**CAPACIDAD FINANCIERA – K – Registro único de proponentes – Requisito habilitante**

El Registro Único de Proponentes se erigió inicialmente como prueba válida de la calificación de la capacidad máxima de contratación (conocida como K), la cual se debía establecer por él mismo solicitante -con fundamento en un sistema de autodeclaración

De acuerdo con la Ley 80, la capacidad máxima de contratación (K) fue establecida como un requisito de habilitación para contratar, esto es que se definió una fórmula con arreglo a la cual el solicitante calculaba los puntajes de calificación y capacidad de contratación en las distintas actividades que eran objeto del registro tratándose de los procedimientos de contratación estatal en el cual era exigible el Registro Único de Proponentes en vigencia de la Ley 80 de 1993

[…] El certificado del Registro Único de Proponentes se erigió como “plena prueba” de las circunstancias sometidas al mismo, además de que se estableció que en el procedimiento de contratación no se pueden solicitar de nuevo los mismos documentos verificados por las Cámaras de Comercio.

A partir de la Ley 1150 de 2007, la capacidad financiera sólo puede constituirse como un requisito de habilitación, para participar en el proceso de contratación y se eliminó la posibilidad para exigirla como factor para asignar puntaje, tal como se estableció claramente en el artículo 5º ya citado.

**ESTADOS FINANCIEROS – Suscritos – Contador – Revisor fiscal – Representante legal – Idoneidad**

La exigencia de estados financieros certificados con la firma del representante legal, del contador público -y la del Revisor Fiscal en su caso-, constituye un requisito idóneo para acreditar debidamente las condiciones financieras del proponente en aquellos casos en los cuales la entidad estatal contratante decide exigir la presentación de estados financieros para los efectos de la contratación pública , por las siguientes razones: i) La delegación para otorgar fe pública contable acerca de los aspectos definidos en la ley en relación con los estados financieros radica en cabeza del Contador Público de acuerdo con la Ley 43 de 1990 y ii) El Decreto 2649 de 1993 , estableció un contenido específico para la certificación de los estados financieros, aspecto que se consagró a nivel legal acompañado de una presunción de autenticidad, de acuerdo con la Ley 222 de 1995 , en cuanto dispuso que: La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los mismos estados financieros conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.

**LIBROS DE CONTABILIDAD – Prevalencia**

La prevalencia de los libros de contabilidad a que hace referencia el artículo 775 del Estatuto Tributario, no resulta ser una regla aplicable en el caso concreto y, por el contrario, se encuentra que en relación con la Licitación Pública No. 01 de 2000 procedió la aplicación de facultad-deber de verificación de la información para medir la capacidad financiera, de acuerdo con las disposiciones del artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 92 de 1998.

La prevalencia de la prueba contable en el procedimiento de selección del contratista no tenía cabida en este caso concreto por las falencias de la misma, no sólo frente a la normativa del Estatuto Tributario impropiamente invocado, sino especialmente por razón de de las reglas de la contabilidad del comerciante, aplicables a la sociedad comercial que hizo parte de la Unión Temporal Construobras, contenidas en el Código de Comercio, en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03414-01(31753)**

**Actor: INSETEL LIMITADA Y OTROS**

**Demandado: MUNICIPIO DE PURIFICACION**

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

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el dieciocho (18) de julio de dos mil cinco (2005), mediante la cual se dispuso:

***“****Negar las pretensiones de la demanda.”*

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

**1. La demanda.**

Mediante demanda presentada el 14 de noviembre de 2000, la sociedad Insetel Ltda., los señores Augusto Rafael Torres Suárez y Germán Gaitán Rodríguez, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra el Municipio de Purificación*[[1]](#footnote-1):*

*“****Primera:*** *Que se declaren nulos los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 285 del 28 de septiembre de 2.000 y en el acta de adjudicación de la misma fecha proferidos por el Alcalde Municipal de Purificación, Tolima, por medio de los cuales se adjudicó la Licitación Pública Nacional No. 001 de 2.000, cuyo objeto es la Construcción de la Primera Etapa del Parque Recreacional del Municipio de Purificación, al consorcio denominado LUIS E. GÓMEZ Y OTRO.*

***Segunda:*** *Que consecuencialmente con la anterior declaración, se disponga el restablecimiento del derecho de los integrantes de la sociedad INSETEL LTDA y de los señores GERMÁN GAITÁN RODRÍGUEZ y RAFAEL TORRES SUÁREZ, quienes presentaron propuesta conjunta para la Licitación Pública Nacional No. 001 de 2.000 bajo la conformación de una Unión Temporal denominada UNION TEMPORAL CONSTRUOBRAS, condenando a la entidad pública demandada al pago de los conceptos de ADMINISTRACION, UTILIDAD E IMPREVISTOS establecidos en su propuesta, habida cuenta de que su propuesta estaba constituida como la mejor en los términos del pliego de condiciones.*

***Tercera:*** *Que el valor de la condena de que trata el anterior numeral sea indexado de conformidad con los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Honorable Consejo de Estado.*

***Cuarta:*** *Condenar a título de lucro cesante, el pago de los intereses legales sobre el valor de condena de que trata el numeral segundo de las pretensiones.*

***Quinta:*** *Que la sentencia sea cumplida dentro del término previsto por el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

***Sexta:*** *Que sea condenada en costas la entidad pública demandada en los términos de la ley 446 de 1998.”*

**2. Los hechos.**

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

**2.1.** Mediante Resolución No. 0209 del 21 de junio de 2000, la Alcaldía Municipal de Purificación –Departamento del Tolima- dispuso la apertura de la Licitación Pública No. 01, con el objeto de contratar las obras correspondientes a la *“Primera Etapa del Parque Recreacional del Municipio de Purificación”*.

**2.2.** Se presentaron al procedimiento de licitación cuatro (4) propuestas, entre ellas la de la Unión Temporal Construobras, integrada por los ahora demandantes, los señores Augusto Rafael Torres Suárez, Germán Gaitán Rodríguez y la sociedad Insetel Ltda., cuya oferta obtuvo en la calificación inicial realizada por el Comité Evaluador el segundo puntaje más alto, por un total de 752, 9 puntos; no obstante, con ocasión de las observaciones formuladas por la misma Unión Temporal Construobras y por los otros proponentes, el Municipio de Purificación revisó y modificó los puntajes asignados a todos los proponentes, como resultado de lo cual, en la calificación final de la Licitación Pública No. 01 de 2000, la Unión Temporal Construobras obtuvo 664,9 puntos, quedando ubicada en el tercer lugar de calificación.

**2.3.** Mediante Resolución No. 285 de 28 de septiembre de 2000, expedida por el Alcalde Municipal de Purificación, se adjudicó el contrato de obra correspondiente a la *“Primera Etapa del Parque Recreacional del Municipio de Purificación”* al Consorcio Luis E. Gómez y otro, cuya propuesta resultó ser la ganadora, con un puntaje de 714 puntos de acuerdo con la evaluación final de las propuestas.

**2.4.** A juicio de la parte demandante, en la decisión de adjudicación el Municipio de Purificación incurrió en notables inconsistencias y errores por razón de la evaluación de las propuestas, tanto en relación con la propuesta del Consorcio Luis E. Gómez y otro, como también en la calificación de la propuesta presentada por la Unión Temporal Construobras, los cuales llevaron a una calificación errada y, por lo tanto, subjetiva de los siguientes factores de ponderación:

**i)** Nivel 5, experiencia del personal. En este factor la propuesta de la Unión Temporal Construobras recibió 54 puntos, cuando lo correcto era 84 puntos, de acuerdo con los documentos aportados y la fórmula reseñada;

**ii)** Nivel 2, programación de obra. En éste ítem se le asignaron 230 puntos al Consorcio Luis E. Gómez y otro, cuando ha debido ser de solamente 120 puntos, puesto que en la propuesta del citado Consorcio no se indicó en ninguna barra del *Diagrama de Gantt* el porcentajes de ejecución de obra en cada actividad;

**iii)** Nivel 3, flujo de desembolso. En este ítem se asignó una calificación de 50 puntos al Consorcio Luis E. Gómez y otro, cuando ha debido ser sólo de 28,4 puntos, teniendo en cuenta las correcciones del *Diagrama de Gantt* que fueron expuestas por la Unión Temporal Construobras;

**iv)** Nivel 7, capacidad financiera. En este factor la Unión Temporal Construobras no obtuvo puntaje debido a que el Comité Evaluador hizo constar una *“inconsistencia (diferencia)”* entre los valores de la Declaración de Renta y el Balance General a 31 de diciembre de 1999, presentados por la sociedad Insetel Ltda., integrante de la Unión Temporal Construobras, no obstante lo cual, según narró la parte actora, el Municipio no explicó en momento alguno en qué consistieron las supuestas inconsistencias ni le solicitó aclaraciones a los miembros de la Unión Temporal Construobras. A juicio del demandante, el Municipio de Purificación le ha debido asignar los 200 puntos posibles en este ítem, de conformidad con el capital de trabajo que fue acreditado con base en los estados de Balance General de sus integrantes, los cuales debían tenerse como información prevalente para la calificación de la capacidad financiera, según lo previsto en el Pliego de Condiciones.

**2.5.** La falta de documentos del Consorcio Luis E. Gómez y otro estaba calificada como causal de rechazo en el numeral 8º del Capítulo 1 y el numeral 2º del Capítulo 3 del Pliego de Condiciones, por lo cual, al reconocerle puntaje, el Municipio favoreció injustamente a la propuesta que finalmente designó como ganadora.

**2.6.** Según afirmó la parte demandante, de haberse omitido el proceder subjetivo del Comité de Evaluación y si se hubieran aplicado las reglas de selección del Pliego de Condiciones, su propuesta habría alcanzado el primer lugar y el contrato se habría celebrado con la Unión Temporal Construobras, lo cual, por no haberse realizado, lo privó de las ganancias esperadas en la ejecución del mismo.

**2.7.** La propuesta económica de la Unión Temporal Construobras fue presentada por la suma de $846’354.549, con un A.I.U., de 17% del valor total de la misma.

**3. Concepto de violación**

La parte demandante invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 25, 29, 53, 90, 123, 209, 273 y 333 de la Constitución Política; los artículos 2, 3, 9, 17, 76 y 85 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 5, 24, numerales 5, 7 y 8; 25, numerales1, 2 y 3; 26, numerales 1, 2, 3; 28, 29; numerales 2 y 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; así como el Decreto Reglamentario 287 de 1996 en sus artículos 1 y 2[[2]](#footnote-2).

Finalmente señaló como normas violadas las reglas de los Capítulos II y III del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 2000.

**4. Actuación procesal.**

**4.1.** El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda por auto de 27 de noviembre de 2000, en el cual ordenó tener como demandado al Consorcio Luis E. Gómez y otro, por razón de su interés jurídico en el proceso, así como dispuso su notificación. (folio 88, cuaderno 1).

**4.2.** El Consorcio Luis E. Gómez y otro, fue notificado personalmente a través de su representante legal el 20 de agosto de 2002 (folio 117, cuaderno 1).

**4.3.** El Tribunal Administrativo del Tolima decretó las pruebas solicitadas, tanto las documentales como el dictamen pericial, mediante auto de 15 de mayo de 2003 (folio 145, cuaderno1).

**4.4. Contestación de la demanda.**

En la contestación de la demanda el Municipio de Purificación aceptó los hechos relacionados con el desarrollo de la Licitación Pública No. 01 y advirtió que la Unión Temporal Construobras no constituyó la póliza de seriedad de la oferta por el plazo requerido; la experiencia acreditada por la Unión Temporal Construobras fue debidamente calificada; de acuerdo con la información presentada por la Unión Temporal Construobras, esta proponente realmente no cumplía con la solidez financiera requerida para ejecutar el contrato; el puntaje asignado a los tiempos de programación de obra de la Unión Temporal Construobras correspondió a que no incluyó tiempos de holgura en la ruta crítica frente al diagrama de Gantt presentado por la misma Unión Temporal.

Igualmente el Municipio de Purificación sostuvo que aunque el Consorcio Luis E. Gómez y otro, presentó un *“oficio”* titulado Cronograma de Actividades, en el cual la información sí estaba detallada -y con mucha mayor precisión- que en el Diagrama de Gantt.

Por su parte, el Consorcio Luis E. Gómez y otro, en la contestación a la demanda puso de presente que el ingeniero Carlos Fernando Córdoba Avilés, asumió la defensa del citado consorcio ante la muerte violenta del anterior representante legal, ingeniero Luis Eduardo Gómez Reinoso, según fue reconocido por el Municipio de Purificación en la ejecución del respectivo contrato; así las cosas, el ingeniero Córdoba Avilés, reconocido por la entidad contratante, procedió a constituir apoderado judicial el cual se hizo parte en el proceso con poder otorgado el 27 de febrero de 2003 (folio 123, cuaderno 1), oportunidad en la cual presentó además el “documento constitutivo” del Consorcio mencionado, de fecha 25 de agosto de 2000, suscrito por Carlos Fernando Córdoba Avilés y Luis Eduardo Gómez Reinoso, e invocó la Resolución No. 082 de 20 de marzo de 2001, mediante la cual la Alcaldía del Municipio de Purificación, habiendo sido informada del fallecimiento del ingeniero Luis E. Gómez Reinoso, representante legal inicial y obrando de acuerdo con la solicitud del único integrante del Consorcio, resolvió reconocer al ingeniero Carlos Fernando Cordoba Avilés, para efectos de la ejecución del Contrato No. 176 de 2000, correspondiente a la construcción de la Primera Etapa del Parque Recreacional del Municipio de Purificación, según se lee en la citada Resolución.

En relación con la demanda, observó que las imputaciones de la misma se concentraban en dos puntos, acerca de los cuales presentó su defensa así: **i)** La calificación de cero puntos en la capacidad financiera obedeció a las inconsistencias en la información que fue presentada por la Unión Temporal Construobras, cuyas cifras hacían presagiar una total iliquidez y, **ii)** La no exclusión del Consorcio Luis E. Gómez y otro, fue totalmente ajustada al Pliego de condiciones puesto que su propuesta fue calificada con cero puntos en el ítem relacionado con el cronograma, no con 110 puntos como afirmó el demandante y, con el mismo rigor, el Comité Evaluador advirtió que la demás información se encontraba contenida y con mayor especificidad en los documentos presentados, por lo cual le asignó correctamente los otros puntajes, por manera que no hubo favorecimiento alguno.

Finalmente, manifestó que la parte demandante ha debido concentrarse en demostrar que su propuesta era la mejor, para lo cual ha debido aclarar que no hubo esguince alguno en la información financiera, en lugar de descalificar la propuesta del Consorcio por un aspecto formal y de poco puntaje, puesto que las falencias en los documentos no esenciales para la comparación de ofertas no constituyen causal de rechazo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

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

En la primera instancia la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, en los cuales manifestó que las pruebas corroboraron los siguientes aspectos: **i)** la no presentación de los Diagramas CPM y GANTT, por parte del Consorcio Luis E. Gómez y Otro, circunstancia que pasó por alto el Comité Evaluador, además de que en la prueba pericial dentro del proceso se estableció que esa información era necesaria para evaluar en nivel 3 el flujo de desembolsos y **ii)** la Unión Temporal Construobras acreditó un capital de trabajo superior a $250’000.000 de acuerdo con los balances aportados y el dictamen practicado y, por lo tanto, se le ha debido asignar la calificación de 130 puntos, con base en la cual habría alcanzado el primer lugar en la Licitación Pública No. 01 de 2000.

El Municipio de Purificación, obrando como parte demandada, presentó alegatos con los siguientes argumentos: **i)** De acuerdo con las pruebas, el nivel 2, relativo al porcentaje de ejecución, se calificó con cero puntos para la propuesta del Consorcio Luis E. Gómez y otro y no con 110 puntos como señaló el demandante; **ii)** En relación con la prueba pericial practicada en el proceso, la entidad demandada recordó que no se logró la posesión de un perito contable por lo cual el dictamen provino únicamente del perito ingeniero, el cual incurrió en una falla sustancial por cuanto tomó la información financiera sin importar si fue presentada en debida forma, tal como indicó en la aclaración del dictamen, así: *“Cuando realicé la calificación de acuerdo a lo solicitado por la pericia, tomé a todas las partes que intervinieron en la convocatoria, estuvieran estos o no con o sin la totalidad de los documentos exigidos”;* **iii)** el Comité Evaluador fue integrado por un equipo interdisciplinario constituido por un ingeniero, un abogado, un financiero y una Contadora Pública, el cual evalúo las propuestas con la mayor transparencia y atendiendo todas las observaciones, de suerte que la calificación final quedó debidamente soportada en este proceso con apoyo en prueba suficiente de las observaciones y consideraciones realizadas y, **iv)** solicitó aplicar el Decreto 1584 de 1994, reglamentario de la contratación estatal de acuerdo con el cual la capacidad financiera se establecía con base en la última declaración de renta y el último balance comercial, sobre lo cual no se pronunció el perito por tratarse de un punto en derecho.

El Consorcio Luis E. Gómez y otro y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad.

**4.6. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia el dieciocho (18) de julio de dos mil cinco (2005), en la cual denegó las pretensiones de la demanda, según se lee en la parte resolutiva de la decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

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

*“En el caso presente no transcurrieron los treinta días para que se configurara la caducidad, razón por la cual la acción es procedente.*

*(…)*

*El CPM y GANNT* (sic) *fue presentado de manera incompleta por la mayoría de los proponentes (programa de trabajo y flujo de desembolsos), por lo cual en estricto sentido sí se presentaron esos documentos exigidos aunque no fuera de manera completa, lo cual no constituía propiamente una causal de rechazo, en este sentido, razones por la que este cargo no prospera.*

*En cuanto (…) al ítem 24 Programación de obras, Nivel II (…) lo que argumenta el accionante (…) ya se encuentra satisfecho, pues se evaluó con cero (…).*

*Del mismo modo ha de señalarse que no obstante no obran en el proceso los folios 889 y siguientes de la propuesta presentada por el Consorcio LUIS E. GOMEZ y otro, ha de considerarse que sí se presentaron los diagramas en barras, tal y como se indica al folio 74 cuaderno y como lo reconoce el mismo accionante (…).*

*(…)*

*De lo expresado anteriormente y de la evaluación financiera de las propuestas, se concluye que la entidad tuvo en cuenta no sólo los balances presentados por los proponentes, sino además las declaraciones de renta, para lo cual estaba facultada legalmente y aquella que presentó inconsistencia entre los balances y la declaración de renta fue calificada con cero.*

*En razón a las inconsistencias presentadas y al no haberse anexado notas a los Estados Financieros, el comité evaluador tomó como base para analizar la capacidad financiera lo reflejado en la declaración de renta y como consecuencia de ello determinó el capital de trabajo, de conformidad con el contenido del numeral 29 de los términos de referencia (folio 27 de los mismos), en el cual se señala que el capital de trabajo equivalente a activo corriente – [menos] pasivo corriente y deberá ser mayor a doscientos cincuenta millones ($250’000.000) y que la propuesta que no cumplía esta condición obtendrá cero (0) puntos (….) Realizadas las operaciones correspondientes y atendidas las declaraciones de renta de los socios, el total del capital de trabajo sumó $207’648.700, lo cual resulta menor a la suma exigida en los términos de tal manera que obtuvo cero en la calificación.*

*(…)*

*El quinto cargo está dirigido contra la calificación obtenida por experiencia, sin que se sustente claramente por parte del accionante el motivo de inconformidad. (…) Sobre este cuestionamiento ha de atenderse las explicaciones que sobre el particular profirió la entidad contratante al resolver las observaciones formuladas en su momento por el actor (…) la experiencia debe acreditarse mediante certificaciones, de tal forma que quienes no la presentaron no podrán reclamar puntaje por este concepto. Lo anterior, por cuanto, verificados los términos de referencia así se exige demostrar la experiencia y en las hojas de vida que hacen parte de la propuesta se encuentra falta de las certificaciones respectivas, razón por la cual este cargo no prospera.*

*(…)*

*Finalmente, ha de señalarse que no se demostró que la propuesta presentada por el contratista fuera la más favorable para la entidad y por ello obtener el derecho a la adjudicación del contrato.*

*(…)*

*No comparte tampoco el análisis que realiza el perito sobre la calificación de los factores 2 y 3 (folio 5 del dictamen) porque parte de la concepción, equivocada, que No se presentó el Diagrama CPM y GANNT (sic), olvidando que como ya se dijo anteriormente existen documentos en los que se demuestra su existencia, así como lo afirmado por el mismo demandante.*

*Como quiera (sic) que no hay lugar a realizar análisis alguno sobre perjuicios, se abstiene la Sala de realizar cuestionamientos a lo planteado en este tema por el perito.”*

**4.7. El recurso de apelación.**

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia el 27 de julio de 2005 y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para el efecto.

En la sustentación respectiva, reiterada idénticamente en los alegatos de conclusión, la parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes puntos:

**i)** La falta de *“cronograma-DIAGRAMA CPM GANTT”* quedó probada puesto que no obra en el proceso tal diagrama, habiéndose recibido la totalidad de los documentos de la licitación y siendo punto objetivo de calificación, por lo cual debe, de acuerdo con el capítulo 1, numeral 8, del Pliego de Condiciones, ser tomado como causal de rechazo de la propuesta, por la falta de los cuadros anexos y demás documentos exigidos en el Pliego de Condiciones.

**ii)** Procede la nulidad del acto administrativo de adjudicación, con fundamento en la indebida calificación de la capacidad financiera de la Unión Temporal Construobras, puesto que fue incorrecta la apreciación del Tribunal *a quo* al dar prevalencia a la información contenida en la Declaración de Renta por las siguientes razones: el Pliego de Condiciones exigía tanto los balances como las declaraciones de renta; sin embargo, en el ítem de calificación se indicó que el capital de trabajo se establecería *“con base en el balance general exigido”,* por lo cual no procedía revisar la respectiva declaración de renta para los efectos de este requisito; el Comité Evaluador al no dar aplicación a la metodología establecida en el Pliego de Condiciones violó el artículo 25 No. 2 de la Ley 80 de 1993 y, por el contrario, ha debido aplicar el artículo 775 del Estatuto Tributario en cuanto dispone claramente que en caso de desacuerdo entre la declaración de renta y los asientos de contabilidad de un mismo contribuyente, prevalecen estos últimos, lo que tampoco se tuvo en cuenta por el Tribunal *a quo.*

Finalmente, en relación con la información financiera, el actor manifestó que el Tribunal *a quo* ha debido aplicar el Decreto 2649 de 1993 y al artículo 48 del Código de Comercio, toda vez que los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros de contabilidad y que de conformidad con la Fe Pública otorgada al Contador Público por la Ley 43 de 1990, el Tribunal *a quo* debió reconocer como ciertas las cifras presentadas en los balances suscritos por Contador Público.

**iii)** Por razón de los 130 puntos faltantes -por concepto de capacidad financiera- el Tribunal *a quo* debió establecer que el puntaje total de la Unión Temporal Construobras resultaba ser de 882,09 puntos y, por lo tanto, la Unión Temporal Construobras sí probó en este proceso que presentó la mejor propuesta y tenía derecho al resarcimiento del daño antijurídico causado por el acto de adjudicación.

Los demandados y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

**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)** competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual respecto del acto administrativo de adjudicación del contrato estatal; **3)** vinculación del Consorcio adjudicatario de la Licitación Pública en el presente proceso judicial; **4)** pruebas aportadas al proceso; **5)** p**rueba de la capacidad financiera con base en el Registro Único de Proponentes; 6) c**onciliación entre la información contable y fiscal; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

**1- Competencia del Consejo de Estado.**

* 1. **Jurisdicción Competente**

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”[[3]](#footnote-3)* por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del Municipio de Purificación –entidad territorial del orden municipal - medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993*[[4]](#footnote-4)*, amén de que la controversia se planteó en la adjudicación de un contrato de obra, consagrado como uno de los tipos de contratación estatal respecto de cuya regulación se ocupa el artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5).

Se agrega aquí que aquellos actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, conocidos como actos previos, constituyen verdaderos actos administrativos pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla[[6]](#footnote-6) y además la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[7]](#footnote-7).

* 1. **Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en la suma de $143’880.255, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($130’050.000)[[8]](#footnote-8), exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

1. **Caducidad de la acción contractual respecto del acto administrativo de adjudicación del contrato estatal.**

**2.1. Antecedentes**

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998[[9]](#footnote-9) y hasta el 2 de julio de 2011[[10]](#footnote-10), introdujo una modificación acerca de la procedencia y oportunidad para el ejercicio de acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así:

***"Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998)****De las controversias contractuales. 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.”* (La subraya no es del texto).

La Corte Constitucional, mediante sentencia C–1048 de 2001, declaró la exequibilidad de la disposición legal mencionada y observó acerca de la caducidad de las acciones procedentes contra el acto previo a la celebración del contrato estatal, lo siguiente:

*“La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer  .*

*En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones  no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión,"(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato", a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.*

*De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo.” (La subraya no es del texto)*

En el mismo sentido y con una precisión adicional acerca de la viabilidad de formular la demanda cuando la celebración del contrato ocurre con posterioridad al vencimiento del término de 30 días mencionado en la norma, observó el Consejo Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, según auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777, lo siguiente:

*“Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el art. 87 citado.*

*(…) En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. De persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado."*(Las subrayas no corresponden al texto).

A partir de la jurisprudencia reseñada se desarrolló una línea acerca de las acciones procedentes contra los actos previos, en la cual se distingue consistentemente entre las clases de acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, según se observa a continuación en la relación de diversas providencias, interpretación que se reitera en el presente proceso, además de que en oportunidad reciente esta Subsección diferenció el contenido y alcance de las acciones establecidas en el artículo 87 citado, distinguiendo tres hipótesis espacio temporales, según se expondrá más adelante[[11]](#footnote-11).

**Cuadro resumen de jurisprudencia acerca de los presupuestos de la acción contra los actos previos**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1. | Corte Constitucional en sentencia C – 1048 de 2001 | Véase lo ya transcrito. |
| 2. | Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 | Véase lo ya transcrito. |
| 3. | Corte Constitucional en sentencia C-712 de 2005 | *“De esta manera, ha de resaltarse para efectos del presente proceso que en la sentencia que se cita[[12]](#footnote-12), la Corte dejó en claro que* ***la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones.”*** (La negrilla no es del texto). |
| 4. | Marzo 13 de 2006, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, radicación número: 50001-23-31-000-2003-00325-01(27995), actor: Constructora Canaán S.A. y otros, demandado: Departamento del Meta.  Tema: Caducidad de la acción. | *”La Corte entendió que los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.* ***Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos.*** *A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo, es decir los licitantes o proponentes. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.”* (La negrilla no es del texto). |
| 5. | Abril 1º de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 50001-23-31-000-2008-00282 – 01 (36124), actor: Wolves Security Ltda., demandado: Departamento del Guaviare, referencia: acción Contractual-apelación auto.  Tema: Caducidad de la acción. | *“iv) La caducidad se opera bien porque se deja vencer el término de treinta (30) días sin intentar la acción, o porque a pesar de no haberse vencido ese término se celebra el contrato como consecuencia de la ejecución del acto de adjudicación…”.* ***Pero transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo,*** *mediante la acción de controversias contractuales, la cual podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada directamente, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento, según el numeral 10, letra e) del artículo 136 del C.C.A.; empero, señala esta misma disposición, que si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. Finalmente, importa destacar que, según el texto de la norma procesal contenida en el artículo 87 del C.C.A. en concordancia con el numeral 10, letra e) del artículo 136 del C.C.A., la titularidad de la acción de controversias contractuales se encuentra consagrada para cualquiera de las partes del contrato estatal; y para pedir la nulidad absoluta del contrato se establece también que ella se puede ejercer en ese evento por el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo. Ahora, para la Sala, es claro, que interés directo y, por tanto, legitimación para ejercer la acción de controversias contractuales para que se declare la nulidad absoluta del contrato, ostentan quienes hubieran participado y presentado propuesta en el respectivo proceso de selección, en el evento de que se hubiere celebrado con otro proponente con inobservancia de los requisitos jurídicos establecidos en la ley y en el pliego de condiciones. [[13]](#footnote-13)* (La negrilla no es del texto). |
| 6. | Junio 13 de 2011, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 54001233100019981333 01 (19936), actor: Cámara de Comercio de Cúcuta y Personería Municipal de Cúcuta, demandado: Municipio de Cúcuta asunto: acción pública de nulidad  Tema: Legitimación activa. | *“Con fundamento en las consideraciones precedentes se impone aceptar que la interpretación que en oportunidad precedente había hecho la Sala, en el sentido de que el acto de adjudicación del contrato es susceptible de ser demandado por cualquier persona interesada solamente en el restablecimiento de la legalidad, ampliaba sin soporte normativo la procedencia del contencioso objetivo de anulación a este evento, para en cambio precisar que el enjuiciamiento del citado acto solo procede, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a través del contencioso subjetivo de anulación.*  *En otros términos, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*  ***Lo anterior sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, sea posible, a través de la acción contractual dirigida a buscar la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos que dieron origen a su celebración, pretender también la nulidad del acto de adjudicación.”*** (La negrilla no es del texto). |
| 7. | Febrero 15 de 2012, Consejo de Estado**,** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Consejero Ponente  Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880), actor: Industrias Mclaren Ltda., demandado: Municipio de Pereira, proceso: acción contractual, asunto: recurso de apelación.  Tema: Ineptitud de la demanda. | “*Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser ésto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.*  *(…)*  *Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que* ***una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.***  *Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros casos, cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten."*  *(…)*  *En efecto, resulta siendo irracional sostener que cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato con fundamento en que los actos previos son ilegales no es necesario solicitar la nulidad de estos, pues tal aseveración equivale a afirmar que en ese caso la nulidad del contrato se genera sin causa alguna, lo cual desde luego repugna a la lógica toda vez que mientras no se declare la nulidad de los actos administrativos estos se presumen válidos y siguen justificando la celebración, la existencia y la validez del contrato.*  *Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato.”* (La negrilla no es del texto). |
| 8. | Marzo 14 de 2.013, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del Derecho – Apelación Sentencia.  Tema: Acción de nulidad y restablecimiento. | *“De la anterior previsión legislativa se desprende que al control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, puede accederse mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo para el efecto un término de caducidad de 30 días que se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el acto se comunique, notifique o publique, según el caso.”* |

**2.2. Hipótesis espacio temporales en relación con el ejercicio de la acción procedente contra los actos administrativos previos.**

A propósito del ejercicio oportuno de la acción procedente para cuestionar la legalidad y obtener el restablecimiento del derecho en relación con un acto previo a la celebración del contrato –tal como puede ocurrir con el acto administrativo de adjudicación, o con el acto de declaratoria de desierta de una licitación o incluso con el acto de revocatoria de la decisión de apertura del correspondiente procedimiento de selección contractual–, cuestión que se relaciona íntimamente con la prosperidad de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por el proponente ilegalmente privado de la adjudicación del correspondiente contrato estatal, la Sala considera pertinente precisar un aspecto adicional que permite darle una comprensión cabal y una aplicación práctica, útil y efectiva a los dictados del citado artículo 87 del C.C.A., sin que ello signifique modificar y menos desconocer o recoger la jurisprudencia que de manera pacífica se ha venido desarrollando acerca de la consagración, aparentemente contradictoria o antinómica, de dos (2) términos de caducidad diferentes para cuestionar, en sede judicial, un mismo y único acto administrativo previo al contrato: treinta 30 días si el contrato no se ha celebrado o dos (2) años a partir de la celebración del contrato correspondiente.

Naturalmente resultaría absurdo y carente de toda lógica suponer que el legislador hubiere consagrado, sin más, dos (2) términos de caducidad completamente distintos para un mismo y único propósito, de tal manera que el interesado pudiere utilizarlos indistintamente a su conveniencia, a tal punto que si por razón de su desidia, de su negligencia o de su descuido no hubiere demandado el acto administrativo previo dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según fuere el caso, ello no tendría consecuencia práctica alguna puesto que igual contaría entonces con una nueva y amplísima oportunidad de dos (2) años –nuevo plazo que superaría en duración al primero en más del 1.700%[[14]](#footnote-14)–, para igual promover la demanda contra el mismo acto previo sólo que ahora debería complementar sus pretensiones con las de declaratoria de nulidad del contrato estatal ya celebrado, pretensión que no sería más que una consecuencia de la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo previo que le sirvió de fundamento al contrato en cuestión[[15]](#footnote-15).

Tampoco podría admitirse sin cuestionamiento lógico al respecto, que al consagrar los dos (2) aludidos términos de caducidad, el legislador hubiere querido dejar en manos de la entidad estatal contratante y de su respectivo contratista u oferente adjudicatario, la posibilidad de privar al proponente ilegalmente vencido de toda opción válida y efectiva para acudir ante la jurisdicción competente en procura de obtener el restablecimiento de los derechos que le hubieren sido conculcados con la expedición del ilegal acto administrativo previo de adjudicación, por el hecho único de que las partes del contrato estatal procedan a celebrarlo en el mismo día de la adjudicación o en un término inmediatamente siguiente a ese momento, cuestión que trae como efecto la extinción de la opción de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que únicamente abre la posibilidad de acudir al ejercicio de la correspondiente acción contractual o, igualmente, que a voluntad de las partes del contrato se reduzca sensiblemente el brevísimo término de caducidad de 30 días según que el perfeccionamiento del vínculo tuviere lugar, por ejemplo, a tan sólo 1, 3 o 5 días después de la adjudicación.

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[[16]](#footnote-16).

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[[17]](#footnote-17), 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 correspondiente[[18]](#footnote-18).

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

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se tiene que la demanda se ubicó en la **primera hipótesis** planteada en esta providencia, como se detalla a continuación: la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho se ejerció el 14 de noviembre de 2000, en la misma fecha de vencimiento de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de adjudicación que se llevó a cabo el 28 de septiembre de 2000, en la cual se comunicó la decisión de adjudicación contenida en la Resolución No.285 de la citada fecha, a todos los asistentes, siendo uno de ellos el representante legal del Consorcio Construobras, cuyos integrantes acuden ahora como demandantes, ante lo cual se concluye con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que en este proceso se abre paso el estudio de las pretensiones de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación con el fin de determinar su procedencia y, en caso de encontrarlas prósperas, igualmente habrá lugar a conocer de las pretensiones de restablecimiento del derecho, puesto que el demandante obró dentro de la oportunidad legal establecida para impetrar ambas pretensiones.

Al respecto cabe recordar que el cómputo de días hábiles para efectos del inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo excluye los días no laborables de conformidad con el artículo 70 del Código Civil, subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal (CRPM)[[19]](#footnote-19) y, por otra parte, si se tiene en cuenta que la Ley 51 de 1983 trasladó el descanso remunerado de algunos días festivos al lunes siguiente, por lo tanto, en el período que ocupa la atención de la Sala para el cómputo del término de caducidad, los días 16 de octubre, 6 y 13 de noviembre de 2000 correspondieron a días no laborables[[20]](#footnote-20), razón por la cual no pueden contarse dentro del respectivo término.

Por otra parte, se debe tener presente que en este proceso no se tuvo noticia de la fecha de celebración del contrato de obra adjudicado mediante el acto administrativo demandado, puesto que no hubo mención de tal hecho ni en la demanda de la parte actora, ni en la contestación de la demanda por parte del Municipio de Purificación, al paso que sólo se supo que el contrato correspondiente se firmó con el número 176 de 2000, sin conocerse su fecha de celebración, por cuanto este dato se allegó al proceso a través de la Resolución No. 0082 de 20 de marzo de 2001 de la Alcaldía Municipal de Purificación, la cual fue citada por el Consorcio Luis Eduardo Gómez y otro, como anexo de la contestación a la demanda el 17 de febrero de 2003, todo lo cual lleva a concluir que para la fecha de la demanda no se conocía ni se debía conocer por la parte actora, el contrato correspondiente a la adjudicación realizada mediante el acto administrativo acusado y, en consecuencia, en este caso particular no se puede imponer al demandante la carga de haber impugnado el contrato junto con el acto de adjudicación.

Igualmente se observa que en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 01 de 2000 se estableció que la firma del contrato se realizaría dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la minuta correspondiente por parte del proponente seleccionado[[21]](#footnote-21) y sobre esa base se mencionó en el adendo No. 2 la fecha de firma el 5 de octubre de 2000, no obstante lo cual no se conoció en este proceso cuál fue la fecha de entrega de la minuta al Consorcio Luis E Gómez y otro, como tampoco se conoció hecho alguno del que se pueda inferir la fecha en que finalmente se suscribió el contrato de obra correspondiente, por lo cual -se reitera- no hay lugar a exigir la integración de la demanda con la pretensión de nulidad del contrato celebrado.

La Sala acude a la anterior precisión toda vez que la conclusión acerca de la ineptidud de la demanda se ha impuesto en otros casos teniendo en cuenta la aplicación del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ante la falta de integración de la pretensión de nulidad del contrato celebrado en la demanda contra el acto previo de adjudicación, puesto que en aquellos litigios se probó que el contrato se celebró antes de la presentación de la demanda y que fue conocido o debió conocerse por parte del demandante, lo cual constituye una hipótesis fáctica diferente a la que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

Así las cosas, los hechos probados en este proceso no permiten imputar la falta de una demanda *en forma* con relación con la integración de la pretensión de nulidad del contrato, el cual –como se observó- no se encontró como celebrado para la fecha de la demanda y, por lo tanto, mal puede configurarse la ineptitud de la demanda.

Por el contrario, en este caso no cabe duda acerca del deber de conocer de fondo sobre las pretensiones oportunamente impetradas.

1. **Vinculación del Consorcio adjudicatario de la Licitación Pública en el presente proceso judicial.**

En relación con la vinculación al presente proceso del Consorcio Luis E. Gómez y otro, adjudicatario de la Licitación Pública No. 01 de 2000, se observa que fue debidamente realizada con la notificación personal al representante legal del Consorcio, reconocido por el Municipio de Purificación en relación con el Contrato respectivo, ante el fallecimiento del primer representante legal e integrante del mencionado consorcio, habiéndose vinculado el Consorcio debidamente al presente proceso, el cual desplegó su derecho de defensa correspondiente.

Vale la pena citar que la vinculación del Consorcio adjudicatario de la Licitación Pública se considera debidamente realizada en el proceso entablado para obtener la nulidad del acto de adjudicación, mediante la notificación al representante legal del respectivo consorcio, conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, que se refiere a continuación.

El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013[[22]](#footnote-22), resolvió *“****UNIFICAR la Jurisprudencia*** *en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen.”*

En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

*“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales─, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante.*

*(…)*

*Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del parágrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que,* ***para todos los efectos,*** *representará al consorcio o unión temporal (…)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para* ***los solos efectos*** *relativos a la celebración y ejecución del contrato.*

*Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la* ***totalidad*** *de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán* ***todos los efectos,*** *en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”*

En relación con la citada providencia de unificación resulta útil para el caso sub lite, mencionar el efecto que se desprende de la misma regulación del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la suficiencia y pertinencia de la notificación al representante del consorcio, sin que sea necesario ni procedente notificar a todos los miembros o integrantes del mismo, puesto que la condición de *parte* tanto en el respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, como en el proceso judicial de lo contencioso administrativo, en tratándose del contrato estatal, la tiene el consorcio y no cada partícipe y, por lo tanto, es el consorcio el ente que puede y debe ser notificado, a través de su representante legal, por lo cual esa resulta notificación idónea para producir los efectos propios de la misma.

En el aspecto de la notificación, la sentencia de unificación puntualizó la siguiente consideración:

*“Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta ‘perseguir’, por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.”*

De acuerdo con lo anterior, se tiene entonces que al proceso se vinculó en debida forma el Consorcio Luis E. Gómez y otro, puesto que fue debidamente notificado a través de su representante legal, amén de que para la época de la notificación el citado representante legal fungía como único contratista por la aceptación expresa que realizó el Municipio de Purificación, ante el fallecimiento del otro integrante del consorcio.

**4. Las pruebas aportadas al proceso.**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en original o en copia autorizada por funcionario competente, las cuales se tienen como pruebas válidas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente se presentaron al proceso otros documentos[[23]](#footnote-23) en copia simple; al respecto se tiene que si bien con anterioridad de manera reiterada esta Corporación había sostenido que las copias simples no constituían medios de convicción que pudieran tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se pretendían hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impedía su valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil[[24]](#footnote-24), lo cierto es que la postura de la Sala fue modificada a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013[[25]](#footnote-25).

Ciertamente, en dicha providencia, se indicó que la postura de la Sala quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples que han hecho parte del expediente toda vez que frente a estos *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”.*

Como fundamento principal para llegar a la anterior conclusión, la Sala señaló que a partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal en cuanto éste hace énfasis especial acerca de los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que *“permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio”;* lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta aquellos documentos que obran en el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

Por lo tanto, según la nueva postura jurisprudencial de la Sala, los documentos aportados en copia simple por la parte actora con la presentación de la demanda también serán tomados en cuenta en esta sentencia[[26]](#footnote-26), al igual que aquellos que se presentaron en original o en copia auténtica.

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

**4.1.** Resolución No. 209 de 21 de junio de 2000, expedida por el Alcalde Municipal de Purificación, mediante la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 01 de 2000 (folios 13 a 16, cuaderno 13).

**4.2.** Documento titulado “*Estudio de Conveniencia-Oportunidad–Adecuación, Parque Recreacional del Municipio de Purificación Tolima, Alcaldía Municipal, Junio de 2000”* (folios 1 a 11, cuaderno 13).

**4.3.** Términos de Referencia de la Licitación Pública No. 01 de 2000 (folios 1 a 211 cuaderno 6), el cual contiene los siguientes requerimientos y factores de evaluación:

*“DOCUMENTOS INTEGRANTES DE LA OFERTA.*

(…)

*“Balance General a diciembre 31 de 1999, Estado de Pérdidas y Ganancias a diciembre 31 de 1999 y declaraciones de renta del Oferente o de cada uno de los integrantes del Consorcio o Unión Temporal del año inmediatamente anterior, dichos documentos deberán ser firmados por Contador Público, para el caso de las Personas naturales; para Personas jurídicas deberán estar firmados por Contador o Revisor Fiscal de acuerdo con el Capital de la Sociedad.*

*(…)*

*CPM Y GANNT* (sic) *(Programa de Trabajo y Flujo de desembolso).*

(…)

EVALUACION DE PROPUESTAS

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Nivel* | *Subnivel* | *Total* |
| *1.*  *Procedimiento Constructivo, organización General y Cronograma.* | *Descripción General de Trabajos: 10 puntos.*  *Funciones del Personal: 10 puntos.*  *Cronograma: 10 puntos.* | *30 puntos* |
| *2. Programación de Obras.* | *Porcentaje de ejecución: 110 puntos. Calcula el porcentaje y lo indica sobre las barras.*  *Tiempos: 60 puntos. Determinar sobre las barras el tiempo de iniciación y holgura.*  *Porcentaje y valor: 60 puntos.* | *230 puntos* |
| *3.*  *Flujo de Desembolsos.* | *Porcentaje de Ejecución: 50 puntos.*  *Inversión del Anticipo: 35 puntos.*  *Información Complementaria: 25 puntos.* | *110 puntos* |
| *4.*  *Aspectos Económicos.* | *Análisis de precios unitarios: 50 puntos.*  *Análisis de Equipos y Herramientas para cada cuadrilla tipo: 10 puntos.*  *Análisis de cuadrillas tipo: 10 puntos.*  *Jornales básicos y prestaciones: 20 puntos.*  *Lista de materiales: 70 puntos.* | *160* |
| *5.*  *Experiencia.* | *Experiencia de la firma: 30 puntos.*  *Experiencia del Personal:*  *Director de Obra: 30 puntos.*  *Personal Técnico; Constructor Animales Decorativos en Concreto Reforzado y moldeado: 30 puntos.*  *Personal o firma propuesta para Suministro e Instalación de Equipos de Piscina: 30 puntos.* | *120 puntos* |
| *6.*  *Precio* | *Presupuesto Básico primera aproximación: 10 puntos.*  *Presupuesto Básico de segunda Aproximación: 30 puntos.*  *Presupuesto Definitivo: 100 puntos.*  *Presupuesto de Menor Valor dentro del Rango: 10 puntos.* | *150 puntos* |
| *7.*  *Capacidad Financiera.* | *CAPITAL DE TRABAJO=*  *ACTIVO CORRIENTE-[menos]*  *PASIVO CORRIENTE*  *El capital de trabajo deberá ser mayor a Doscientos Cincuenta millones de pesos ($250’000.000).*  *La propuesta que no cumpla con esta condición obtendrá cero (0) puntos en la puntuación prevista para todo el nivel 7 (Capacidad Financiera).*  *Liquidez: 50 puntos.*  *Razón de Liquidez: 50 puntos.*  *Prueba Acida: 50 puntos*  *Solidez: 50 puntos.* | *200 puntos* |
| *GRAN TOTAL* |  | *1000*  *Puntos* |

**4.4.** Los siguientes Adendos expedidos por la Alcaldía Municipal de Purificación:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***No.*** | ***Fecha*** | ***Contenido (relacionado con el asunto materia de este proceso).*** |
| *ADENDO No. 1 y Acta de Audiencia Aclaratoria*  *(Folios 25 a 33, cuaderno 13).* | *Agosto 22 de 2000* | *“Respuestas del Municipio a inquietudes técnicas*.” (Folio 29, cuaderno 13) |
| *ADENDO No. 2* | *Agosto 24 de 2000.* | *“(…) 20. En el numeral 8 del Pliego de Licitaciones se solicitan las Declaraciones de Renta del oferente o de cada uno de los integrantes del Consorcio o Unión Temporal” (*  *21. Respecto del Puntaje Obtenido con un capital de trabajo mayor a $250’000.000, se modificó el numeral 29.1 del Pliego de Licitación en relación con la asignación de puntaje así: Capital de Trabajo mayor que $250’000.000 se le otorgarán 50 puntos.”* (Folios 33 a 35, cuaderno 13) |
| *ADENDO No. 3* | *Agosto 28 de 2000.* | *“En este adendo se da respuesta a las últimas inquietudes planteadas en las comunicaciones recibidas y a las inquietudes manifestadas en la Audiencia Aclaratoria.*  *En cuanto a la fórmula de cálculo de Capital de Trabajo para Unión Temporal se ratifica lo estipulado en el adendo No. 001 (sic) de agosto 22 del presente año* (Folio 61, cuaderno 13) |

**4.5.** Acta de Cierre de la Licitación Pública No. 01 de 1 de septiembre de 2000, suscrita por el Alcalde del Municipio de Purificación (folio 43, cuaderno 13).

**4.6.** Resolución No. 241 expedida por el Alcalde del Municipio de Purificación, con fecha 24 de agosto de 2000, mediante la cual se dispuso ampliar los plazos para el cierre de la Licitación Pública No. 01 de 2000 hasta el 1 de septiembre de 2000 y se modificaron los términos para recibir el informe del Comité Evaluador. (folios 36 y 37, cuaderno 13).

**4.7.** Acta de apertura de propuestas presentadas en la Licitación Pública No. 01 de 1 de septiembre de 2000, suscrita por el Alcalde del Municipio de Purificación (folio 38 a 41, cuaderno 13).

**4.8.** Resolución No. 263 expedida por el Alcalde del Municipio de Purificación, con fecha 7 de septiembre de 2000, mediante la cual dispuso ampliar nuevamente el plazo para la adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 2000, hasta el 28 de septiembre de 2000 (folios 62 y 63, cuaderno 13).

**4.9.** Acta No. 01 del Comité de Evaluación de la Licitación Pública No. 01, correspondiente a la sesión realizada el 14 de septiembre de 2000 (folios 65 a 92, cuaderno 13).

**4.10.** Resolución No. 275 expedida por el Alcalde del Municipio de Purificación, con fecha 20 de septiembre de 2000, mediante la cual dispuso la adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 2000, en Audiencia Pública, señalada para el 28 de septiembre de 2000 (folios 104 a 106, cuaderno 13).

**4.11.** Acta de la Audiencia Pública de Adjudicación de la Licitación No. 01 de 2000, realizada el 28 de septiembre de 2000, en la cual se dio lectura a las repuestas a las inquietudes de los participantes, contenidas en las comunicaciones anexas a la Resolución de adjudicación No. 285 de la misma fecha (folios 5 a 54, cuaderno 1).

En el texto del acta se destacan las siguientes consideraciones:

*“Sobre la anterior inquietud el comité ha dicho que las razones por las cuales se calificó la capacidad financiera con cero puntos es porque si bien es cierto en el capítulo III numeral 29 del pliego de condiciones menciona que se realizará la evaluación de la capacidad financiera con base en el balance exigido, en el caso de Insetel Ltda., este no se tuvo en cuenta debido a las diferencias presentadas frente a la declaración de renta del año gravable de 1999 y basados en propósitos fiscales y tributarios cuando se presentan incompatibilidades entre las normas tributarias y las contables por especialidad se prefiere las tributarias; en igual forma el Régimen de procedimiento Tributario art. 620, Obligaciones de Entidades de Crédito y Entidades Públicas, dice en unos apartes que para medir la capacidad económica de los contratistas las Entidades Públicas tendrán en cuenta entre otros factores los informes que aparezcan en la declaración de renta y complementarios correspondientes al último período gravable; además el Decreto 1584 de 15 de junio de 1994 reglamentario del Régimen de Contratación Estatal, capítulo II, calificación de constructores, consultores y proveedores art. 90 procedimiento para calificar constructores numeral 30, la capacidad financiera se establecerá con fundamento en el patrimonio, la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente y el nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total con base en la última declaración de renta y el último balance comercial. En ese orden el balance de Insetel Ltda., presentó diferencias con relación a la declaración de renta, al hacer la confrontación del balance general con la declaración de renta de los socios de la Unión Temporal Germán Gaitán Rodríguez y Augusto Rafael Torres Suárez no presentan diferencias, el hecho solo se cometió en Insetel. Así mismo ha agregado el Comité, los estados financieros no están acompañados de sus notas; el balance general y el estado de resultados son estados financieros y por ende deben estar acompañados de sus notas para aclarar las inconsistencias que se presentan en el balance de Insetel más no en los de los otros dos socios.*

*La siguiente inquietud del contador de Construobras tiene que ver con la solicitud para que se le demuestre que el activo corriente y el pasivo corriente se puede[n] sacar con la declaración de renta y además que le aclaren dónde dice que si existe diferencias entre la declaración de renta y los estados financieros prima la declaración de renta.*

*El Comité ha respondido que de acuerdo con lo que se dijo en la anterior respuesta se han aclarado las inquietudes, P[p]ero se informa que en el art. 136 del Decreto 2649, como se está tomando como base la parte fiscal para ese conflicto de normas, cuando se presenta incompatibilidad entre las presentes disposiciones y las de carácter tributario prevalecerán éstas últimas. Por lo anterior se concreta la decisión del comité evaluador de que efectivamente para efectos de este análisis se tomó la declaración de renta así como se anotó en las leyes mencionadas.*

(…)

*Seguidamente y para terminar con este punto, el Secretario lee el puntaje final de cada proponente de la siguiente manera: Consorcio El Parque, puntaje final 487 puntos; Luis E. Mayorga 667 puntos; Unión Temporal Construobras 664.9 puntos y Consorcio Luis E. G Gómez 714 puntos.*

*Finalmente como último punto se procedió a efectuar la adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 2000 (…) En este orden de ideas se comparten y se respaldan los criterios del Comité Evlauador dentro del cual no sólo numéricamente se ha demostrado que el Consorcio de Luis Eduardo Gómez Reinoso y Otro ha obtenido el primer puntaje, sino también que evaluados los otros criterios como la experiencia técnica y su capacidad financiera nos permiten tomar la determinación de adjudicar la Licitación No. 01 de 2000 al Consorcio Luis E. Gómez y otro porque obtiene el mejor puntaje y cumple otros requisitos fundamentales y esenciales para el interés público.*

*(…)*

*Así mismo se advierte a todos los proponentes que quedan notificados en estrados de las determinaciones adoptadas en la audiencia especial de adjudicación de la Licitación Pública No. 01 de 2000.*

En el anexo de Resumen General de Calificaciones (folio 21, cuaderno 1) se observa la siguiente asignación de puntajes totales:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Concepto | A  Consorcio El Parque | B  Luis E. Mayorga | C  Unión Temporal Construobras | D  Consorcio Luis E. Gómez y otro |
| Nivel 1 | 10 | 0 | 30 | 20 |
| Nivel 2 | 0 | 60 | 170 | 120 |
| Nivel 3 | 35 | 60 | 84.9 | 85 |
| Nivel 4 | 87 | 145 | 160 | 139 |
| Nivel 5 | 75 | 72 | 80 | 120 |
| Nivel 6 | 140 | 150 | 140 | 40 |
| Nivel 7 | 140 | 180 | 0 | 190 |
| **Gran Total** | **487** | **667** | **664.9** | **714** |

**4.12** Resolución No. 285 del 28 de septiembre de 2000, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 01 de 2000 al Consorcio Luis E. Gómez y otro (folio 3, cuaderno 1).

**4.13.** Propuesta presentada por el Consorcio Luis E. Gómez Reinoso y otro, integrado por Luis Eduardo Gómez Reinoso y Carlos Fernando Córdoba Avilés presentada en 699 folios, dentro de la cual se destaca el anexo titulado *“Cuadro No. 14 programación de obra, modelo de diagrama de Gantt y flujo de desembolsos*”, a continuación del cual obra (folio 684, cuaderno 12) el documento titulado “*Procedimiento Constructivo, Organización General y Cronograma”* y el documento de *“Funciones del Personal”* (folio 687, cuaderno 12).

**4.14.** Propuesta presentada por Unión Temporal Construobras, en 534 folios, (cuadernos 2 y 7), dentro de la cual se destacan los siguientes documentos de la sociedad Insetel Ltda.: Balance General a 31 de Diciembre de 1999, suscrito por la Subgerente y el Contador Público, Estado de Pérdidas y Ganancias de 1 de enero a 31 de diciembre de 1999, suscrito por la Subgerente y el Contador Público, Declaración de Renta y Complementarios por el año gravable de 1999, correspondiente a la sociedad Insetel Ltda. (Folios 48,49 y 50, cuaderno 2).

**4.15.** Propuesta presentada por el señor Luis Enrique Mayorga Aguirre, en 534 folios, (cuadernos 7, 8, 9 y 10).

**4.16.** Propuesta presentada por el Consorcio El Parque, en 545 folios (cuadernos 5, 6 y 11).

**Otras Pruebas**

El 4 de mayo de 2004 el perito ingeniero presentó el dictamen pericial; posteriormente radicó la complementación solicitada por las partes, el 9 de agosto de 2004 (folios 19 a 24, cuaderno 4). En el dictamen pericial realizó una reevaluación de las propuestas con base en los balances, de acuerdo con la cual determinó que el primer lugar para la adjudicación correspondía a la propuesta de la Unión Temporal Construobras, con un total de 903,89 puntos (folio 18, cuaderno 4); en el mismo dictamen se presentó la liquidación para establecer el valor actualizado de la utilidad prevista en la propuesta del Consorcio Construobras, la cual según los cálculos del perito ascendió a la suma de $59’055.427,77.

Por su parte, el Municipio de Purificación presentó objeciones al dictamen pericial por error grave, con fundamento en los siguientes puntos: **i)** La validación de la pólizas de seriedad de la oferta debió llevar al perito a una asignación de cero puntos para aquellos proponentes que no constituyeron la póliza por más de 120 días en contravención a lo exigido en el Pliego de Condiciones; **ii)** se advirtió que el perito omitió evaluar la información de las declaraciones de renta de los miembros del Consorcio Construobras.

En el traslado de las objeciones, la parte actora se opuso a su prosperidad por las siguientes razones: **i)** El aspecto de las pólizas de seriedad de la oferta fue una problemática que validó y aprobó el Municipio en su oportunidad y, **ii)** la capacidad financiera debía apreciarse con base en los balances de acuerdo con las normas del Estatuto Tributario y el Decreto 1584 de 1984.

**5. Prueba de la capacidad financiera con base en el Registro Único de Proponentes.**

**Según se observa en la disposición original del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, el régimen de contratación expedido en esa oportunidad acudió a la sustitución de los registros de proponentes que tenían las entidades estatales por un Registro Único (R.U.P.) a cargo de las Cámaras de Comercio**[[27]](#footnote-27)**, en el cual debían inscribirse todas las personas que aspiraran a celebrar los contratos estatales sometidos por la Ley a este requisito:**

***“ARTICULO 22. DE LOS REGISTROS DE PROPONENTES. Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo. (…)”***

**Acerca de los aspectos probatorios del Registro Único de Proponentes, en el régimen de la Ley 80 se observa lo siguiente:**

**i) El Registro Único de Proponentes se erigió inicialmente como prueba *válida* de la calificación de la capacidad máxima de contratación (conocida como *K*)**[[28]](#footnote-28)**, la cual se debía establecer por el mismo solicitante -con fundamento en un sistema de autodeclaración, autoclasificación y autocalificación- puesto que le correspondía suministrar su propia información y calificación al Registro Único, con base en *“la declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos”.***

**ii) De acuerdo con la Ley 80*,* la capacidad máxima de contratación *(K)* fue establecida como un requisito de *habilitación* para contratar, esto es que se definió una fórmula con arreglo a la cual el solicitante calculaba los puntajes de calificación y capacidad de contratación en las distintas actividades que eran objeto del registro; pero, por otra parte, dentro de la libertad de estructuración de los Pliegos de Condiciones se permitió que, según las características de cada procedimiento, en el respectivo Pliego de Condiciones la entidad contratante estableciera requisitos financieros específicos como factores de *calificación.***

**iii) De acuerdo con el numeral 22.3, la citada Ley 80 dispuso que la entidad contratante debía reservarse la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio y en el formulario de calificación correspondiente, por manera que el análisis de la información financiera no recayó en las Cámaras de Comercio, las cuales cumplían con un registro sólo para fines informativos o de publicidad, para efectos de la capacidad de contratación.**

**Lo anterior se observa en las siguientes disposiciones contenidas en los incisos cuarto y séptimo del citado artículo 22 y en el numeral 22.3 de la Ley 80:**

***“Artículo 22***

***(…)***

***La certificación servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal e incluirá la información relacionada con la clasificación y calificación del inscrito.***

***(…)***

***El registro de proponentes será público y por tanto cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificaciones que contenga.***

***(…)***

***22.3 DE LA CLASIFICACION Y CALIFICACION DE LOS INSCRITOS. La clasificación y calificación la efectuarán las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que expida el gobierno nacional en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos, y se presentará a la respectiva Cámara de Comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción. La entidad contratante se reservará la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la Cámara de Comercio y en el formulario de clasificación y calificación.***

***La capacidad financiera del inscrito se establecerá con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos para las personas nacionales y en los documentos equivalentes a los anteriores, para las personas extranjeras.****[[29]](#footnote-29)*

***La calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todos los órdenes y niveles. “***

En consecuencia, tratándose de los procedimientos de contratación estatal en los cuales cual era exigible el Registro Único de Proponentes en vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la fecha en que entró a regir el Registro Único de Proponentes bajo las nuevas reglas de la Ley 1150 de 2007 a que se hará referencia más adelante-, le correspondía a cada entidad contratante proceder a la calificación de las propuestas con base en las reglas de capacidad financiera establecidas en el Pliego de Condiciones del respectivo procedimiento de selección contractual, para lo cual la entidad estatal debía apoyarse en la prueba del Registro Único de Proponentes en cuanto a la información incluida en el respectivo certificado; sin embargo, cada entidad contratante mantenía la *facultad-deber* de verificar las fuentes de información financiera establecidas en la Ley para los propósitos de la contratación, y en ese escenario era posible solicitar a los proponentes y, por lo tanto, verificar la última declaración de renta y el último balance comercial, documentos que debían constituirse como fuentes de la información de los inscritos en el Registro Único de Proponentes, siguiendo las voces de la Ley 80.

En otras palabras, en cuanto constituía una carga de la entidad estatal la verificación de la información financiera de acuerdo con la Ley 80 de 1993, resultaba totalmente ajustado a derecho exigir a los proponentes la presentación de la última declaración de renta y el último balance comercial y sus anexos, de acuerdo con el artículo 22 de la citada Ley.

Por otra parte, en lo que importa para este caso, debe invocarse el artículo 620 del Estatuto Tributario[[30]](#footnote-30) que estableció la obligación de las entidades públicas consistente en tener en cuenta, entre otros factores, los informes contenidos en la declaración de renta, para efectos de medir la capacidad económica de los contratistas sujetos al impuesto de renta y complementarios, así:

*“ARTICULO 620. OBLIGACIÓN DE FUNDAMENTARSE EN LA DECLARACIÓN DE RENTA.*

*(…)*

*Para medir la capacidad económica de los contratistas, las entidades públicas tendrán en cuenta, entre otros factores, los informes que aparezcan en la declaración de renta y complementarios correspondiente al último período gravable, cuando dichos contratistas fueren sujetos del impuesto.”*

En el mismo orden de requerimientos, el Decreto 92 de 1998[[31]](#footnote-31),p**or el cual se reglamentó la clasificación y calificación en el Registro Único de Proponentes, determinó en su artículo 9º las bases para la calificación de la capacidad financiera de los constructores, con fundamento en los indicadores establecidos por concepto de patrimonio, liquidez y endeudamiento, los cuales debían determinarse de acuerdo con información de la declaración de renta y el balance comercial, según el caso, así:**

*“3. La Capacidad financiera (Cf) se establecerá con fundamento en el patrimonio, la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente, y el nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total,* ***con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según el caso,*** *o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones en el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.”* (La negrilla no es del texto).

Ahora bien, toda vez que no existió una tarifa legal probatoria para la información financiera valorada en el procedimiento de contratación estatal, le correspondía a la entidad contratante acudir a las reglas de prueba aplicables a la actuación administrativa, manteniendo siempre respeto por el debido proceso consagrado como derecho fundamental por virtud del artículo 29 de la Constitución Política y las exigencias contenidas en el respectivo Pliego de Condiciones, por virtud de lo dispuesto tanto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993[[32]](#footnote-32), como en el artículo 29 y el numeral 6 del artículo 30 de ese mismo Estatuto Contractual, puesto que los Términos de Referencia constituyen precisamente las reglas de la contratación, esto es la “Ley del Contrato”, bajo las cuales se debe regir la actuación contractual de la entidad estatal, en los términos de la norma citada.

Por supuesto la entidad contratante siempre debe obrar en el procedimiento de selección de contratistas de acuerdo con las reglas *“objetivas, justas, claras y completas”* que le corresponde establecer previamente en el respectivo Pliego de Condiciones, según la exigencia del artículo 24 de la Ley 80, referido al principio de la transparencia en la escogencia del contratista.

**Por último, la Sala observa a título ilustrativo –por tratarse de Ley posterior a los hechos materia de este proceso- que el valor probatorio atribuido al Registro Único de Proponentes y el alcance de las facultades de verificación documental por parte de las Cámaras de Comercio, cambió en forma importante con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007**[[33]](#footnote-33)**, que derogó el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 e introdujo los siguientes cambios:**

**i) El certificado del Registro Único de Proponentes se erigió como *“plena prueba”* de las circunstancias sometidas al mismo, además de que se estableció que en el procedimiento de contratación no se pueden solicitar de nuevo los mismos documentos verificados por las Cámaras de Comercio, según se observa de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 1150:**

*“ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA*

*(…)*

*1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.* ***La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio*** *de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.” (La negrilla no es del texto).*

**ii)** Vale la pena puntualizar que a partir de la Ley 1150 de 207, la capacidad financiera sólo puede constituirse como un requisito de *habilitación*, para participar en el proceso de contratación y, como regla general, se eliminó la posibilidad de exigirla como factor para asignar puntaje, tal como se estableció claramente en el artículo 5º ya citado.

**iii) Por su parte, el Decreto-ley 019 de 2012 precisó que esa condición probatoria de plena prueba opera en relación con las circunstancias que deban ser objeto de *verificación documental* por parte de las Cámaras de Comercio, según se observa en el artículo 60 de la Ley 1150 modificado por el citado Decreto-ley 019:**

*“ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES.*

*(…)*

*El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar* ***y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio****[[34]](#footnote-34). En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.*

*No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.” (…)[[35]](#footnote-35)* (La negrilla no es del texto).

6) La documentación del balance como prueba dentro de la actuación administrativa

En cuanto a la exigencia de presentar el balance comercial cuando fue incorporada en el Pliego de Condiciones de conformidad con las reglas de la Ley 80, se reitera que no existió una forma de prueba legalmente obligatoria, no obstante lo cual para cumplir con el mandato de establecer reglas claras y completas para la selección objetiva, lo aconsejable para la entidad contratante era exigir los balances con su *certificación[[36]](#footnote-36)* –la cual se constituye mediante una atestación o declaración adicional a la mera firma a partir de la precisión realizada por la Ley 222 de 1995- con el fin de que se pudiera asegurar que los estados financieros cumplían con las disposiciones del Decreto 2649 de 1993, contentivo de las Normas de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Colombia, entre ellas las que regulaban la contabilidad como prueba[[37]](#footnote-37), así como con las disposiciones que resultaban aplicables por el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, en el caso de los comerciantes.

Esta Subsección ha observado que la decisión consistente en exigir estados financieros *debidamente certificados* en el procedimiento de contratación estatal, guarda total conformidad con la ley así como constituye un requisito razonable y fundado dentro de las reglas de la contratación estatal, por razón de las normas legales acerca de la profesión del Contador Público[[38]](#footnote-38), así como por virtud de las Normas de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Colombia[[39]](#footnote-39) y las disposiciones legales que regulan la elaboración y presentación de estados financieros[[40]](#footnote-40).

Igualmente la exigencia de estados financieros *certificados* con la firma del representante legal, del contador público -y la del Revisor Fiscal en su caso-, constituye un requisito idóneo para acreditar debidamente las condiciones financieras del proponente en aquellos casos en que la entidad contratante decide exigir la presentación de estados financieros para efectos de la contratación pública[[41]](#footnote-41), por las siguientes razones: **i)** La delegación para otorgar fe pública contable acerca de los aspectos definidos en la ley en relación con los estados financieros, se encuentra radicada en cabeza del Contador Público de acuerdo con la Ley 43 de 1990[[42]](#footnote-42) y **ii)** El Decreto 2649 de 1993[[43]](#footnote-43), estableció un contenido específico para la certificación de los estados financieros, aspecto que se consagró a nivel legal acompañado de una *presunción de autenticidad*, de acuerdo con la Ley 222 de 1995[[44]](#footnote-44), en cuanto se dispuso que “*La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los mismos [estados financieros] conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”,* así como también la misma Ley consagró un valor probatorio a los estados financieros certificados, así: *”Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos.” [[45]](#footnote-45)*

En su oportunidad esta Subsección puntualizó lo siguiente:

*“De acuerdo con la normativa antes citada cabe preguntar cuál es el estatus de los estados financieros que no se encuentran certificados, frente a los cual ha de decirse que tales estados financieros no estarían cobijados por la fe pública acerca de la conformidad de los saldos con los libros de contabilidad y de la fidelidad de su contenido, vale decir constituyen una información financiera de la cual no se conoce si es fidedigna o no.” [[46]](#footnote-46)*

En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha observado que los estados financieros carecen de valor probatorio cuanto no se encuentren certificados, así:

*“(...) tanto el contador público como el representante legal deben certificar los estados financieros. Por tanto, si el representante legal omite la firma de los estados financieros, no se está frente a un estado financiero certificado, y un estado financiero que no esté certificado no tiene valor probatorio, puesto que no cumple con los requisitos legales mínimos para que goce de la presunción de autenticidad que le confiere el artículo 39 de la Ley 222 de 1995 (...)[[47]](#footnote-47)*

**6. Conciliación entre la información contable y fiscal.**

Se ha mencionado en esta providencia que el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 estableció que la información de los inscritos en el Registro Único de Proponentes debía fundarse en dos documentos: la declaración de renta y el balance comercial, por lo cual la Sala estima útil identificar a continuación la relación entre las dos fuentes de información referidas y la conciliación de sus cifras.

Sea lo primero advertir que no escapa a la Sala la diferencia existente entre las bases de presentación de la declaración de renta y del estado financiero de balance, con ocasión del diverso tratamiento regulatorio para efectos tributarios y contables, por manera que no puede exigirse la identidad de las cifras en todos las cuentas sino que procede analizar la consistencia entre las mismas. Así por ejemplo, la ley limita las deducciones contables para efectos tributarios[[48]](#footnote-48) y, por otro lado, la norma tributaria obliga a la presunción de derecho sobre determinados ingresos para efectos fiscales[[49]](#footnote-49), lo cual origina y explica las diferencias que se pueden presentar entre algunos de los datos de las dos fuentes de información.

Otro aspecto que tampoco escapa en la valoración probatoria de los documentos correspondientes –estados financieros y declaración de renta- dice relación con el hecho de que el formulario de la declaración de renta se orienta a la determinación y agrupación de las cifras para efectos fiscales, mientras que la presentación del balance se ordena de acuerdo con las cuentas definidas en el plan único de cuentas del ente económico, lo cual significa que para efectos de la presentación de la información existen diferencias en la denominación, contenido y agrupación de las cifras entre las cuentas del balance y los renglones de la declaración de renta.

Por lo tanto, la verificación de la información, o en su caso el análisis probatorio, en relación con el estado financiero versus la declaración de renta, requiere acudir a la conciliación de las cuentas para efectos de la comprensión de la información financiera y es allí donde resulta importante el despliegue de la prueba contable y, en su caso, el apoyo del experto en la materia, con el propósito de asegurar que el operador en la actuación administrativa o judicial no incurra en exigencias o rechazos improcedentes, por razón de las diferencias formales advertidas *prima facie,* así como se torna importante la conducta asumida por la parte responsable de la información, de la cual se exige la buena fe, la debida revelación, claridad y transparencia para permitir el análisis técnico requerido[[50]](#footnote-50).

Una herramienta dispuesta por la regulación contable para facilitar la comprensión de los estados financieros en el aspecto que se viene comentando, es precisamente la nota de conciliación fiscal[[51]](#footnote-51), la cual busca revelar las diferencias –y la explicación de las mismas- entre las distintas cuentas sometidas a diversos tratamientos en la regulación contable y tributaria.

En este orden de ideas, descendiendo al procedimiento administrativo de selección de contratistas, se tiene que la verificación de la información financiera puede requerir de la conciliación de las cifras entre los estados financieros y la declaración de renta, toda vez que, como se ha expuesto en esta providencia, justamente el artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993 establecía como fundamento de la información de la capacidad financiera para efectos del Registro Único de Proponentes, ambos documentos y, por lo tanto, en vigencia de la mencionada norma se le asignó a la entidad contratante la *facultad-deber* de verificar las fuentes de información, cuestión que debe entenderse desde el ángulo -ahora aclarado- de la consistencia, sin incurrir en un rechazo generalizado de las cifras del balance únicamente por razón de la falta de equivalencia matemática de cada cuenta contable para con cada renglón de la declaración de renta.

En el análisis del caso concreto se tendrá en cuenta la valoración probatoria de los documentos mencionados, para efectos de evaluar los motivos de la calificación asignada a la Unión Temporal Construobras, cuya diferente apreciación constituye precisamente el fundamento central y de mayor peso en el recurso de apelación.

**7. El caso concreto**

**7.1. Objeción al Dictamen Pericial por error grave.**

Teniendo en cuenta que la entidad demandada presentó objeción por error grave en relación con el dictamen pericial, lo cual se debió resolver en la sentencia de primera instancia, asunto que no se encontró específicamente desatado y que tampoco fue objeto de apelación, se hará una mención al contenido de las objeciones, con el propósito de definir su procedencia.

**i)** En relación con la validación que realizó la entidad contratante acerca del plazo de vigencia de las pólizas de seriedad de la oferta, se tiene que este punto no fue objeto de la demanda ni formó parte de los factores de calificación de las propuestas de acuerdo con los Términos de Referencia de la Licitación No. 01 de 2000, frente a lo cual la Sala observa que no existió error del perito por el hecho de no haber realizado un análisis de este documento en la recalificación de las propuestas.

En este sentido se trae a colación la aclaración al dictamen, en la cual el Perito indicó que “*en lo que se refiere a la calificación de este ítem no me detuve a analizar detenidamente ya que en lo que se pidió como pericia no se refería a este punto”.* (Folio 21, cuaderno 4).

ii) La objeción relacionada con el hecho de haber tomado los estados financieros presentados por todas las partes convocadas, sin importar si eran o no todos los documentos exigidos en el Pliego de Condiciones, no hace referencia a un error del perito, sino más bien pone de presente una limitación en el alcance de la prueba para efectos de su apreciación, toda vez que el dictamen no comprendió un concepto contable acerca de la conciliación de las cifras del balance con la declaración de renta –lo cual se explica en que provino solamente del perito ingeniero- ni tampoco comprendió la recalificación que se habría realizado sobre la evaluación de propuestas en caso de considerar los dos documentos en la evaluación de las mismas.

De esta manera, no se configura un error grave en cuanto la salvedad fue anotada por el perito en la aclaración al dictamen, mediante la advertencia de que sólo se incluyó la recalificación de propuestas con base en los balances, sin entrar en el análisis –correspondiente al fallador- de si esa información constituía o no toda la que debía considerarse.

Finalmente, se tendrá en cuenta que la prueba tendría que ser valorada sólamente en el evento en que el fallador decidiera dar total prelación a la información del balance para efectos de la calificación de las propuestas, aspecto al que no hubo lugar en la sentencia de primera instancia toda vez que en esa oportunidad el Tribunal *a quo* consideró *“razonable que la entidad haya tenido en cuenta las declaraciones de renta para medir la capacidad financiera, al haberse presentado inconsistencias entre las mismas y los balances presentados”* (folio 195, cuaderno principal).

**7.2. Calificación de la capacidad financiera.**

Acerca de las diferencias encontradas en la información financiera de la sociedad Insetel Ltda., la parte demandante acudió a dos argumentos; **i)** invocó la aplicación del artículo 775 del Estatuto Tributario, el cual establece la prevalencia de los libros de contabilidad como medio de prueba dentro del procedimiento tributario, así como la Ley 43 de 1990 en relación con la fe pública debida a la atestación del Contador Público y el artículo 48 del Código de Comercio en relación con la obligación del comerciante de llevar la contabilidad con arreglo a las normas comerciales y, de otra parte, **ii)** observó que la disposición del numeral 29 del Pliego de Condiciones acerca de la calificación de la capacidad financiera se refirió únicamente al balance, sin mencionar la declaración de renta, la cual apareció requerida sólamente en el acápite de los documentos de la respectiva Licitación Pública No. 01.

En relación con las normas legales invocadas en el subnumeral **i)** anterior, se advierte lo siguiente:

El artículo 775 se encuentra ubicado en el Estatuto Tributario, Libro Quinto, *“Del Procedimiento Tributario”*, Titulo VI, referente al régimen probatorio que debe observarse dentro de las actuaciones y decisiones que deban cumplirse y/o proferirse durante el curso del referido procedimiento tributario, por cuya especialidad dicha norma no resulta aplicable al procedimiento administrativo de selección de contratistas regulado en régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, ni a la acción contractual establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que en este caso ocupa la atención de la Sala[[52]](#footnote-52).

No obstante, se puede observar que la citada norma estaba precedida de otras disposiciones procedimentales acerca de los requisitos de la prueba contable, fijados en los artículos 772, 773 y 774 del Estatuto Tributario, los cuales no se predicaban en el caso sub judice, toda vez que la entidad contratante sólo disponía de un balance comercial no certificado y no de los libros del comerciante a que se refiere el artículo 775 citado, como tampoco se acreditó que la información del precitado balance guardara la correspondencia debida con los libros de contabilidad, ni que estos se llevaran de acuerdo con el Título IV del Libro I del Código de Comercio, ni se presentó la atestación del Contador Público a dicho balance, en los términos del artículo 37 de la Ley 222 de 1995, ni tal balance constituyó una información completa con arreglo a las normas de contabilidad, por la ausencia de las notas a los estados financieros, exigidos en la norma.

También se advierte que, por ejemplo, en relación con los requisitos de los libros de contabilidad referidos en el artículo 774 del Estatuto Tributario, uno de los supuestos de la prueba consistente en: *“4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley”* cosa que precisamente quedó en tela de juicio para la entidad contratante, con arreglo a la disposición del artículo 620 del mismo Estatuto Tributario, que exigía *“fundamentarse en la declaración de renta”*, entre otros factores, para medir la capacidad económica del contratista, regla esta prevista en el Capítulo correspondiente a los otros deberes formales de los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias y de terceros.

Así las cosas, la prevalencia de los libros de contabilidad a que hace referencia el artículo 775 del Estatuto Tributario, no resulta ser una regla aplicable en el caso concreto y, por el contrario, se encuentra que en relación con la Licitación Pública No. 01 de 2000 procedió la aplicación de *facultad-deber* de verificación de la información para medir la capacidad financiera, de acuerdo con las disposiciones del artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 92 de 1998.

Entonces, la Sala concluye que la prevalencia de la prueba contable en el procedimiento de selección del contratista no tenía cabida en este caso concreto por las falencias de la misma, no sólo frente a la normativa del Estatuto Tributario impropiamente invocado, sino especialmente por razón de de las reglas de la contabilidad del comerciante, aplicables a la sociedad comercial que hizo parte de la Unión Temporal Construobras, contenidas en el Código de Comercio, en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995 que se ocupa del contenido de la certificación de los estados financieros y finalmente en el artículo 115 del Decreto 2649 de 1993, el cual regula las notas a los estados financieros y concretamente a la obligación de revelación de la conciliación fiscal.

La anterior conclusión se funda en el análisis de los hechos y los documentos presentados en la Licitación Pública No. 01 de 2000 llevada a cabo por el Municipio de Purificación, toda vez que se corrobora que dentro del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, en la oportunidad en que la entidad contratante dio traslado de las evaluaciones y puso de presente las diferencias encontradas en la información financiera, el proponente Unión Temporal Construobras –cuyos integrantes actúan ahora como demandantes- no entró a explicar las tales diferencias, ni aportó documentos para apoyar la información del balance comercial y, por el contrario, tal como hizo notar el Consorcio vinculado a la parte pasiva de este proceso, se demostró que en esa oportunidad la Unión Temporal Construobras dejó de lado su defensa y se concentró en destacar las diferencias numéricas entre el balance y la declaración de renta del Consorcio Luis E. Gómez y otro, acerca de lo cual la entidad contratante contestó las observaciones, las cuales en el caso del citado Consorcio sí pudo aclarar con la respectiva información, por lo cual se observa que todos los proponentes fueron objeto del mismo análisis para efectos de la capacidad financiera, pero sólo la Unión Temporal Construobras no pudo aclarar la inconsistencia de sus cifras.

En relación con lo anterior, no resultó cierto que la entidad contratante hubiera impuesto la prevalencia de las cifras de la declaración de renta, sin motivo ni razón, toda vez que en la carta de fecha 28 de septiembre de 2000, cuya lectura se dio en el Acta de Adjudicación de la misma fecha (folio 4,cuaderno 1 y folio 85,cuaderno 4), se observa claramente la respuesta a las explicaciones presentadas por la Unión Temporal Construobras y el análisis realizado por la entidad contratante acerca de las diferencias encontradas en la información de Insetel Ltda., así:

*“El Balance General de Insetel Ltda, presentó diferencias con relación a la declaración de renta de 1999, así:*

*En las cuentas de Caja, Bancos y Cuentas de Ahorro en el Balance General figuran $14´765.000,00 y en la Declaración de Renta aparece en el renglón 1 (PA), Efectivo, Bancos, Cuentas de Ahorro la suma de $1´626.000,00; Presentando una diferencia de $13´139.000, lo cual disminuye el Activo Corriente.*

*En el Balance General de Insetel Ltda,. aparece en el Pasivo Corriente, cuenta Bancos un registro por valor de $432.000,00 y en la Declaración de Renta renglón 16 (OC) correspondiente a Cuentas por pagar Sector Financiero, figura cero (O); Lo cual disminuye en igual forma el Pasivo Corriente.*

*En el Pasivo no corriente del Balance General, figuran Deudas con Accionistas o socios el valor de $273´614.000,00, que de acuerdo con el régimen contable colombiano, las Deudas con Accionistas o Socios corresponden a Pasivos Corrientes; lo cual implica un error en la clasificación de la mencionada cuenta dentro del Pasivo No Corriente del Balance General. Seguidamente se procedió hacer la confrontación de la mencionada cuenta con la declaración de renta renglón 15 (OB) Cuentas por Pagar Compañías Vinculadas y Accionistas o socios reflejando un valor de $72´000.000. Por presentarse las diferencias señaladas tomamos como base para efectos de la evaluación de la declaración de renta conforme lo señalado en las normas antes citadas.*

*Al hacer la confrontación del Balance General con la declaración de renta de los socios de la Unión Temporal Germán Gaitán Rodríguez y Augusto Rafael Torres Suárez, no presentan diferencias.*

*Es de anotar que según el Código de Comercio en su Artículo 36 NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS Y NORMAS DE PREPARACIÒN, reza: 'los estados financieros estarán acompañados de sus Notas, con los cuales conforman un todo indivisible. Los estados financieros y sus notas se prepararán y se presentarán conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados"[[53]](#footnote-53).*

*Por lo anterior y al no anexarse notas a los estados financieros motivó al Comité Evaluador tomar como base para el análisis de la capacidad financiera, lo reflejado en la declaración de renta.”*

La Sala pasa ahora a analizar en concreto los fundamentos de las anteriores consideraciones realizadas por la entidad contratante:

**i)** En la cuenta de caja y bancos se encontró una diferencia por la suma de $13’139.000, que representaba el 88.98% del total de la cuenta, valor que no fue objeto de reporte en la declaración de renta, más si se presentó en el activo corriente del balance comercial allegado a la propuesta.

Se observa que al no encontrar una conciliación de las dos cifras que pudiera explicar las diferencias entre el activo contable y el fiscal y dado que las observaciones del proponente no dieron claridad alguna sobre ello, la entidad contratante llegó a una conclusión válida y legalmente fundada, tratándose de un balance con las falencias advertidas y de un activo corriente que no tenía razón para presentar tratamiento diferencial alguno entre la información contable y fiscal.

Se agrega que la entidad contratante sí tuvo en cuenta la información del balance, pero la aceptó sólo hasta por el monto coincidente con la información de la declaración de renta, puesto que la misma hacía parte de los documentos solicitados en el Pliego de Condiciones y que por Ley –se repite una vez más- tenía la *facultad-deber* de verificar dichas fuentes de la información y, por lo tanto, la consistencia de las mismas para efectos de la evaluación y calificación de las propuestas, considerando ambos factores y no sólo el balance

**ii)** En cuanto a las diferencias encontradas en las cuentas del pasivo, se observó una inconsistencia entre las obligaciones por pagar al sector financiero, la cual consistió en que en la declaración de renta se reportó un saldo de $0 y en el balance un saldo de $432.000.

La Sala encuentra probada la diferencia, pero advierte que no era un valor material puesto que representaba el 0.9% del pasivo corriente y sólo el 0.1% del pasivo total, además de que su valor absoluto no fue el que constituyó la diferencia para afectar el monto del capital de trabajo requerido en la Licitación Pública No. 01.

Pasando ahora a la consideración acerca del pasivo reportado en el renglón 15 de la declaración de renta, *“cuentas por pagar compañías vinculadas y accionistas o socios”*, se encontró una diferencia de $201´614.000 en relación con el balance comercial, correspondiente al 73.68% del valor de la cuenta contable, cuya clasificación como pasivo corriente sí implicó una incidencia material sobre el capital de trabajo requerido para la Licitación Pública No. 01, puesto que de acuerdo con el análisis de la entidad contratante, el cálculo del capital de trabajo se disminuyó en $57´600.000, precisamente situándolo en $207´648.700 por debajo de la suma de $250´000.000 que era la mínima requerida para liberar el puntaje correspondiente al factor de capacidad financiera.

Sin embargo, el fundamento que la entidad contratante invocó para el tratamiento de esta diferencia, en vista de la ausencia de notas a los estados financieros, así como de explicaciones o aclaraciones, consistió en clasificar como pasivo corriente el valor reportado en la declaración de renta, con el siguiente soporte: *“de acuerdo con el régimen contable colombiano, las deudas con Accionistas o Socios corresponden a pasivos corrientes”*, afirmación que no resultó correcta de acuerdo con las normas contables invocadas.

En efecto, se debe tener en cuenta que la norma de contabilidad acerca de la clasificación de los pasivos para efectos de la presentación en los estados financieros, contenida en el artículo 115 del Decreto 2649 de 1993, se basó en el criterio del plazo de las obligaciones, según la cual se debió clasificar como pasivo corriente el de plazo inferior a un año o al ciclo del negocio[[54]](#footnote-54).

En parte alguna del citado régimen contable, que era el que se encontraba vigente para las sociedades comerciales en la época de los hechos, se encuentra una disposición como la invocada por la entidad contratante para fundamentar su decisión de reclasificar el pasivo con los socios, por el contrario, las obligaciones con los socios podían ser clasificadas como pasivo corriente o no corriente, de acuerdo con el plazo de las mismas.

La Sala observa, al margen, que la diferencia presentada en la cuenta de deudas con accionistas o socios, indicada en el balance por la suma de $273´614.000 y en la declaración de renta por la suma de $72´000.000, podía tener una explicación en la clasificación que utilizó la Sociedad Insetel Ltda., para efectos de reportar la información para fines tributarios, toda vez que el *valor total* de pasivos entre las dos fuentes de información solo difería en $859.000[[55]](#footnote-55), de donde se puede inferir que la suma de $201´614.000 correspondiente a la diferencia en las obligaciones con los socios, se habría reportado fiscalmente dentro del renglón 17 bajo el rubro de “otros pasivos” y no en el renglón 15 de obligaciones con socios, toda vez que el renglón 17 ascendió a $218’825.000; sin embargo, para lo que importa en este caso no existen elementos de juicio suficientes que permitan tener certeza acerca de cuál era la información correcta, debido a que la cuenta no fue explicada, desglosada ni soportada por la Unión Temporal Construobras, ni por sus integrantes que ahora obran como demandantes en el presente proceso y, además, no se puede determinar que el pasivo era corriente o no corriente, debido a que se desconoce el plazo de las obligaciones correspondientes.

Puesto que la verificación de la información financiera no permite concluir acerca de la veracidad de una u otra cifra, y que tampoco en este proceso el proponente aportó pruebas para aclarar o soportar el contenido de su información, considera la Sala que no procede corregir el cálculo realizado por la entidad contratante.

Finalmente, en el análisis del acervo probatorio, la Sala advierte a la parte demandante que no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil[[56]](#footnote-56), para desvirtuar los motivos fundados que se expresaron en el acto de adjudicación acusado, asunto que estaba totalmente a su alcance, toda vez que si el balance presentado correspondía a sus libros y los registros en ellos tenían un soporte contable de acuerdo con su realidad económica, lo procedente era aportarlos al proceso, o allegar la certificación de los registros contables para acreditar la autenticidad de la prueba contable y ampararse en la fe pública debida a la atestación del Contador Público, nada de lo cual se desplegó en el esfuerzo probatorio a cargo de la parte actora.

En apoyo de la anterior conclusión se recuerda –y no sobra reiterarlo- que el balance a 31 de diciembre de 1999 presentado por Insetel Ltda., como miembro de la Unión Temporal Construobras no gozaba de la presunción de autenticidad que le hubiera otorgado la certificación de los estados financieros de conformidad con la Ley 222 de 1995, asunto que -una vez más se advierte- tampoco se ocupó de acreditar la parte actora en el presente proceso.

Vale la pena observar que eventualmente las diferencias habrían podido explicarse con las Notas a los Estados Financieros del balance de fin de ejercicio –conocimiento al que nunca se pudo llegar en este debate- pero la actitud pasiva que adoptó la demandante al no acreditar la información, produjo efectos en su contra, toda vez que justamente la apreciación de la inconsistencia constituía el punto central de su demanda y por razón de la materialidad de su valor, no podía ser ignorada ni por parte de la entidad contratante en su momento. ni por el operador en la instancia judicial.

Precisamente la prueba requerida en este proceso ha debido apoyarse en la información contable allegada por la parte actora y no en los argumentos legales, los cuales no pueden prosperar en solitario, puesto que sólo llevarían a dejar sin sentido el requerimiento de la presentación del balance y la declaración de renta, información que se solicitó en el Pliego de Condiciones de acuerdo con lo permitido en la Ley 80 de 1993 y que debía tener algún objeto, el cual no era otro que el de desplegar la verificación de la información y considerar, entre otros factores, la información de soporte de la declaración de renta, de conformidad con las obligaciones de orden legal que le correspondía cumplir a la entidad contratante.

Otra interpretación, orientada a patentar que la presentación de la declaración de renta era solo parte de una lista de chequeo formal, sin conexión ninguna con la información del balance, contradice el efecto útil de la norma en su momento contenida en el artículo 22.3 de la Ley 80, además de que fue clara la orientación legislativa para exigir la verificación de los dos documentos, en armonía con y/o en desarrollo de la exigencia de buena fe y debida revelación de información, que debe cumplir el contratista frente al Estado contratante y para asegurar la salud financiera de los contratistas, o si se quiere también como instrumento para apoyar el control de la información con fines tributarios, el cual en su momento podía requerir de la colaboración de las entidades públicas contratantes cuando accedían a la información de la declaración de renta y del balance, como se aprecia en la obligación impuesta en el artículo 620 del Estatuto Tributario.

No se desconoce en ningún momento y, por el contrario, se descubre el valor de la prueba contable por parte del comerciante cuando sea producida y allegada de conformidad con las normas del Código de Comercio, así como se tiene presente que el comerciante puede verse enfrentado a eventos calificados con la ineficacia probatoria o a casos en que el valor probatorio de la contabilidad obra en su contra, tal como lo ha reconocido reiteradamente la Sección Tercera del Consejo de Estado, según se encuentra expuesto en la siguiente providencia:

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en aplicar las disposiciones de los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio para reconocer las pruebas aportadas con base en la contabilidad del comerciante y en exigir el cumplimiento de la regulación respectiva para aquellos soportes allegados como pruebas, sin perjuicio de admitir la prueba contable complementada por otros medios idóneos, cuando la contabilidad se lleva en debida forma.*

*Ahora bien, el artículo 70 del Código de Comercio establece la valoración de la prueba de la contabilidad del comerciante cuando éste no lleva los libros, los oculta o los lleva irregularmente, caso en el cual de conformidad con el numeral 3 de la disposición citada, el Juez puede decidir conforme a los registros contables de la contraparte, salvo que el contratista aduzca plena prueba de los hechos.*

*Otra situación probatoria regulada en la ley en forma diferente a la mencionada en el artículo 70 del Código de Comercio es la prevista en los artículos 57, 58 y 59 del mismo Código que contemplan el caso de los libros de contabilidad alterados, con espacios para facilitar intercalaciones, borrados o tachados, y el evento de los asientos contables que se encuentran sin la debida correspondencia en los comprobantes de respaldo, siendo esto último lo que se encontró probado en el sub lite, tal como se hizo constar por los peritos con base en la diligencia de inspección judicial practicada a la contabilidad del demandante, quien exhibió al margen de su contabilidad registrada, diversos comprobantes de egreso no incluidos en su contabilidad, sin los soportes respectivos y de acuerdo con la normativa del Código de Comercio se debe aplicar la sanción para el comerciante de la ineficacia probatoria de lo que pretende acreditar a su favor, de manera que en este caso no se admite al demandante probar como perjuicios los egresos no registrados en la contabilidad por otro medio de prueba distinto y por ello la Sala no puede aceptar los comprobantes así entregados por el demandante por lo cual se abstendrá de considerarlos como base para acreditar un eventual perjuicio.*

*Al margen se agrega que el artículo 74 del Código de Comercio contempla la sanción para el caso en que el comerciante lleve doble contabilidad, o sea dos o más libros iguales en los que registre en forma diferente o distintos comprobantes sobre los mismos hechos, caso en el cual los libros y papeles “solo tendrán valor en su contra”[[57]](#footnote-57).*

Por lo tanto, la Sala considera que la proponente no demostró el capital de trabajo requerido para acceder al puntaje por el factor de la calificación financiera distinguido como Nivel 7 en el Pliego de Condiciones y en ese sentido no tenía derecho a los 130 puntos que alegó, ni menos aún al máximo puntaje de 200 puntos invocado en la demanda.

Todo cuanto se ha expuesto llevará a confirmar la sentencia impugnada, aunque con fundamento en algunas consideraciones adicionales y distintas de las que tuvo en cuenta el Tribunal *a quo,* según se ha explicado en detalle.

**7.3. La prueba de la experiencia del personal asignado.**

La parte demandante indicó en la demanda que en el denominado Nivel 5 de los factores de calificación se le han debido asignar 30 puntos más por la experiencia de uno de sus profesionales –el Director de obra-, la cual pretendió acreditar con la copia de un contrato que fue desconocido por la entidad contratante, como fundamento para la calificación respectiva.

El Municipio de Purificación se fundó en la ausencia de la certificación exigida en el Pliego de Condiciones, tal como hizo constar en la carta de septiembre 28 de 2000 leída en la Audiencia de Adjudicación de la misma fecha, consideración que se encuentra ajustada al numeral 27 del Capítulo III del Pliego de Condiciones referido a la Experiencia Nivel 5, en cuyo párrafo inicial textualmente se requirió *“presentar certificación de experiencia*” (folio 25, cuaderno 6).

Adicionalmente esta consideración fue debidamente razonada, teniendo en cuenta que el contrato aportado no dio fe de su ejecución y. por lo tanto, no podía ser asimilado a la referida certificación.

En cuanto el Pliego de Condiciones como Ley del Contrato, incorporó una regla simple, pero clara y completa en este punto y dado que se ha establecido que la misma se aplicó de manera uniforme a todos los proponentes, no hay lugar a ninguna consideración adicional.

**7.4. La calificación del Consorcio Luis E. Gómez y otro.**

Tal como quedó aclarado en este proceso, la calificación del Consorcio Luis E. Gómez y otro, por concepto del subítem de ejecución de obra en el Nivel 2, fue de cero puntos, según se corroboró con el resumen general de calificaciones (folio 22 del cuaderno 1) y no de 110 puntos como indicó inicialmente la parte demandante.

En efecto la calificación del Nivel 2 para el mencionado Consorcio se desagregó de la siguiente manera:

|  |  |
| --- | --- |
| Nivel 2 PROGRAMACION DE OBRA | Puntaje asignado al proponente D. (Consorcio Luis E. Gomez y Otro) |
| ***Porcentaje de ejecución: 110 puntos*** | ***0*** |
| Tiempos: 60 puntos | 60 |
| Porcentaje y valor: 60 puntos | 60 |
| Total: 230 puntos | 120 |

En cuanto al argumento de que habría lugar al rechazo de la propuesta por la falta del *Diagrama de Gantt,* utilizado para presentar gráficamente los tiempos de obra, la Sala no acompaña tal planteamiento puesto que en el Pliego de Condiciones se dispuso el diligenciamiento de un cuadro de información de PROGRAMACION DE OBRA, MODELO DIAGRAMA DE GANTT y FLUJO DE DESEMBOLSO, información que el Municipio de Purificación encontró satisfactoriamente en el anexo No. 14 presentado por el Consorcio Luis E. Gómez y otro, (folios 683 a 697 cuaderno 12), a lo cual la Sala observa que ciertamente el documento titulado “*Procedimiento Constructivo, Organización General y Cronograma Nivel 1”* contenía, en texto escrito, la información de actividades de la programación de obras con el detalle de tiempos de inicio y terminación, tal como se hizo constar en el acta de adjudicación como base idónea para efectos de calificar el ítem de tiempos, así como el de porcentaje y valor del referido el Nivel 3 -Flujo de Desembolso- de manera que resulta ajustada a derecho y por lo tanto inmodificable en este proceso, la decisión de la entidad contratante de no rechazar la propuesta por la ausencia del citado Diagrama.

Similar consideración se hace en relación con el requisito según el cual el proponente debía indicar encima de cada barra de la gráfica el dato de tiempos de obra, en cuanto se trató de un requisito formal que no afectaba la calificación de los factores de evaluación y mal podía ser erigido como un aspecto material para rechazar la propuesta.

En este punto cabe traer a colación que el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que las normas y los procedimientos contractuales se deben interpretar en el sentido en que no den ocasión a trámites distintos de los expresamente previstos y que los defectos de forma no pueden servir de fundamento a decisiones inhibitorias y además se reitera una vez más la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consistente en distinguir entre los requisitos formales y sustanciales del Pliego de Condiciones, bajo la cual esta Corporación ha accedido a decretar, por ejemplo, la nulidad del acto de declaratoria de desierta de una licitación cuando ha encontrado dicha decisión fundada en asuntos eminentemente formales y no necesarios para la comparación de propuestas, a la vez que, en desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal ha establecido que la entidad estatal contratante carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, puesto que por esta vía se limitaría en forma antijurídica la participación de los proponentes[[58]](#footnote-58), amén de que la aplicación de requisitos meramente formales en perjuicio de uno o algunos de los proponentes y en favorecimiento de otro u otros, contraviene los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.[[59]](#footnote-59)

En consecuencia, la Sala reafirma su decisión de confirmar de la sentencia impugnada.

**8. Costas.**

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

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

##### F A L L A

**PRIMERO.- DESESTIMAR** la objeción que por error grave formuló la entidad demandada contra el dictamen pericial presentado en este proceso.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el dieciocho (18) de julio de 2005 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Entidad territorial de carácter municipal.

   . [↑](#footnote-ref-1)
2. “*Artículo 1º.- Los pliegos de condiciones o términos de referencia deberán indicar el presupuesto oficial de la licitación o concurso, y las consecuencias que se deriven del hecho de que las propuestas no se ajusten al mismo.*

   *Artículo 2º****.-*** *Las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación.”* [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las *entidades públicas*, en los siguientes términos:

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

   *“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las* ***entidades públicas*** *incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”* [↑](#footnote-ref-3)
4. Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

   *“Para los solos efectos de esta ley:*

   *“1o. Se denominan entidades estatales:*

   *“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas* ***y los municipios;*** *los establecimientos públicos****,*** *las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”* (La negrilla no es del texto, se destaca para distinguir la condición jurídica de la entidad demandada). [↑](#footnote-ref-4)
5. *“Artículo 32 (…) 1o. Contrato de Obra.**Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Artículo 87. -De las controversias contractuales****.*** *(…) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.”*  [↑](#footnote-ref-6)
7. *Artículo 75.- Del Juez competente, Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”* [↑](#footnote-ref-7)
8. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2000, toda vez que la demanda se presentó el 16 de noviembre de 2000 y el recurso de apelación se interpuso el 27 de julio de 2005, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 199, cuaderno principal). [↑](#footnote-ref-8)
9. Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso

   *“En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Fecha en la cual empezó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, el cual no aplica a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso, de acuerdo con su artículo 308. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicación 25000232600 1999 02197 01, expediente: 25.646, actor: Ciarquelet Ltda., demandados: Distrito Capital – Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y el Consorcio Comunidad y Construcción.

    C-1048 de 2001 [↑](#footnote-ref-11)
12. C-1048 de 2001 [↑](#footnote-ref-12)
13. [↑](#footnote-ref-13)
14. Comparando 30 días hábiles con 520 días hábiles, correspondientes a 52 semana de 5 días hábiles por cada uno de los 2 años. [↑](#footnote-ref-14)
15. *“Según la Corte Constitucional, la nueva versión del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo situó nuestro sistema en medio camino, entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, aquella de la inseparabilidad de los mismos, además que combina las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de la eficacia y celeridad consagrados en el artículo 209, que se hallan en la segunda doctrina de la carta Política*.” Sentencia C 1048 de 2001, comentada por: Galindo Vácha Juan Carlos, Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volumen I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Discentibus auxilia 1, Bogotá 2003, pg, 430. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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-16)
17. 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-17)
18. 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-18)
19. Ley 4 de 1913. Artículo 62. “*En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”* [↑](#footnote-ref-19)
20. El 12 de octubre. 2 de noviembre y 11 de noviembre, festivos trasladados al lunes siguiente, de acuerdo con la Ley 51 de 1983. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 34, cuaderno 6, Pliego de Condiciones, punto 37. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: Radicación No.:25000 23 26 000 1997 13930 01, expediente No. 19.933, actor: Consorcio Glonmarex, demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-. [↑](#footnote-ref-22)
23. Pruebas relacionadas con las propuestas presentadas por los distintos proponentes, que aparecen en los cuadernos 5 a 12. [↑](#footnote-ref-23)
24. En este sentido se pronunció, de manera reciente esta Subsección, a través de sentencia de marzo 10 de 2011, expediente 19.347. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022. [↑](#footnote-ref-25)
26. Si bien el Magistrado Ponente de esta providencia no compartió la posición mayoritaria frente a este asunto, lo cierto es que se acoge a la nueva línea jurisprudencial fijada por la Sala en aras del respeto de la misma y el principio de eficiencia. [↑](#footnote-ref-26)
27. *(…) las diferencias más significativas con el régimen anterior pueden resumirse en que el registro es único, vale decir, la inscripción tiene valor ante todas las entidades del Estado; la función se le asignó a las Cámaras de Comercio, su temporalidad se redujo a un año y de manera expresa se ordena la cancelación del registro con “previa audiencia del afectado”, cuando se demuestre que “el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad”, quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el tér*mino de diez (10) años*, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar (art. 22.6 ley 80 de 1993).* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 28 de noviembre de 2002, radicación: 25000-23-26-000-1992-2602-01(14040). [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 28 de noviembre de 2002, radicación: 25000-23-26-000-1992-2602-01(14040)

    *“El registro de proponentes constituye, por regla general, un requisito previo para la contratación con el Estado. Su formación se traduce en la certificación de  la  capacidad de las personas inscritas para poder contratar, en tanto la inscripción las habilita para participar en las licitaciones o concursos y celebrar contratos con la administración pública,  respecto al tipo de contratos en los que la ley lo exige.”*

    *La inscripción y calificación en el registro de proponentes es un acto administrativo como lo es también su cancelación, y por consiguiente, está sometida a los mecanismos de control de legalidad de la actividad administrativa, esto es, tanto a los recursos de la vía gubernativa como a las acciones judiciales.”*

    [↑](#footnote-ref-28)
29. I) Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1584 de 1994, en cuanto a los indicadores para la calificación de constructores, replicando la fuente de información exigida por la Ley 80, así:

    *“3. La capacidad financiera se establecerá con fundamento en el patrimonio: la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente; y el nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total,* ***con base en la última declaración de renta y el último balance comercial.”*** (La negrilla no es del texto).

    ii) La anterior disposición fue reiterada y adicionada por el Decreto 92 de 1998, precisando la fuente de información financiera aplicable, “según el caso”, así:

    *“3. La Capacidad financiera (Cf) se establecerá con fundamento en el patrimonio, la liquidez medida como activo corriente sobre pasivo corriente, y el nivel de endeudamiento medido como pasivo total sobre activo total,* ***con base en la última declaración de renta y el último balance comercial según el caso,*** *o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones en el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.”* (La negrilla no es del texto).

    iii) El Decreto 92 de 1998 fue modificado por el Decreto 393 de 2002, en cuanto a los factores de medición de la capacidad financiera de los constructores, en cuyo texto se conservó la fuente de información de la declaración de renta y el balance comercial referido en la Ley 80, pero con la conjunción “o“, aspecto que se transcribe a continuación, sin entrar en el análisis de la norma, teniendo en cuenta que se expidió con posterioridad a los hechos materia de este proceso:

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

    *1. Factor de endeudamiento (Fe): Se determinará en función de los pasivos totales y los activos totales con base en la última declaración de renta y el último balance comercial, según sea el caso o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de su actualización se tomará el último balance comercial.*

    *2. Capacidad Circulante (Cc): Se define como la diferencia entre los activos corrientes y los pasivos corrientes, expresados en s.m.m.l.v. al momento de corte de los estados financieros****, con base en la última declaración de renta o el último balance comercial según sea el caso*** *o balance de apertura para aquellas personas naturales o jurídicas que iniciaron operaciones el último año. Para efectos de actualización se tomará el último balance comercial.*

    *Las cifras numéricas de esta información no deberán simplificarse y se presentarán con los siguientes signos de puntuación: Punto, para separar decimales y coma, para separar miles.”* ( La negrilla no es del texto)

    iv) El régimen de transición de las modificaciones al Registro Único de Proponentes se definió a través de los Decretos 3212 de 2002, 780 de 2003, 3401 de 2003. [↑](#footnote-ref-29)
30. Decreto 624 de 1989. [↑](#footnote-ref-30)
31. El cual sustituyó en lo pertinente las disposiciones del Decreto 1584 de 1994 que fue citado por las partes en este proceso. [↑](#footnote-ref-31)
32. *“Artículo  23º.****-****De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”* [↑](#footnote-ref-32)
33. Reglamentado por diversos decretos, entre ellos; [066](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28244#0) de 2008, [1170](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=29773#0) de 2008,[2474](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185#0) de 2008, [3460](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=32716#0) de 2008, [4828](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389#0) de 2008, [4444](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33877#0) de 2008,[4533](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34051#0) de 2008, [127](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34708#0) de 2009, [490](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35298#0) de 2009, [931](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35607#0) de 2009, [2025](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36333#0)de 2009, [2493](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36606#0) de 2009, [3806](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37524#0) de 2009, [3576](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37345#0) de 2009, [1039](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39257#0) de 2010, [1430](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39429#0) de 2010, [1464](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39442#0) de 2010, [2473](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40002#0) de 2010, [3844](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40560#0) de 2010, [4266](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40748#0) de 2010, [2516](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43309#0) de 2011, [3485](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44034#0) de 2011; recogidos en el Decreto 734 de 2012, el cual será sustituido por el Decreto 1510 de 2013, de acuerdo con el régimen de transición dispuesto en éste último.

    En esta normativa, compilada en el Decreto 734 de 2012 se dispuso la presentación de soportes de la información financiera correspondiente al cierre fiscal del año anterior a la vez que se estableció el deber de coherencia de la información financiera con respecto de la información que reposa en el Registro Mercantil o en el Registro de Entidades sin Ánimo de Lucro, así

    *“6.2.1.2.4. (…) Para la inscripción, renovación o actualización de la información financiera en el Registro Único de Proponentes, en todos los casos deberá presentarse el respectivo soporte y la fecha de corte deberá corresponder siempre al cierre fiscal del año inmediatamente anterior salvo lo estipulado en el artículo 6.2.1.5 del presente decreto. En todo caso la información financiera reportada por el proponente deberá ser coherente con la información que reposa en el Registro Mercantil.*

    *(…)*

    *6.2.1.2.6. (…) El certificado constituye plena prueba respecto de la información verificada documentalmente y cuyo registro se encuentra en firme. Lo mismo ocurre en relación con la información que proviene del Registro Mercantil o del Registro de Entidades Sin Ánimo de Lucro para los efectos de lo previsto en el presente decreto.”* [↑](#footnote-ref-33)
34. La frase subrayada corresponde a la modificación introducida por el Decreto 019 de 2012. [↑](#footnote-ref-34)
35. El Registro Único de Proponentes se estableció como plena prueba a la vez que se reguló el procedimiento para impugnar la inscripción en el RUP ante la Cámara de Comercio así como para cancelar el Registro en caso de inconsistencias. En -Sentencia C-1016/12, la Corte Constitucional declaró exequible la disposición del numeral 6.3., del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, referente a la inhabilidad para contratar con el Estado en caso de que la Cámara de Comercio establezca la cancelación del RUP por inconsistencias. La disposición citada establece: **“***En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.”* [↑](#footnote-ref-35)
36. Decreto 2649 de 1993, *ARTICULO 33. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS Y DICTAMINADOS.  Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el Revisor Fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros. (La subraya no es del texto).*

    *Ley 222 de 1995. “ARTICULO 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.* (La subraya no es del texto) [↑](#footnote-ref-36)
37. *ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACION. 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.”* [↑](#footnote-ref-37)
38. Ley 43 de 1990. [↑](#footnote-ref-38)
39. Decreto 2649 de 1993. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ley 222 de 1995 y Ley 1314 de 2009. [↑](#footnote-ref-40)
41. Actualmente los requisitos se acreditan ante el Registro Único de Proponentes (R.U.P.) para las modalidades contractuales que así lo requieren de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y, por su parte, se ha expedido el Decreto 1510 de 2013, que contiene una disposición reglamentaria acerca de los requisitos de la inscripción en el citado registro, incluyendo la presentación de información contable y de estados financieros auditados, según se trate de personas naturales o jurídicas, la cual no es materia de análisis en este caso concreto. [↑](#footnote-ref-41)
42. *“Artículo 1o. Del Contador Público. Se entiende por Contador Público la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente Ley, está facultada para dar  fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar  sobre estados  financieros, y  realizar  las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general. La relación de dependencia laboral inhabilita al Contador para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador. Esta inhabilidad no se aplica a los revisores fiscales, ni a los Contadores Públicos que presten sus servicios a sociedades que no estén obligadas, por la ley o por estatutos, a tener Revisor Fiscal.”*

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

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

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

    (…)

    *e)  Para certificar  y  dictaminar  sobre los balances generales y  otros  estados financieros y  atestar documentos contables que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones  públicas, abiertas por  instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior al equivalente a dos mil salarios mínimos.”* [↑](#footnote-ref-42)
43. Decreto 2649 de 1993, *ARTICULO 33. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS Y DICTAMINADOS.  Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el Revisor Fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros.*

    *Son estados financieros dictaminados aquellos acompañados por la opinión profesional del contador público que los hubiere examinado con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas* [↑](#footnote-ref-43)
44. Aplicable actualmente por extensión a otros entes económicos que no tuvieren norma específica de conformidad con los dictados de la Ley 1314 de 2009. [↑](#footnote-ref-44)
45. . *Ley 222 de 1995*

    *“ARTICULO 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.*

    *ARTICULO 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.*

    *Estos estados deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión "ver la opinión adjunta" u otra similar. El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente,*

    *ARTICULO 39. AUTENTICIDAD DE LOS ESTADOS FINANCIEROS Y DE LOS DICTAMENES. Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos.”*

    Ley 1314 de 2009

    *“ARTÍCULO 15. APLICACIÓN EXTENSIVA.* *Cuando al aplicar el régimen legal propio de una persona jurídica no comerciante se advierta que él no contempla normas en materia de contabilidad, estados financieros, control interno, administradores, rendición de cuentas, informes a los máximos órganos sociales, revisoría fiscal, auditoría, o cuando como consecuencia de una normatividad incompleta se adviertan vacíos legales en dicho régimen, se aplicarán en forma supletiva las disposiciones para las sociedades comerciales previstas en el Código de Comercio y en las demás normas que modifican y adicionan a este.”*

    [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de julio de 2013, radicación: 25 000 23 26 000 2000 02482 01 acumulado 25 000 23 26 000 2000 02757 01. expediente: 28.041, acumulado 28.598, actor: Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (28.041). Consorcio Seguridad Atempi Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda. (28.598), demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia de 28 de febrero de 2013, radicación: 410012331000200501488-01 número interno: 18197, asunto: acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Inversiones Vargas Perdomo y Cía. S. en C., demandado: UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. [↑](#footnote-ref-47)
48. Articulo 117 del Decreto 624 de 1989, modificado por el artículo 3 de la Ley 488 de 1998:

    *“Los intereses que se causen a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria\* son deducibles en su totalidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.*

    *Los intereses que se causen a otras personas o entidades, únicamente son deducibles en la parte que no exceda la tasa más alta que se haya autorizado cobrar a los establecimientos bancarios, durante el respectivo año o período gravable, la cual será certificada anualmente por la Superintendencia Bancaria\*, por vía general.”* [↑](#footnote-ref-48)
49. Para citar un caso, a título de ejemplo, se hace mención de la consagración de una presunción de derecho aplicable al rendimiento mínimo en los préstamos de los socios, así:

    Ley 9º de 1983  Artículo 20.

    *“Para efectos del impuesto sobre la renta, a partir de 1983, se presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas, genera un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa de corrección monetaria del sistema de valor constante a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable.*

    *La presunción a que se refiere este artículo, no limita la facultad de que dispone la Administración Tributaria para determinar los rendimientos reales cuando éstos fueren superiores.”*

    El supuesto de la norma anterior fue ampliado en la modificación realizada por la Ley 788 de 2002, artículo 94 e incorporada en el Artículo 35 del Estatuto Tributario, así:

    *“Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas o estos a la sociedad, genera un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa para DTF vigente a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable.*

    *La presunción a que se refiere este artículo, no limita la facultad de que dispone la Administración Tributaria para determinar los rendimientos reales cuando éstos fueren superiores.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de marzo 14 de 2013, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila ltda., demandado: Departamento de la Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho – apelación sentencia. En la referida providencia esta subsección invocó la aplicación del postulado de la Buena Fe, en el procedimiento precontractual observando lo siguiente:

    *“En consecuencia, para la Sala sería inadmisible sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada.*

    *Lo que acaba de señalarse se robustece al consultar el mandato legal que contiene el artículo 863 del Código de Comercio –norma incorporada al Estatuto de Contratación Estatal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80– el cual hace explícita y clara referencia al período precontractual –que es precisamente al que corresponden los procedimientos administrativos de selección– en cuanto dicho mandato les impone a las partes el deber de proceder de “buena fe exenta de culpa”, noción que, como lo ha puesto de presente la doctrina autorizada, involucra un concepto más exigente y riguroso, así:*

    *“Artículo 863.- Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”. “* [↑](#footnote-ref-50)
51. Decreto 2649 de 1993, Artículo 115, numeral 19:

    *“En forma comparativa cuando sea del caso, los estados financieros deben revelar por separado como mínimo la naturaleza y cuantía de cada uno de los siguientes asuntos, preferiblemente en los respectivos cuadros para darles énfasis o subsidiariamente en notas: (…)*

    *19. conciliación entre el patrimonio contable y el fiscal, entre la utilidad contable y la renta gravable y entre la cuenta de corrección monetaria y la fiscal, con indicación de la cuantía y origen de las diferencias y su repercusión en los impuestos del ejercicio y en los impuestos diferidos. Si existieren ajustes de períodos anteriores que incidan en la determinación del impuesto, en la conciliación deberá indicarse tal circunstancia.”* [↑](#footnote-ref-51)
52. La independencia de esta regla del procedimiento tributario se ha visto afianzada a partir de la Ley 1314 de 2009, mediante la cual se regularon los principios de contabilidad e información financiera, toda vez que en su artículo 4º se dispuso la independencia y autonomía de las normas tributarias y la prevalencia de las normas fiscales cuando se presente incompatililidad con las normas contables y de información financiera “únicamente para fines fiscales”. [↑](#footnote-ref-52)
53. La cita no corresponde al texto del artículo 36 del Código de Comercio, el contenido citado es similar al del artículo 114 del Decreto 2649 de 1993. [↑](#footnote-ref-53)
54. *Numeral 4. ”Principales clases de activos y pasivos, clasificados según el uso a que se destinan o según su grado de realización, exigibilidad o liquidación, en términos de tiempo y valores.*

    *Para tal efecto se entiende como activos o pasivos corrientes aquellas sumas que serán realizables o exigibles, respectivamente, en un plazo no mayor a un año, así como aquellas que serán realizables o exigibles dentro de un mismo ciclo de operación en aquellos casos en que el ciclo normal sea superior a un año, lo cual debe revelarse.*

    *Se deben revelar por separado los activos y pasivos mantenidos en unidades de medida distintas de la moneda funcional.”* [↑](#footnote-ref-54)
55. |  |  |  |
    | --- | --- | --- |
    | Total Pasivo: | Según balance: $320’291.000 (folio 48, cuaderno 2). | Según renglón 18 de la declaración de renta: $319’432.000 (folio 50 cuaderno 2). |

    [↑](#footnote-ref-55)
56. *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”* [↑](#footnote-ref-56)
57. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de junio de 2013, radicación**:** 47001-03-000-1993-3570-01, expediente: 17.431, actor: Antonio Sumoza Torres, demandado: Corporación Nacional de Turismo de Colombia, referencia: contractual-apelación sentencia. [↑](#footnote-ref-57)
58. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente No. 4.694, 19 de Febrero de 1987; No. 6.535, 28 de mayo de 1992; No. 12.344, 3 de mayo de 1999; No. 13.074, 30 de noviembre de 2006; No. 8431, 5 de Junio de 2008; 24.059, 14 de marzo de 2013; línea jurisprudencial analizada en la obra: *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana*, editor Andrés Fernando Ospina Guzmán, Estudio Preliminar de Juan Carlos Henao, publicada por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2013. [↑](#footnote-ref-58)
59. *ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.* [↑](#footnote-ref-59)