantes, según obra en el plenario[[15]](#footnote-15).

Se agregó que en materia de experiencia específica la adjudicataria obtuvo 180 puntos frente a los 200 puntos que logró la propuesta del demandante, de manera que no fue por estos documentos que se habría vulnerado el puntaje a que tenía derecho el demandante.

El Tribunal indicó que el demandante no había diligenciado el formulario 4 y que, en todo caso, no tenía derecho al mejor puntaje, dado que las calificaciones de la Unión Temporal Calimeño habían sido correctamente otorgadas.

En cuanto a los requisitos de los miembros de la Unión Temporal Calimeño, como proveedores, el Tribunal apreció que, de acuerdo con los certificados de la Cámara de Comercio, los integrantes se registraron como proveedores de gestión educativa y planeamiento de proyección microeducativo y que, por tanto, la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, como el señor Carlos Alfredo Giraldo, se encontraban dentro de la clasificación 3.10.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal *a quo* denegó las suplicas de la demanda.

**5. El recurso de apelación**

La parte demandante presentó y sustentó el recurso de apelación mediante escrito radicado el 3 de julio de 2014. Los motivos de inconformidad con el fallo apelado se expresaron de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Primero: El Honorable Tribunal manifiesta que el comité evaluador, sí tenía posibilidad para solicitar a la firma favorecida con la licitación que subsane (….). Téngase muy en cuenta que la información financiera, sí tenía capacidad para comparar ofertas, por consiguiente el omite evaluador no tenía obligación de solicitarle al contratista que subsane la oferta.// (….) los estados financieros son tan necesarios para la comparación de las ofertas que están incluidos dentro del acápite de evaluación de la propuestas con sendas cláusulas de rechazo (…)”[[16]](#footnote-16).*

*“Segundo: (…) a simple vista pareciera que el oferente corrigió la oferta en el plazo estipulado, no obstante dentro de los documentos con los que corrige presenta uno expedido por un profesional de la contaduría pública del día 5 de septiembre, es decir que realizó la subsanación después del plazo (...).*

“*Tercero: Igual acontece con los documentos necesarios para la acreditación de la experiencia específica, que por tratarse de documentos necesarios para la comparación de ofertas, no podía subsanarse, así lo dice el pliego de condiciones (…).*

”*Cuarto: Todos los cargos relacionados son el RUP, el Tribunal los desestimó de la manera más simple (…)”.*

En este punto el apelante reiteró los argumentos de la demanda, en cuanto que algunos de los integrantes de la Unión Temporal no acreditaron el formulario 3 que era requisito indispensable para establecer el valor del *K residual* igual o superior a 2622 SMMLV, de acuerdo con lo exigido por el numeral 1.23 del pliego de condiciones, so pena de rechazo de la oferta respectiva.

Reseñó que tres de los partícipes de la UT Calimeño, según los estados financieros eras constructores de obra civil pero en el R.U.P. se clasificaron como proveedores de textos escolares, educativos y pedagógicos.

Acerca de la prueba allegada en el procedimiento de licitación, el apelante agregó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“(…) más sin embargo la entidad no tuvo en cuenta esta circunstancia y asumió por bien acreditada la capacidad de participación de la UT (…) raya a la vista que es perjuria, quimera, falsa y apócrifa la información (…). // (…) estas circunstancias narradas son causales de nulidad de los contratos, pues denotan manipulación de documentos y también presunto fraude (…).*

*“Quinto: Respecto de la oferta del señor RAMIRO RIVERA RAMÍREZ sí aparece en el plenario una prueba que no fue valorada por el Honorable Tribunal, y con la que se acredita que la oferta de mi cliente si era la mejor (….). // No existe norma legal que obligue a las personas naturales tener Revisor Fiscal, por lo que mi poderdante aportó con su oferta la opinión de un contador público independiente (….*) *y valorado en el acta de evaluación, adjudicándole un segundo lugar,* [lo que] *deja sin base jurídica al Honorable Tribunal para afirmar como lo hizo, que la oferta del demandante ‘no era viable’ (…)”.*

**6. Alegatos en segunda instancia**

En la oportunidad para alegar en segunda instancia, las partes guardaron silencio.

**7. Concepto del Ministerio Público**

Mediante concepto radicado el 25 de julio de 2015, la Procuradora Cuarta delegada ante el Consejo de Estado indicó que la sentencia de primera instancia debe revocarse y que, en su lugar, resulta pertinente declarar la nulidad de la Resolución 02 193 del 22 de septiembre de 2005 y del Contrato 153 del 31 de octubre de 2005, con fundamento en la causal 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-17), por no haber actuado el comité de evaluación de acuerdo con el pliego de condiciones y con la Ley 222 de 1995. La procuradora presentó un recuento de los documentos y llamó la atención sobre las fechas de las certificaciones de los estados financieros y del R.U.P., tramitados y allegados el 5 de septiembre de 2005, el mismo día en que se habrían presentado los documentos al departamento y en el que se habrían realizado la evaluación y el acta correspondiente.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual contra los actos previos; **3)** Importancia de los estados financieros en las licitaciones públicas y en otros procesos de selección de contratistas; **5)** reglas del pliego de condiciones sobre el rechazo de las propuestas por falta de los documentos relacionados con los estados financieros; **6)** el caso concreto; **7)** consecuencias de la nulidad del contrato y **8)** costas.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción competente**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18), en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[19]](#footnote-19), siendo una de las partes de este proceso una entidad territorial, de carácter estatal[[20]](#footnote-20), se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la cuantía del litigio se estimó en valor de $332’500.000[[21]](#footnote-21), monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V ($433.700 x 500 = $216’850.000)[[22]](#footnote-22), exigida de conformidad con el artículo 198 de la Ley 1450 de 2011 -mediante la cual entraron a aplicarse las cuantías establecidas en el C.P.A.C.A.- para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

**2. Caducidad de la acción contractual contra los actos previos**

Con el propósito de verificar el presupuesto de oportunidad de la demanda, debe observarse el contenido normativo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, aplicable en este proceso:

*“Artículo**87.**De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

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

*“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. 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.*

*“En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”* (la negrilla no es del texto).

En relación con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Sala reitera a continuación la jurisprudencia de la Subsección A[[23]](#footnote-23), desarrollada en diversos fallos acerca de la acción contra los actos previos a la celebración del contrato estatal, en los cuales analizó la caducidad de la acción[[24]](#footnote-24), con el siguiente fundamento:

*“Así pues, con el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. -norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, puesto que la presentación de demandas con posterioridad a la última fecha señalada se han de regir por las nuevas disposiciones consagradas en el artículo 164-2-c) de la Ley 1437- la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran y aclarar así los efectos que se derivan de dicha disposición.*

* *“La* ***primera hipótesis*** *se refiere a aquellos casos en los cuales* ***el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días******siguientes*** *a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación,* ***se demanda ese acto administrativo previo*** *en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.*
* ***“Una segunda******hipótesis*** *dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere* ***transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda*** *contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.*

*“Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito[[25]](#footnote-25).*

*“En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de “… ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato”.*

* *“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[[26]](#footnote-26), pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.*

*“Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad* ***se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondient****e[[27]](#footnote-27)” (*se destaca en negrilla para el propósito del análisis subsiguiente).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demanda que dio lugar al presente proceso se ubicó en la **tercera hipótesis** planteada en esta providencia, como se detalla a continuación: la acción contractual se ejerció el 4 de septiembre de 2007, casi dos años después de la adjudicación del contrato realizada el 22 de septiembre de 2005[[28]](#footnote-28) y, por supuesto, habiendo vencido el término de los 30 días siguientes a la fecha en que se le comunicó la adjudicación a la parte ahora demandante, lo cual sucedió el 29 de septiembre de 2005, de acuerdo con la publicación del respectivo acto en la página web de la entidad contratante.

Se agrega que en la denuncia penal que se allegó con la demanda, con sello de radicación ante la Fiscalía General de la Nación de 18 de noviembre de 2005[[29]](#footnote-29), el demandante afirmó que el 20 de septiembre fue notificado de una resolución distinguida con el No. 2137 del 19 de septiembre, que se encontraba sin firma del Gobernador y que al parecer nunca le fue notificada a la Unión Temporal Calimeño; empero informó que el 29 de septiembre de 2005 se publicó en la página web de la entidad estatal la Resolución 02 193 de 22 de septiembre de 2005, mediante la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Calimeño, cuyo contenido, según indicó, era igual al de la primera resolución pero se encontraba firmada por la delegataria con funciones de Gobernador. Con base en lo anterior, se confirma que el demandante conoció en su oportunidad el contenido de la resolución de adjudicación en tanto le fue comunicado a través de la publicación en la página web.

Así las cosas, contando el término de caducidad a partir del 29 de septiembre de 2005, fecha en que se entiende que le fue comunicada la Resolución 02 193 al demandante, se tiene que concluir que el demandante presentó su demanda contra el referido acto administrativo habiendo operado el término de caducidad de 30 días, fijado en el artículo 87 del CCA, aplicable para las pretensiones indemnizatorias que se presentaron en esa demanda.

Sin perjuicio de lo anterior, en este litigio sí resulta procedente adelantar el estudio de las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación comunicado el 29 de septiembre de 2005 y del contrato adjudicado, toda vez que este último se suscribió dentro los 30 días siguientes, el 31 de octubre de 2005 y que la demanda se presentó el 4 de septiembre de 2007, dentro de los dos años siguientes a la comunicación del acto de adjudicación, es decir, en el plazo fijado para la acción contractual, de conformidad con el artículo 136 del CCA, para que el proponente no favorecido pudiera hacer valer las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y del contrato celebrado.

Por otra parte, se observa que aun encontrándose frente a un apelante único, la ocurrencia de la caducidad de la acción tiene que ser declarada cuando así se establezca de las pruebas aportadas al proceso, toda vez que en tal evento el fallador no puede entrar a conocer de la pretensión, por razón del vencimiento del término que la ley establece para incoar la demanda.

Se recuerda que ante la evidencia del vencimiento del término de caducidad de la acción se configura una excepción al principio de la *“no reformatio in pejus*”, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado que se pone de presente, a continuación[[30]](#footnote-30):

*“La Sala observa que en este proceso la sentencia de primera instancia constituyó un fallo totalmente desfavorable a la parte demandante, como lo será también el fallo de segunda instancia -aunque con fundamento diverso- no obstante lo cual, resulta útil recordar la jurisprudencia del Consejo de Estado- que se reitera ahora- en relación con las excepciones al principio de la ‘non reformatio in pejus’, frente a la ocurrencia de la caducidad de la acción, cuando ha sido advertida en la segunda instancia:*

*‘La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo[[31]](#footnote-31)”.*

Desde otra perspectiva, a juicio de la Sala, en este caso concreto no se puede desplegar un esfuerzo por la vía del principio *iura novit curia* que se cita de manera preventiva -aunque descontextualizada- en la demanda, habida cuenta de que el demandante invocó la acción correcta, es decir, la contractual incoada contra el acto de adjudicación y el contrato correspondiente, pero la entabló por fuera del término legal para discutir su derecho a la indemnización como proponente no favorecido, habiendo dejado transcurrir casi dos años, a pesar de haber tenido conocimiento de la adjudicación y de haber presentado la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación desde el 12 de noviembre de 2005, allegando a ella toda la información que requería para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por ello, en el presente litigio, en aras de preservar el debido proceso para ambas partes, únicamente procederá el estudio de las pretensiones de nulidad incoadas por la parte demandante, al paso que se declarará la caducidad de las pretensiones relacionadas con la indemnización de perjuicios.

**4. Importancia de los estados financieros en las licitaciones públicas y otros procesos de selección de contratistas**

Teniendo en cuenta que el Tribunal desató el litigio con fundamento en la jurisprudencia en torno del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, relacionada con el derecho a subsanar los requisitos formales de las propuestas, es importante advertir que tratándose de la disputa sobre unos documentos que en últimas contenían una modificación de los estados financieros con alcance sobre los puntajes asignados al proponente, el asunto no podía ser solucionado con fundamento en la citada norma.

Para contextualizar la importancia de analizar el aspecto material de la información financiera, la Sala reitera la siguiente jurisprudencia, emanada de las Subsecciones A y C de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“El Decreto 2649 de 1993, contentivo de las Normas de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Colombia, se debe observar en la elaboración y presentación de los estados financieros cuando sean requeridos dentro de la actuación administrativa en la etapa de formación del contrato estatal, con independencia de la condición del proponente –persona natural o jurídica, comerciante o no- para efectos de la participación en los procedimientos administrativos de selección y adjudicación del contrato estatal, toda vez que se definió el siguiente ámbito de aplicación para las normas de contabilidad: (…)[[32]](#footnote-32):*

*“Las Normas de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Colombia[[33]](#footnote-33) constituyen un aporte importante para apoyar los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en los cuales los estados financieros se requieran como medio idóneo para acreditar los requisitos o condiciones en los procedimientos de contratación, por cuanto bajo la égida del Decreto 2649 de 1993 los proponentes se encuentran sometidos a unas normas comunes de elaboración y revelación en sus estados financieros, lo cual obra en beneficio de los principios de transparencia, de selección objetiva y de igualdad de acceso en la contratación pública, toda vez que los estados financieros debidamente elaborados facilitan la comparabilidad de la información en ellos consignada sobre bases homogéneas y fidedignas, especialmente para los efectos concretos de establecer la capacidad financiera de los proponentes dentro de la contratación estatal”.*

*“La importancia que las normas de elaboración de los estados financieros tiene para el Estado, fue mencionada con ocasión del estudio de la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley 222 de 1995[[34]](#footnote-34), oportunidad en la cual la Corte Constitucional en sentencia C-996/2000, destacó la preminencia de los estados financieros para las funciones estatales de inspección, vigilancia y control así como para la determinación de las bases tributarias[[35]](#footnote-35), a lo cual se agrega aquí que los estados financieros también resultan útiles para la Administración Pública como fuente de información técnicamente elaborada, fidedigna y comparable, para los propósitos de la contratación pública”[[36]](#footnote-36).*

En el mismo sentido de la sentencia que se acaba de citar, reiterando la jurisprudencia de la Subsección A, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado advirtió lo siguiente[[37]](#footnote-37):

*“En efecto, la presentación de estados financieros debidamente certificados o dictaminados en el curso de los procesos de contratación estatal no sólo le permite a la administración verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad financiera fijados en el pliego de condiciones, sino que también le permite realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas teniendo como base fuentes de información contable totalmente fidedignas[[38]](#footnote-38), lo que le permitirá seleccionar la propuesta que objetivamente es la más favorable a sus intereses.*

*“Por su parte, el artículo 37 de la ley 222 de 1995 señala que los estados financieros certificados son aquellos que son elaborados por el representante legal de la entidad y el contador público, quienes declaran o certifican frente a los asociados o terceros que previamente han verificado la información contenida en ellos y que estos son producto de la información contenida en los respectivos libros de contabilidad.*

*“Pues bien, con todo lo expuesto se tiene que la exigencia de llevar una contabilidad transparente y organizada, así como también la de aportar los estados financieros debidamente certificados o dictaminados en los casos que así lo exige la ley, no obedece a la intención caprichosa de imponer a los proponentes excesivos formalismos al interior de los procesos de selección, sino que es un desarrollo de los principios y normas generalmente aceptadas de contabilidad mediante los cuales se procura que las sociedades comerciales y en general todos los entes económicos mantengan una información clara, completa y fidedigna de su actividad económica.*

*“Y es que el cumplimiento de las obligaciones en comento no es producto de una exigencia que accidentalmente quisiera imponer el legislador, sino que deviene de siglos enteros de decantación de las normas y principios que rigen la actividad contable, generadora de confianza pública, seguridad jurídica y sobre todo consolidadora de los principios de transparencia y buena fe en materia contable”[[39]](#footnote-39).*

Ahora bien, la Ley 222 de 1995 diferenció el alcance de los estados financieros certificados y de los dictaminados, a través de los cuales se consolidan los mecanismos de protección y aseguramiento del contenido de la información financiera y de lo que ella revela, para el efecto de su prueba, así:

*“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 38. Estados financieros dictaminados. Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas”.*

Desde otro ángulo, en lo que interesa al caso en cuestión, aunque pareciera obvio, los estados financieros dictaminados en los procesos de contratación revisten importancia por el contenido material de lo que ellos indican acerca del siguiente asunto: ¿De acuerdo con los indicadores definidos en el pliego de condiciones, el proponente tiene o no la capacidad financiera que se estima suficiente *para poder cumplir con el contrato?* y a todas luces el interrogante que se debe resolver con base en los estados financieros es material y de total relevancia para evaluar al proponente.

Teniendo en cuenta que es de la mayor importancia propender por una evaluación que permita estimar que el contratista está en condiciones de cumplir con el contrato, no se debe tomar a la ligera la calificación financiera, ni tampoco se puede aceptar que los estados financieros constituyan documentos sujetos a un simple chequeo formal.

Además, desde la atalaya de la igualdad de acceso y de la protección a la libre competencia, todos los proponentes tienen derecho a ser evaluados bajo las mismas condiciones, tanto en el corte del ejercicio que se toma para establecer la comparación de sus estados financieros, como en la univocidad de los ítems con base en los cuales se calcula la capacidad financiera requerida. Esa consideración lleva a reprochar la flexibilización de los parámetros de evaluación financiera, en beneficio de uno u otro proponente.

En el mismo sentido, se afirma la intangibilidad de los estados financieros que se presentan con la oferta, en protección del derecho a la competencia en igualdad de condiciones para todos los participantes.

De lo anterior se concluye que el mecanismo de saneamiento de los documentos de información financiera no puede ser utilizado para modificar los indicadores de capacidad financiera que el proponente tenía a la fecha que determinaba el pliego de condiciones.

Por ello, para la adecuada motivación del acto administrativo que define la adjudicación del contrato se exige el debido análisis de las correcciones o ajustes de la información financiera, para preservar las reglas de competencia del respectivo pliego de condiciones, lo cual es importante, especialmente cuando estos movimientos contables llevan a incrementar los ingresos, o a mejorar la liquidez que se ha presentado inicialmente.

Por otra parte, el análisis de los estados financieros y su concordancia con las cifras acreditadas en el Registro Único de Proponentes – R.U.P.- se impone como un deber de la Administración, en aquellos casos en que ambos documentos obran como requisitos de la oferta, en orden a calificar los indicadores que habilitan a los oferentes, puesto que el acto administrativo de adjudicación tiene que fundarse en el cumplimiento material de los requisitos del pliego de condiciones.

De la misma manera, no se debe reducir el análisis de la prueba en los estrados judiciales al aspecto puramente formal de los estados financieros, dado que la falta de correspondencia entre el contenido de los mismos y el de los dictámenes, puede indicar el incumplimiento material del requisito correspondiente a los estados financieros dictaminados.

**5. Reglas del pliego de condiciones sobre el rechazo de las propuestas por falta de los documentos relacionados con los estados financieros**

Es permitido establecer el saneamiento de la prueba documental allegada en el procedimiento previo a la contratación pública, en tanto se trate de la complementación de un requisito formal que no altere las condiciones de la competencia dentro del procedimiento de contratación pública.

Sin embargo, lo anterior no significa que la Administración pueda aceptar la modificación de los montos indicativos de la capacidad financiera en el curso del procedimiento de contratación, puesto que las cifras de los estados financieros reflejan factores materiales y de especial trascendencia en la evaluación de propuestas para adjudicar el contrato estatal.

La capacidad financiera es un requisito habilitante y bajo la Ley 80 de 1993 podía ser también un requisito de calificación para participar en el procedimiento de selección de contratistas, con el cual se busca asegurar que los proponentes tengan las *condiciones económicas requeridas para cumplir con el contrato*.

De acuerdo con lo que se acaba de indicar, se hace notar que la capacidad financiera es una regla que busca asegurar el cometido del contrato estatal y, en tal medida, se enmarca como exigible, en desarrollo del numeral 3 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[40]](#footnote-40).

Así, por ejemplo, para cumplir con un contrato de compraventa se requiere de un capital de trabajo que permita financiar las cuentas con los proveedores y poder cumplir con la entrega del bien que el Estado ha decidido adquirir. Si ese capital de trabajo mínimo se define y se establece en el pliego de condiciones pero no se verifica de manera congruente en la etapa de evaluación de las propuestas y, por el contrario -haciendo caso omiso del contenido del pliego de condiciones- se funda el acto de adjudicación en las cifras modificadas o se dan por acreditados requisitos que no lo están, se configura un caso típico de violación a las reglas de la selección objetiva e inaplicación del pliego de condiciones.

En ese supuesto, la Administración incurre es una falsa motivación[[41]](#footnote-41) y en la violación de las reglas contenidas en los numerales 6 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, en protección del derecho a la libre competencia[[42]](#footnote-42) y de la igualdad de acceso en la contratación, la entidad estatal debe rechazar la modificación de los estados financieros que se realiza después de presentada la propuesta[[43]](#footnote-43), dado que constituye una práctica que desequilibra la apreciación de los indicadores con los que entraron a competir unos y otros proponentes.

Es preciso tener en cuenta que en el procedimiento previo a la contratación es posible sanear la prueba documental, de acuerdo con lo que estableció el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[44]](#footnote-44), sin embargo, por esta vía no se puede aceptar la modificación de los factores financieros que otorgan el derecho a participar en las propuestas de contratación, cuando tal modificación revela que, en realidad, no existía la capacidad financiera inicialmente acreditada para habilitar la propuesta y obtener la calificación correspondiente.

Adicionalmente, en aquellos procedimientos en los que la evaluación se determina con base en los indicadores soportados en los estados financieros y en el Registro Único de Proponentes, los soportes correspondientes deben ser consistentes entre sí, para asegurar la debida evaluación de la capacidad financiera. Es decir que, habiendo exigido en el pliego de condiciones todos los documentos a un solo corte de ejercicio, resulta pertinente verificar que no exista discordancia entre las cifras de los estados financieros y las del Registro Único de Proponentes, para los efectos de aplicar las fórmulas correspondientes.

El dictamen de los estados financieros es un requisito que le otorga seguridad y credibilidad a la información que los estados financieros revelan, en tanto proviene de un profesional en la disciplina contable y en la auditoria de la información financiera, a quien la Ley 43 de 1990 dotó de la potestad de otorgar fe pública[[45]](#footnote-45) y respecto del cual se exige su independencia[[46]](#footnote-46). No sobra agregar que el dictamen constituye una opinión proveniente de un experto que se puede exigir respecto de los estados financieros de cualquier proponente, comerciante o no[[47]](#footnote-47).

Hace varios años la Subsección A reseñó que todas los contratistas del Estado, en la medida que estén en el supuesto de probar una información contable están obligados a la observancia de las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia y recordó que esas normas son de obligatorio cumplimiento[[48]](#footnote-48). De esta manera, las pruebas que acreditan la información contenida en los estados financieros, dentro de un procedimiento de contratación pública o en el juzgamiento de los mismos, deben ser evaluadas por la Administración Pública o por el juez competente, en su caso, siguiendo las exigencias de las normas de contabilidad.

Por ello, no hay lugar a estimar que se prueba lo mismo con un estado financiero que ha sido objeto de dictamen que otro que no goza de la credibilidad y aseguramiento de la información dictaminada, en aquellos casos en que el pliego de condiciones ha exigido en forma explícita el requisito del dictamen.

De manera concreta resulta pertinente observar que está permitido establecer el saneamiento de la prueba documental del dictamen, pero ello no significa que, en el curso del procedimiento de contratación, se deba aceptar la modificación de los mismos, cuando se alteran los valores indicativos de la capacidad financiera.

**6. El caso concreto**

**6.1. Resumen del pliego de condiciones**

A continuación se destacan algunos aspectos relevantes del pliego de condiciones de la licitación pública PTYO SED 003 2005[[49]](#footnote-49):

En cuanto al objeto, dado que el demandante identificó el contrato como un suministro, se debe corregir, advirtiendo que la naturaleza del mismo era la de una compraventa, de acuerdo con lo que se indicó, en forma explícita, en el punto 1.5[[50]](#footnote-50) del pliego de condiciones y con lo que se establece del título y del contenido del Contrato 153 de 31 de octubre de 2005, *“con formalidades plenas de compraventa”* que se allegó al plenario[[51]](#footnote-51).

Los factores de verificación y evaluación de las propuestas se determinaron en dos numerales, así: 2.1.1. *“factores habilitadores*”, conformados por los criterios de capacidad jurídica, capacidad financiera y experiencia, los cuales se calificaban con *“cumple o no cumple”* y 2.1.2 correspondiente a los *“factores de ponderación”*, sujetos a la asignación de puntaje, sobre la base total de 1200 puntos, discriminados en aspectos económicos -conformados por el precio con 380 puntos y la capacidad financiera con 300 puntos-; además de los aspectos relativos al factor de experiencia específica que otorgaba 200 puntos, el cumplimiento de contratos anteriores con 100 puntos, los aspectos técnicos con 100 puntos y el factor de apoyo a la industria nacional con 120 puntos.

Nótese que la capacidad financiera tenía la doble condición de factor habilitante y factor de ponderación, lo cual era viable en la medida que la Ley 80 de 1993 no limitó los aspectos del proponente que podían otorgar puntaje.

En los documentos y criterios de verificación financiera y evaluación económica el pliego de condiciones fijó los siguientes (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

*“2.3.3.1.1. (…) certificado de inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Proponentes (…) este certificado debe haber sido expedido dentro de los dos (2) meses anteriores a la fecha de la presentación de la entrega de propuestas.*

*“El Proponente como persona natural o jurídica, y todos los miembros del consorcio o unión temporal, que vayan a proveer los bienes del presente proceso de selección, (…) deberán encontrarse registrados en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, de acuerdo con el artículo 22.4 de la Ley 80 de 1993 (…).*

*“2.3.3.1.2. Estados Financieros*

*“Con el fin de verificar la capacidad financiera y patrimonial, los oferentes deberán presentar los Estados Financieros, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:*

*“2.3.3.1.2.1. Proponentes Nacionales.*

*“Deberán presentar los siguientes documentos:*

*“(…).*

*“b) Balance General y Estado de Resultados con corte a 31 de diciembre de 2004, debidamente certificados y dictaminados.*

*“Los balances deben venir discriminados de la siguiente manera:*

*“Activos: corriente, no corriente y total*

*“Pasivos: corriente, no corriente, total y patrimonio.*

*“(…).*

*“d) Dictamen de Revisor Fiscal o a falta de este de Contador Público independiente”.*

Se agrega que en el punto 1.23 del pliego de condiciones se relacionaron las causales de rechazo de las propuestas, entre otras, las siguientes:

*“m) Estados Financieros: No presentar estados financieros de acuerdo con los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995* [certificados y dictaminados] *y con las condiciones indicadas en el numeral 2.3.3.1. del presente pliego de condiciones. Si el oferente no los adjunta en su oferta, su oferta será rechazada”.*

De acuerdo con el punto 2.3.3.1.2.1 del pliego de condiciones, se desarrolló la posibilidad de solicitar documentos adicionales, sin violar los principios de transparencia e igualdad, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

*“Cuando el Comité Evaluador de las propuestas de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental del Putumayo en desarrollo de la verificación Financiera requiera confirmar la información adicional del proponente, podrá solicitar los documentos que considere necesarios para el esclarecimiento de la información, tales, como estados financieros de años anteriores, anexos específicos o cualquier otro soporte. Así mismo requerir las aclaraciones que considere necesarias, siempre que con ello no se violen los principios de igualdad y trasparencia en la contratación, sin que las aclaraciones o documentos que el proponente allegue a la solicitud, puedan modificar, adicionar o complementar la propuesta”.*

Para el análisis probatorio que se desplegará en el presente caso resulta importante destacar, desde ahora, las reglas que se fijaron en el pliego de condiciones para calificar el índice de liquidez y el capital de trabajo, en relación con las propuestas presentadas por las uniones temporales y consorcios (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

*“****2.3.3.2.2. Capacidad Financiera***

*“****2.3.3.2.2.1. Índice de liquidez (IL)***

*“La ponderación del índice de liquidez se hará sobre el máximo de 100 puntos, el cual es calculado de la siguiente manera:*

*“****IL*** *= Activo Corriente / Pasivo Corriente*

*“Solamente serán habilitadas las ofertas que tengan un índice de liquidez mayor a tres (3), las demás ofertas serán rechazadas. En el caso de los consorcios y uniones temporales el índice de liquidez será el resultante de calcular el promedio de la sumatoria de los índices de liquidez de cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal (…).*

*“(…).*

*“Las ofertas habilitadas se ponderarán de la siguiente manera*

|  |  |
| --- | --- |
| ***Indice de liquidez*** | ***Puntaje*** |
| *Igual o superior a 3 e inferior a 4*  | *80* |
| *Igual o superior a 4 e inferior a 4.* | *90* |
| *Superior a 4.5*  | *100* |

*“(…).*

*“****2.3.3.2.2.3 Capital de Trabajo (CT)***

*“La capacidad de trabajo se determina restando a los activos corrientes, los pasivos corrientes, reflejados en el balance general solicitado en el presente pliego de condiciones. Para el efecto se utilizará la siguiente fórmula:*

*“****Capital de Trabajo = Activo corriente – Pasivo corriente***

*“En el caso de los consorcios o uniones temporales el capital de trabajo se determinará con la sumatoria de los capitales de trabajo de cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal. (…)”*

*“(…).*

*“Para efectuar la ponderación de las ofertas habilitadas se procederá de acuerdo con la siguiente tabla:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***Capital de trabajo*** | ***Puntaje*** |
| *Igual o superior al 25% e inferior al 30%*  | *80* |
| *Igual o superior al 30% en inferior al 40%* | *90* |
| *Superior al 40%* | *100* |

*“Cuando el capital de trabajo que se acredite para el proceso de contratación sea menor al capital de trabajo requerido, la oferta será rechazada”[[52]](#footnote-52).*

Siguiendo el contenido de los apartes transcritos, se observa que los índices de liquidez y de capital de trabajo de las uniones temporales se calificaban con fundamento en las cifras de activo y pasivo corriente. Tratándose del índice de liquidez, se calculaba con base en el promedio de la sumatoria de los valores acreditados por los miembros de la respectiva unión temporal y para el indicador de capital de trabajo se debía tener en cuenta la sumatoria de los valores acreditados de manera individual por los distintos partícipes de la unión temporal.

Además, en relación con los citados indicadores, la calificación mayor se asignaba con base en las cifras contenidas en los estados financieros, ponderada en relación con las distintas propuestas habilitadas, en la forma como se indicó en los cuadros transcritos.

**6.2 Pruebas acerca del procedimiento utilizado en el caso *sub lite***

Se encuentra probado que la Unión Temporal Calimeño y el señor Ramiro Rivera Ramírez presentaron sus propuesta el 12 de agosto de 2005[[53]](#footnote-53).

Consta en el plenario que uno de los miembros del comité evaluador libró los oficios SED BS 061 de 29 de agosto de 2005, SED BS 068 y SED BS 069 de 31 de agosto de 2005, mediante los cuales solicitó a la Unión Temporal Calimeño allegar el dictamen de los estados financieros de la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda y el balance de esa misma sociedad con las formalidades establecidas en el pliego de condiciones, en cuanto a la agrupación de las cifras de activo corriente y no corriente. Igualmente se requirió el balance correspondiente al señor Carlos Alfredo Giraldo debidamente firmado y, por otra parte, se solicitó entregar información sobre la participación de la sociedad antes citada en una unión temporal, referida en uno de los contratos relacionados con la experiencia y la requirió para allegar otras certificaciones de los contratos celebrados con el SECAB y el Ministerio de Educación.

De la misma forma, se encuentra acreditado que la Unión Temporal Calimeño atendió el requerimiento aportando nuevamente los estados financieros de la sociedad Representaciones y Distribuciones Eliber Ltda con corte a 31 de diciembre de 1994, bajo el formato de presentación que agrupaba las cuentas de activos y pasivos en la forma fijada en el pliego de condiciones y que, además, allegó nuevos estados financieros con corte de 31 de mayo de 2005, estos últimos con su dictamen expedido por contador público independiente el 1º de agosto de 2005 y con certificación de la corrección de cifras suscrita por la contadora de la empresa.

También se advierte que en esa oportunidad, dentro del curso de la etapa de evaluación, se aportó un nuevo certificado de Registro Único de Proponentes de la citada sociedad, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, con fecha 5 de septiembre de 2005.

Igualmente, obra en el expediente el acta de evaluación de propuestas sin fecha, suscrita por los tres miembros del comité evaluador, en la cual se indicó que el orden de elegibilidad se conformó de la siguiente manera: Unión Temporal Calimeño: 1180 puntos y Ramiro Rivera Ramírez: 1050 puntos.

Se allegó con el acta citada la constancia secretarial del traslado a los oferentes, con fecha 6 de septiembre de 2005[[54]](#footnote-54).

Por último, debe relacionarse la Resolución 02 193 de 22 de septiembre de 2005, mediante la cual se hicieron constar las observaciones de las partes, las consideraciones del departamento de Putumayo sobre las mismas y la decisión de adjudicación del contrato a favor de la Unión Temporal Calimeño.

En la parte final de las consideraciones del aludido acto administrativo -ahora acusado de nulidad- se concluyó:

*“DADO QUE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA EVALUACIÓN NO AFECTAN LA CALIFICACIÓN ESTA QUEDA COMO SE VERIFICÓ EN EL INFORME DE EVALUACIÓN”[[55]](#footnote-55).*

De manera concreta, se advierte que tanto el comité de evaluación como la secretaría delegada para la contratación y, también, en su momento el Tribunal a quo, pasaron por alto el contenido de la certificación suscrita el 5 de septiembre de 2005 por la señora Carmen T Barrios de Chaparro, mediante la cual, obrando como contadora pública de Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, sociedad partícipe del 45% de la Unión Temporal Calimeño indicó:

*“Que el patrimonio neto a 31 de mayo de 2005 es de $147’563.000 y por error de inscripción en el formulario de renovación del registro de proponentes quedó $247’563.000. Para subsanar ese error se efectuó nuevamente la renovación del Registro de Proponentes”[[56]](#footnote-56).*

Es cierto que en relación con esa certificación llamaba la atención su fecha, pero lo trascendente no era la nueva fecha en que se extendió la certificación, sino los estados financieros a los que se refirió y lo que esa profesional informó, toda vez que puso de presente que la citada sociedad había modificado su patrimonio en $100’000.000, corrigiendo en consecuencia los estados financieros y el R.U.P. de la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda. Se hace notar que también se modificaron las cifras de activo corriente de la referida sociedad, que era la mayor participante de la Unión Temporal Calimeño, con base en las cuales se pretendía habilitar la capacidad financiera para participar en la licitación PTYO - 003 de 2005.

Para entender lo que la contadora pública certificó y los asuntos que el comité de evaluación pasó por alto o nunca conoció[[57]](#footnote-57), deben compararse los estados financieros de 31 de diciembre de 2004, que eran los que se debían tener en cuenta para la calificación de las ofertas, de acuerdo con el numeral 2.3.3.1.2.1 del pliego de condiciones[[58]](#footnote-58), y los que la proponente allegó con corte a 31 de mayo de 2005, con la comunicación de septiembre 5 de 2005, desbordando el requerimiento de 31 de agosto de 2005, en el cual se le había solicitado únicamente el dictamen de los estados financieros ya allegados y la discriminación de algunas cifras.

Las cifras de los antecitados estados financieros revelaban la siguiente variación:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 31 de diciembre de 2004[[59]](#footnote-59)  | 31 de mayo de 2005[[60]](#footnote-60) |
| Resultados del ejercicio | $126’891.425 | $26’891.425 |
| Total patrimonio | $247’563.310 | $147’563.258 |

Ese contenido de la certificación, que anunciaba un importante cambio, ha debido trasladar la atención del Tribunal *a quo* en orden a cotejar cuál era la fecha de corte de los estados financieros requeridos de acuerdo con el pliego de condiciones y cuáles estados financieros gozaban del dictamen.

Se observa que la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Limitada no allegó un dictamen sobre los estados financieros requeridos en el pliego de condiciones, es decir, los de corte a 31 de diciembre de 2004[[61]](#footnote-61). Además, así como se advierte la diferencia en el patrimonio y en los resultados arrojados por los dos estados financieros (diciembre de 2004 y mayo de 2005), salta a la vista la modificación de los activos e ingresos, que eran determinantes en las fórmulas de capacidad financiera dentro del procedimiento de licitación pública.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, los cambios introducidos en la información financiera de esta sociedad fueron del siguiente orden:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 31 de diciembre de 2004 (sin dictamen) – cifras en pesos | 31 de mayo de 2005[[62]](#footnote-62)(con dictamen) – cifras en pesos |
| **Activo Corriente[[63]](#footnote-63)** | **670’905.067,23** | **570’904.115,23** |
| **Ingresos operacionales** | **728’517.752,00** | **647’605.789,19** |
| **Costo de ventas** | **-351.663.347,00** | **-251.662.901,57** |
| Utilidad Bruta | 376´854.405,00 | 286’942.886,62 |
| Gastos Operacionales | -243.836.052,00 | -248.177.459,02 |
| Utilidad Operacional | 133’018.353,00 | 47’765.427,00 |
| Ingresos no operacionales | 26.960,39 | 27.220,19 |
| Gastos no operacionales | -25’215.320,39 | -22’435.975,19 |
| Utilidad antes de ajustes | 107’829.993,00 | 26’358.672,00 |
| Ajustes | 19’061.432,00 | 1’534.753,00 |
| **Utilidad neta** | **126’891.425,00** | **26’891.425,00** |

Aunque los movimientos contables relacionados pueden tener una o varias explicaciones[[64]](#footnote-64), es de la mayor importancia advertir que los estados financieros de 31 de diciembre de 2004 de la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda no contaron con un dictamen de contador público independiente ni de revisor fiscal, ni siquiera en el momento en que fueron allegados con la comunicación de 31 de agosto de 2005[[65]](#footnote-65).

Lo que esa partícipe de la Unión Temporal Calimeño decidió informar, cuando fue requerida para aportar el dictamen, consistió en allegar nuevos estados financieros, respecto de los cuales certificó cambios y solo logró presentar un dictamen en relación con las cifras a 31 de mayo de 2005, emitido por el contador público independiente John Dixon Cano, firmado con fecha 1º de agosto de 2005[[66]](#footnote-66).

Dadas las evidentes diferencias entre el contenido de los estados financieros dictaminados y los que se habían allegado con corte a 31 de diciembre de 2004, se puede concluir que existió, por lo menos, un error, al considerar que la Unión Temporal Calimeño había cumplido con el requisito exigido en el pliego de condiciones.

En efecto, los estados financieros a 31 de diciembre de 2004, correspondientes a la sociedad miembro de la Unión Temporal Calimeño, no cumplieron con los requisitos del pliego de condiciones, toda vez que no se subsanó el requerimiento con la presentación del dictamen correspondiente. Por el contrario, se allegaron nuevos estados financieros en los cuales las cifras base de la calificación se reducían, lo que no fue advertido, o ni siquiera conocido, por el comité de evaluación.

Es de la mayor importancia agregar que en el informe de evaluación sin fecha[[67]](#footnote-67), que se mantuvo en firme como soporte del acto de adjudicación del contrato, el activo corriente de la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda se relacionó por la suma de $670’905.067, con base en el estado financiero de 31 de diciembre de 2004 no dictaminado, lo cual le permitió calcular un capital de trabajo por la suma de $402’279.755,58 (activo corriente/ pasivo corriente) y lograr el puntaje máximo de 100 puntos para la propuesta de Unión Temporal Calimeño, en materia de capacidad financiera.

Es evidente que el acto de adjudicación no debió adoptar las cifras de los estados financieros de la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda a 31 de diciembre de 2004, para efectos de la habilitación y calificación, toda vez que la proponente no cumplió con allegar el dictamen y, por el contrario, la contadora pública de la citada sociedad certificó que había corregido las cifras de esos estados financieros a mayo 31 de 2005, disminuyendo en una suma cercana a los $100’000.000 el patrimonio, con origen en una reducción similar del activo corriente de la sociedad, lo cual implicaba que su indicador de capital de trabajo (activo corriente/pasivo corriente) era inferior al que se obtenía con base en los estados financieros que inicialmente había aportado.

Así las cosas, no habiéndose cumplido el requerimiento para subsanar los estados financieros con corte a 31 de mayo de 2004, la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda debió ser calificada con NO CUMPLE, por falta de dictamen.

Dado que la capacidad financiera otorgaba puntaje, se puede precisar que al excluir las cifras de los balances de la Sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda de la sumatoria de la Unión Temporal Calimeño, la propuesta ya no lograba los 300 puntos de capacidad financiera que se le asignaron por parte del comité de evaluación, por cuanto la referida sociedad aportaba el 48.25% de la sumatoria de capital de trabajo de la referida unión temporal, de acuerdo con las cifras que aparecen en el acta del comité de evaluación[[68]](#footnote-68).

Se hace notar que, en ese evento, la propuesta no lograba el puntaje más alto. Por otra parte, se agrega que no es necesario acudir a estudiar los estados financieros de los otros partícipes, para recalificar el puesto que le hubiera correspondido a la Unión Temporal Calimeño, teniendo en cuenta que, en todo caso, no sería el primero teniendo en cuenta que no se cumplió con el dictamen de los estados financieros a 31 de diciembre de 2004, para uno de los partícipes, lo cual descalificaba la propuesta.

Se observa que la corrección certificada por la contadora pública indicaba que los activos eran inferiores a los inicialmente reportados, asunto de importancia material, dado que, por otra parte, según los cálculos en que se fundó el comité de evaluación, la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda aportaba a la propuesta de la Unión Temporal Calimeño la experiencia específica requerida en el pliego de condiciones.

Se puede agregar que de acuerdo con el pliego de condiciones el índice de liquidez acreditado debía ser igual o superior a 3 y que allí se dispuso que “*las demás propuestas serán rechazadas”*. Por ello, también en la verificación del cumplimiento del factor de liquidez se ha debido concluir que se estaba allegando información que denotaba una modificación de importancia en la evaluación de la propuesta de la Unión Temporal Calimeño, teniendo en cuenta que el índice correspondiente a la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, en caso de haber sido procedente la calificación de la propuesta, resultaba ser de cero puntos, en tanto las cifras de los estados financieros a 31 de mayo de 2004 no habían cumplido con el requisito del dictamen.

De acuerdo con lo antes expuesto, procede revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accederá a declarar la nulidad de la Resolución 02 193 de 22 de septiembre de 2005 y, como consecuencia, la nulidad del Contrato 153 de 31 de octubre de 2005.

**6.3. Conclusiones sobre el supuesto saneamiento de los estados financieros**

Aunque el argumento del demandante puede parecer débil, el análisis de los hechos sobre los que fundó su recurso de apelación lleva a la Sala a encontrar elementos de juicio suficientes para establecer el error en la evaluación de las propuestas y la ilegalidad de la adjudicación contenida en el acto administrativo acusado.

No se puede calificar en este proceso si hubo o no intención dolosa[[69]](#footnote-69) en los requerimientos, en las evaluaciones o en la adjudicación, lo cierto es que el acto administrativo de adjudicación del contrato se realizó desconociendo el pliego de condiciones y los requisitos fijados en el mismo.

En casos como el presente se impone para esta Sala el deber de declarar la nulidad del acto de adjudicación por la violación del pliego de condiciones y de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las pruebas antes descritas, las cuales llevan a advertir la ausencia del requisito correspondiente al dictamen de los estados financieros y las modificaciones al R.U.P. y a los estados financieros de una de las partícipes de la Unión Temporal Calimeño, en materia de los factores montos económicos que eran esenciales para determinar la habilitación y calificación de la propuesta que resultó adjudicataria.

Con base en el análisis de las pruebas, se hace notar que tales modificaciones se introdujeron por la Unión Temporal Calimeño desbordando el requerimiento que hizo el comité de evaluación y que, por su parte, ese comité ignoró o desconoció los límites de su propia solicitud de información y, de la misma forma, la Secretaria Delegataria con funciones del Gobernador de Putumayo expidió un acto administrativo de adjudicación que se fundó en un puntaje equivocado para la propuesta de la Unión Temporal Calimeño, toda vez que correspondía a los estados financieros que no cumplían con el dictamen requerido en el pliego de condiciones, los cuales, además, fueron modificados, según lo certificó la propia contadora pública de la sociedad Representaciones y Ediciones Eleber Ltda, en los documentos que presentó al departamento, cuyo contenido no fue analizado en forma correcta, para efectos de la evaluación de la propuesta y de la adjudicación del contrato.

Por tanto, se desvirtúa la motivación de la Resolución 02 193 de 2005, teniendo en cuenta que las modificaciones introducidas por Unión Temporal Calimeño SÍ afectaban la calificación contenida en el informe de evaluación, además de que evidenciaban la falta del dictamen respecto de los estados financieros inicialmente presentados y, como consecuencia de ello, el contrato no podía ser adjudicado a la referida Unión Temporal.

**6.4. La fecha del Registro Único de Proponentes**

Es cierto que la fecha de certificado del R.U.P. que se allegó con los documentos aportados por la Unión Temporal Calimeño, en relación con la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, correspondió al 5 de septiembre de 2005.

Se hace notar que ese certificado se apartaba de los requerimientos del pliego de condiciones, en el cual se exigió un registro expedido *“dentro de los dos meses anteriores a la fecha de la presentación de entrega de las propuestas”[[70]](#footnote-70).*

Este tipo de requisitos tiene el sentido de exigir que los proponentes tengan una experiencia vigente en la actividad de que trata el contrato y, precisamente, con ellos se busca evitar la creación de proponentes *ad hoc* o la modificación en el curso del proceso precontractual con nuevos registros en R.U.P., utilizada, a veces, para buscar la clasificación de una empresa que tradicionalmente no se ha desempeñado en el suministro de los bienes y servicios que el Estado requiere adquirir o la mejora de aquella propuesta que no alcanzaba los requisitos financieros en la oportunidad que el pliego de condiciones fijó como regla de competencia entre los distintos participantes en la licitación pública.

Teniendo como referente que la propuesta de Unión Temporal Calimeño se presentó el 12 de agosto de 2005[[71]](#footnote-71), se debió acreditar un registro expedido entre el 12 de junio de 2005 y el 12 de agosto de 2005, en observancia del siguiente requisito:

*“****2.3.3.1. Documentos de contenido financiero objeto de verificación***

*“****2.3.3.1.1. Certificado de Inscripción, Clasificación y Calificación en el Registro Único de Proponentes***

*“El proponente deberá presentar con su propuesta el Certificado de Inscripción, Clasificación y Calificación en el Registro Único de Proponentes, expedido por la respectiva Cámara de Comercio. Este certificado debe haber sido expedido dentro de los dos (2) meses anteriores a la fecha de la entrega de las propuestas.*

*“El proponente como persona natural o jurídica, y todos los miembros del consorcio o unión temporal, que vayan a proveer los bienes objeto del presente proceso de selección, trátese de personas naturales y/o personas jurídicas nacionales o extranjeros con domicilio o sucursal en Colombia, deberán encontrarse registrados en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, de acuerdo con el artículo 22.4 de la Ley 80 de 1993. (…)”*

Por tanto, el certificado del RUP expedido por la Cámara de Comercio el 5 de septiembre de 2005 no cumplía el requisito temporal exigido en el pliego, además de que reflejaba una modificación de las cifras que fue realizada en el curso del procedimiento precontractual y que, por haberse aceptado, constituyó una ruptura de la igualdad de acceso de los distintos proponentes, para competir bajo las mismas reglas.

Por otra parte, se evidencia que tanto ese certificado de 5 de septiembre de 2005, como el que inicialmente se allegó con la propuesta, de 9 de agosto de 2005[[72]](#footnote-72), no se tuvieron en cuenta para la evaluación y calificación, toda vez que en ellos se indicaba un activo corriente de $570’904.000, cifra inferior a la que se tomó en el acta de evaluación, que fue la suma de $670’905.067, al parecer, con base en el estado financiero de 31 de diciembre de 2004, el cual no fue objeto de dictamen de contador público independiente.

Así las cosas, el análisis del nuevo certificado del R.U.P. no correspondió a un asunto meramente formal, toda vez que su contenido material era diferente del que acogió el comité de evaluación y, resultaba cierto que la diferencia en los valores sí incidía en la calificación que, en forma errada, se le asignó a Unión Temporal Calimeño y que se decidió mantener en el acto de adjudicación.

Por ello, se reafirma la procedencia de la nulidad pretendida por la parte demandante, en relación con el acto administrativo de adjudicación y con el contrato de compraventa correspondiente.

**6.5. La actividad acreditada por los miembros de la Unión Temporal Calimeño**

La Sala advierte que el Tribunal *a quo* dejó de realizar un análisis acerca de la actividad que debía ser acreditada por los partícipes de la Unión Temporal Calimeño, toda vez que el pliego de condiciones, en efecto, disponía un requisito del siguiente orden:

*“3.2. PARTICIPANTES*

*“En el presente proceso podrán participar personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras individualmente, en consorcio o en unión temporal, que hayan adquirido y retirado el presente pliego de condiciones y que a la fecha de presentación de la propuesta, se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el Registro Único de proponentes de la Cámara de Comercio respectiva, en la actividad 3 (proveedor), Especialidad 10 y grupo 3[[73]](#footnote-73)”.*

De la anterior regla se infiere que el requisito de inscripción y clasificación en el Registro Único de Proponentes se exigió para todos y cada uno de los miembros de la Unión Temporal.

No obstante, analizado el acervo probatorio se concluye que el argumento del apelante no resultó probado, toda vez que aunque la experiencia de las tres personas naturales que hicieron parte de la Unión Temporal Calimeño se acreditó frente a la Cámara de Comercio con contratos en el sector de la construcción -según aparece en los certificados del R.U.P. - esas personas sí se habían clasificado e inscrito, también, como proveedores en la especialidad 10, grupo 3, referida a los productos editoriales, aunque no se indicó la fecha en que se actualizó el R.U.P. de esos proponentes ni la fecha en que se incluyó la clasificación es el grupo de proveedores en el sector editorial.

Como la falta de experiencia de uno o algunos de los integrantes de la unión temporal no era causal de rechazo, tenía que aceptarse que la propuesta podía calificarse con base en la experiencia de uno solo, siempre y cuando todos y cada uno acreditaran la inscripción en la categoría la especialidad 10, grupo 3.

Se reitera que los certificados del Registro Único de Proponentes –RUP- que inicialmente allegaron los miembros de la Unión Temporal Calimeño fueron expedidos el 9 y el 12 de agosto de 2005[[74]](#footnote-74), pero luego, para el caso de la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda, se presentaron nuevos certificados con variaciones de importancia en las cifras destinadas a servir como base de la calificación financiera.

Sin embargo, de la prueba de los primeros certificados que fueron aportados con la presentación de la propuesta no puede inferirse la fecha en que las personas naturales miembros de la Unión Temporal Calimeño realizaron la actualización y modificación del RUP para clasificarse como proveedores en la actividad editorial, toda vez que esos certificados no presentan un registro cronológico de las modificaciones de datos.

También se observa que en el curso del proceso precontractual los señores Huber Ricardo Hoyos y Alexánder Solarte Ordoñez presentaron nuevos estados financieros, con corte al 31 de julio de 2005[[75]](#footnote-75), pero no modificaron los certificados del R.U.P. que adjuntaron con la propuesta inicial, de manera que, para el asunto que ahora se examina, debe aceptarse que estaban inscritos en la especialidad 10, grupo 3 para la fecha en que presentaron la propuesta.

Ahora bien, en relación con la experiencia específica, en el pliego de condiciones no se exigió que todos y cada uno de los miembros de la unión temporal tuvieran que acreditarla. El factor de calificación se estableció con fundamento en la sumatoria de los contratos acreditados por los distintos miembros, de la siguiente forma:

*“En el caso de consorcios o uniones temporales, la experiencia se determinará mediante la sumatoria de los contratos ejecutados de todos los integrantes del consorcio o unión temporal, que cumplan con las condiciones establecidas en el presente numeral”[[76]](#footnote-76).*

Como conclusión, teniendo en cuenta que la sociedad Representaciones y Ediciones Eliber Ltda SÍ acreditó la antigüedad y la experiencia en el sector editorial[[77]](#footnote-77), se rechazan los argumentos del apelante en torno de las supuestas falencias en el requisito de la experiencia que acreditó la Unión Temporal Calimeño.

**6.6. Saneamiento de los documentos de experiencia específica**

Mediante comunicación de 31 de agosto de 2005, suscrita por uno de los miembros del comité evaluador, se citó al representante de Unión Temporal Calimeño, en la siguiente forma (se transcribe textualmente, incluso con posibles errores):

*“CITARLO, a fin de que se sirvan ACLARAR la acreditación de experiencia en relación con los contrato 085 de 2004 suscrito entre la unión temporal ELIBER –INDUSTRIAS DIDÁCTICAS URANTÍA LTDA, el que se encuentra acreditado con valores no concordantes entre el contrato y su certificación; además deberá acreditar el porcentaje de participación de ELIBER LTDA en la unión temporal para efectos de determinar el porcentaje de experiencia, 002 suscrito entre la secretaría ejecutiva del Convenio Andrés Bello SECAB y ELIBER LTDA, por no concordar el valor del contrato con la certificación de cumplimiento”[[78]](#footnote-78).*

Mediante comunicación de 1º de septiembre de 2005 la Unión Temporal Calimeño, obrando dentro del plazo fijado en el adendo modificatorio No. 1 de 29 de agosto de 2005[[79]](#footnote-79), presentó: **i)** un documento contentivo del acuerdo de Unión Temporal celebrada con Industrias Didácticas Urantía Ltda, en el cual se acreditó que Representaciones y Ediciones Eliber Ltda tenía el 38% de participación[[80]](#footnote-80) en esa unión temporal y **ii)** una certificación 15 de agosto de 2005, expedida por la Subdirectora de Poblaciones del Ministerio de Educación, en la cual se precisaron los números y valores de los contratos 002/04 suscrito por la SECAB dentro del convenio 125/01, y 085 de 2004, suscrito entre el citado Ministerio de Educación y la Unión Temporal integrada por Representaciones y Ediciones Eliber Ltda e Industrias Didácticas Urantía Ltda.

Por ello, en cuanto se refiere al saneamiento de las certificaciones de experiencia, se encuentra debidamente aplicado el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que no era procedente el rechazo de plano de las propuestas por el solo hecho de la falta de consistencia o de claridad entre los contratos y las certificaciones allegadas. Lo pertinente era pedir las aclaraciones, como en efecto se realizó.

Se hace constar que tanto el contrato 002 de 2004 como el contrato 085 de 2004 se encontraban dentro de los documentos aportados con la propuesta[[81]](#footnote-81), aunque sus valores no coincidieran con los de la certificación de agosto 11 de 2005. Además, se precisa que en el acta de evaluación se tomó el menor de cada uno de los valores, así: Contrato 085 de 2004: $61’475.431 (38% del valor total) y Contrato 002 de 2004: $159’452.700[[82]](#footnote-82).

Finalmente, en este aspecto se acompaña la observación del Tribunal en cuanto a que el mayor puntaje en el factor de experiencia no fue el asignado a la Unión Temporal Calimeño, dado que el puntaje más alto, de 200 puntos, se le otorgó a la propuesta de Ramiro Rivera[[83]](#footnote-83).

**6.7. Anotaciones sobre la prueba de la mejor propuesta**

Aunque las pretensiones indemnizatorias no proceden en este caso, teniendo en cuenta que la demanda se presentó habiendo operado la caducidad de 30 días que fijaba el artículo 87 del CCA, es útil advertir que lo indicado por el Tribunal *a quo*, en torno de la falta de prueba a cargo del demandante, en el aspecto de que su propuesta era la mejor, resulta correcto.

Lo anterior, dado que el demandante no acreditó que hubiera logrado el mejor puntaje.

Se especifica que en el punto de “*CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ANTERIORES”* la propuesta del demandante fue calificada con 0 puntos, por cuanto no allegó el formulario 4 – Informe sobre contratos anteriores.

Se agrega a ello que la falta de ese formulario implicó que no se cubrió el aspecto relacionado con el ámbito temporal de la declaración que dejó de allegar, según se hizo constar en los considerandos de la Resolución 02 193 de 22 de septiembre de 2005.

Sobre este aspecto, la sociedad demandante no allegó prueba en orden a desvirtuar lo considerado en la citada Resolución.

Por otra parte, los argumentos de la apelante en relación con la justificación por la falta del formulario 4 no tienen pertinencia con el asunto en cuestión, toda vez que afirmó que, por tratarse de una persona natural, no estaba obligado a tener revisor fiscal, aspecto que era cierto pero que no lo relevaba del requisito de acreditar un dictamen de sus estados financieros suscrito por contador público independiente, como lo exigió el pliego de condiciones en concordancia con el artículo 38 de la Ley 222 de 1995, el cual tampoco presentó con la propuesta, ni en forma posterior[[84]](#footnote-84).

**7. Consecuencias de la nulidad del contrato**

Obra en el expediente la prueba de que el Contrato de Compraventa No. 153 de 31 de octubre de 2005 fue ejecutado en un 100% y liquidado con saldo en ceros.

Lo anterior se establece de acuerdo con la constancia de cumplimiento que expidió el Secretario de Educación y Cultura del departamento[[85]](#footnote-85) y con el acta de liquidación de 30 de diciembre de 2005[[86]](#footnote-86).

Por ello, se entiende que no hay lugar a imponer prestaciones derivadas de la declaratoria de nulidad que se adoptará en esta providencia.

**8. Costas**

Habida cuenta de que para el presente proceso tiene lugar la aplicación del artículo 55 de la Ley 446 de 1998, según el cual sólo hay lugar a la condena en costas de acuerdo con la conducta de las partes y en el *sub lite* no se advierte obrar temerario de alguna de ellas, se tiene que concluir que en este caso no hay lugar a imponer costas.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 9 de mayo de 2014, y en su lugar se dispone:

1º. Declarar la nulidad de la Resolución 02 193 del 22 de septiembre de 2005, por medio del cual se adjudicó un contrato a la Unión Temporal Calimeño, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa 153 del 31 de octubre de 2005 celebrado entre el departamento del Putumayo y la Unión Temporal Calimeño, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3º Declarar la caducidad de las pretensiones indemnizatorias incoadas en la demanda.

4º Denegar las demás pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Carátula de presentación personal y folio 311, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 22 y 23, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 96 y 97 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. En adelante se podrá denominar R.U.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. Denuncia penal presentada el 18 de noviembre de 2005, obrante en los folios 261 a 270, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 334, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 323, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 388, 394 y 395, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 319 cuaderno 1. Según el certificado expedido por la Cámara de Comercio, el nombre completo de esta sociedad era Representaciones y Ediciones Eliber Ltda. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 255 a 260, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 406, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 439 a 445, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 371 a 381, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 524, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Se refirió a la certificación que obra en el folio 182, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 573, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-16)
17. Abuso o desviación de poder. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículos 2 y 75. [↑](#footnote-ref-18)
19. El criterio orgánico, vigente para la fecha de presentación de la demanda en este proceso, se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998. [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ley 80 de 1993. “Artículo 2º.-**De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:*

*“****1o. Se denominan entidades estatales:***

*“a) La Nación, las regiones,* ***los departamentos****, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 33, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2007, toda vez que la demanda se presentó el 4 de septiembre de 2007 y el recurso de apelación se interpuso el 3 de julio de 2014, en vigencia de lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011 (folio 556, cuaderno principal, segunda instancia). [↑](#footnote-ref-22)
23. También acogida por las otras Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto al plazo de 30 días para incoar las acción contra los actos previos en vigencia del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por ejemplo, en las siguientes providencias: **1.** Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro De Jesus Pazos Guerrero, sentencia de 27 de marzo de 2014, radicación: 20001-23-31-000-1999-00784-01(27453), actor: Cooperativa de Trabajo Asociado de Casacara Cootasca, demandado: Instituto Nacional de Vías – Invías, referencia: acción de controversias contractuales (Apelación Sentencia); **2.** Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz, sentencia de 10 de septiembre de 2014, radicación: 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203), actor: Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. - Sepecol Ltda., demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otros, referencia: apelación sentencia - acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, jurisprudencia reiterada en las siguientes sentencias: **1** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 250002326000200137701, expediente 32721, actor Integrantes Unión temporal Bogotá Móvil, demandado Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt, acción contractual. **2.** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación: 250002326000200102922, expediente 31753, actor Insetel Ltda., demandado: Municipio de Purificación, acción: nulidad y restablecimiento del derecho; **3.** Sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual; **4**. Sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 25000232600020010292201, expediente 28479, actor: Unión Temporal de Servicios Eléctricos, demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt; **5.** sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 2500023260019990219701, expediente 25646, actor Ciarquelet Ltda., demandado Distrito Capital Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y otro. Igualmente, continuando con la línea mencionada, los otros consejeros de la misma Subsección A han reiterado las tesis sobre la oportunidad para presentar la demanda contra los actos previos, según se observa, por ejemplo, en las siguientes providencias: **6.** Sentencia de 9 de julio de 2014, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación: 250002326000200001205-01, expediente: 27.883, Demandante: Reimpodiesel S.A., Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- , naturaleza: nulidad y restablecimiento del derecho; **7.** sentencia 23 de septiembre de 2015., Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, radicación: 25000233100020020100101 (39327), actor: Cooperativa de Trabajo Servicio de Vigilancia y Seguridad Privada Cooseguridad, demandado: Bogotá D.C. Secretaría de Educación. **8.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 24 de mayo de 2017, radicación: 25000232600020090098901 (48388), actor: Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, demandado: Qumram Asociados Ltda, acción: reparación directa. **9.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 6 de julio de 2017, radicación: 250002342600020110066501 (52498), actor: Traing Trabajos de Ingeniería Ltda., demandado: Corporación Autónoma Regional del Rio Grande de la Magdalena – Cormagdalena, acción: nulidad y restablecimiento del derecho. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cita original de la sentencia: *“Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma”.*  [↑](#footnote-ref-25)
26. Cita original de la sentencia: “*De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Cita original de la sentencia: *“Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y en sentido contrario una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente*”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 205 a 234, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 194, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 250002326000200137701, expediente 32721, actor Integrantes Unión temporal Bogotá Móvil, demandado Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt, acción contractual. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación número: 50001-23-31-000-1999-00165-01(25310), actor: Anatilde Ortiz de Bernal, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional, referencia: apelación sentencia - acción de reparación directa. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cita original de la sentencia:*“ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. El presente decreto debe ser aplicado por todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad.*

*“****Su aplicación es necesaria también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba****”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-32)
33. Cita original de la sentencia: “*Con la expedición de la Ley 1314 de 2009 se adoptaron los principios y normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia y se dispuso el tránsito hacia las Normas Internacionales de Información Financiera, (NIIF), así como se señalaron las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y la determinación de las entidades responsables de vigilar su cumplimiento”.* [↑](#footnote-ref-33)
34. Cita original de la sentencia: “*Responsabilidad penal de quienes ‘ordenen, toleren, hagan o encubran falsedades en los estados financieros o en sus notas’ ”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Cita original de la sentencia: *“*Corte Constitucional, sentencia C-996/2000 *“La existencia y la importancia de éstos ha sido justificada de manera diversa: i) son los estados financieros los instrumentos contables a través de los cuales se pueden determinar la utilidad o pérdida obtenida en desarrollo del objeto social de la empresa; ii) permiten establecer la situación financiera de la sociedad, tanto para sus propios socios, como terceros que no tienen acceso, inversionistas,* ***y el propio Estado a fin de cumplir su función de inspección, vigilancia y control, y desde luego para establecer la base tributaria de las sociedades*** (la negrilla no es del texto)”. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de enero 29 de 2014, radicación: 25000232600020010205301(30250), Consorcio FAB, demandado: Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 15 de octubre de 2015, radicación número: 05001233100020020245001(42170), Actor: Dissantamaría S.A. y Mercado Todo S.A., demandados: Departamento de Antioquia y Grupo Litoral S.A., asunto: acción contractual (sentencia). [↑](#footnote-ref-37)
38. Cita original de la sentencia: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30.250”*. [↑](#footnote-ref-38)
39. La sentencia citada, se refiere a la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto de 3 de diciembre de 2014, radicación: 68001-23-31-000-1995-10574-01 (expediente. 47.929), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, actor: Hernando Ortiz Cala, demandado: Empresas Públicas de Bucaramanga, acción: Contractual.

*.*  [↑](#footnote-ref-39)
40. “*Artículo 25. Del Principio de Economía (…). 3o. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, contínua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados”.* [↑](#footnote-ref-40)
41. “*Artículo 24. Del principio de Transparencia. En virtud de este principio: (…). 7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite,* ***se motivarán en forma detallada y precisa*** *e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia*” (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-41)
42. Decreto 2153 de 1992. *“Artículo 46. Prohibición. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Ley 80 de 1993. *“Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: 6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas* ***siempre y cuando ellas nos signifiquen condicionamientos para la adjudicación****. (…). 8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes.* ***En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. (…)****.* ***Parágrafo.-****Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que,* ***en igualdad de oportunidades****, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable*(la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-43)
44. *Ley 80 de 1993. “Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio:   (…) 15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente,* ***no necesarios para la comparación de propuestas****, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”* (la negrilla no es del texto)*.* [↑](#footnote-ref-44)
45. *Ley 43 de 1990. “Artículo 1. Del Contador Público. Se entiende por Contador Público la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente, está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre estados financieros, realizar las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general”.* [↑](#footnote-ref-45)
46. *Ley 43 de 1990. “Artículo 2. De Las Actividades Relacionadas con la Ciencia Contable En General. Para los efectos de esta ley, se entienden por actividades relacionadas con la ciencia contable en general todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes sobre estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamento en libros de contabilidad, revisoría fiscal, prestación de servicios de auditoría, así como todas aquellas actividades conexas con la naturaleza de la función profesional de Contador Público, tales como : la asesoría tributaria, la asesoría gerencial, en aspectos contables y similares”*. [↑](#footnote-ref-46)
47. *Decreto 2649 de 2993. “Artículo 1o. Definición. De conformidad con el artículo 6º de la ley 43 de 1990, se entiende por principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, el conjunto de conceptos básicos y de reglas que deben ser observados al registrar e informar contablemente sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas. Apoyándose en ellos, la contabilidad permite identificar, medir, clasificar, registrar, interpretar, analizar, evaluar e informar, las operaciones de un ente económico, en forma clara, completa y fidedigna.*

*“Artículo 2o. Ámbito de aplicación. El presente decreto debe ser aplicado por todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad.*

*“****Su aplicación es necesaria también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba****”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-47)
48. Sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folios 42 a 95. Cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 49, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folio 93, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folios 88, 89 y 90, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folios 297 y 624, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folio 1, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-54)
55. Página 13 de la resolución 02 193, obrante al folio 217, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folio 53, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-56)
57. En los testimonios de los señores Ignacio Padilla Carlosama y Manuel Erira Sotelo, quienes fueron miembros del comité de evaluación, no aparece referencia concreta a los documentos de modificación de los estados financieros, (folios 448 a 451, cuaderno 1).

 [↑](#footnote-ref-57)
58. Correspondiente a los *“documentos y criterios de verificación financiera y evaluación económica, cumplimiento y experiencia”*, folios 480 a 484, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folio 273, cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio 46, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-60)
61. Folios 466 a 476, cuaderno 2. Los estados financieros se allegaron con certificación del representante legal y de la contadora de la empresa, pero sin dictamen de contador público independiente. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folio 48, cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-62)
63. Folios 47 vs 273, cuaderno 2. La diferencia se encuentra en la cifra de inventario --mercancías no fabricadas-. que a 31 de diciembre de 1994 se registró por $491’708.345 y a 31 de mayo de 2005 se registró por $391’708.000. [↑](#footnote-ref-63)
64. El supuesto error que se había cometido en la elaboración de los estados financieros es una de las razones de las modificaciones, si se tiene en cuenta la certificación suscrita por la contadora pública, dado que, al parecer, inicialmente presentó un valor de patrimonio superior al que se debía reflejar en los respectivos estados financieros. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folios 272 a 277 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-65)
66. Folio 61 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-66)
67. Según la constancia secretarial este informe seria de 6 de septiembre de 2005, folios 1 a 8, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-67)
68. Folio 4, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-68)
69. De acuerdo con lo que obra en el plenario, el demandante presentó denuncia penal en relación con los hechos en el sub lite, por lo cual se asume que el asunto fue investigado por las autoridades competentes. [↑](#footnote-ref-69)
70. Punto 2.3.3.1.1., folio 480 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-70)
71. Folio 297, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folios 313 a 315, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-72)
73. Grupo 3: *“Productos editoriales de la prensa o de otras industrias gráficas, textos manuscritos o mecanografiados y planos”,* según certificado de Representaciones y Ediciones Eliber ltda, folio 56, cuaderno 2 y folio 446, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-73)
74. Folios 302 a 307, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folios 14 a 45, cuaderno 2- [↑](#footnote-ref-75)
76. Folio 92, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-76)
77. Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, folios 54 a 59, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-77)
78. Folio 108, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-78)
79. Folio 106, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-79)
80. Folio 67, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-80)
81. Folio 528 a 531 y 545 a 547, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-81)
82. Cuadro obrante en el folio 5, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-82)
83. Folio 7, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-83)
84. De acuerdo con los documentos obrantes en el plenario, el demandante solo allegó estados financieros certificados por su contador público y no aportó el dictamen de que trata el artículo 38 de la Ley 222 de 1995 (folios 699 a 702, cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-84)
85. Folio 79, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-85)
86. Folios 77 y 78 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-86)