

CONTRATACIÓN ESTATAL – Nulidad y restablecimiento del derecho – Pliego de Condiciones

En principio, el Pliego de Condiciones constituiría una regla no modificable en el curso del procedimiento de licitación pública como que se trata de un conjunto de condiciones definido desde la apertura del respectivo procedimiento administrativo, por lo tanto con vocación para ser aplicado de manera consistente y uniforme dentro del mismo con el fin de permitir la libre concurrencia y garantizar la equidad de acceso de los proponentes, no obstante lo cual se advierte que el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la posibilidad de expedir modificaciones al pliego de condiciones con el objeto de precisar el contenido y alcance, como fruto de lo observado en la audiencia inicial establecida para escuchar a los proponentes de acuerdo con la misma ley y por otra parte, los numerales 5º y 9º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 consagraron la posibilidad de modificar los plazos para efectuar la adjudicación, antes de su vencimiento, de lo cual se desprende que el Pliego de Condiciones no es totalmente inmodificable o intangible en el curso del procedimiento de licitación y que en relación con el pliego pueden considerarse viables las modificaciones que se encuentren dentro de los límites materiales y de oportunidad que la ley permita. En consecuencia, esta posibilidad de modificar el pliego de condiciones una vez abierta la licitación pública sólo puede ejercerse dentro del principio reglado que limita la actuación de los funcionarios públicos por norma constitucional y por supuesto con sujeción a la misma ley y de acuerdo con los términos y condiciones que contenga el respectivo pliego acerca de su modificación.

Así las cosas, lo que no pudo establecerse legalmente en el pliego de condiciones a su inicio, tampoco podrá ser introducido por la dinámica de observaciones y modificaciones, de manera que la posibilidad de eliminar o crear requisitos habilitantes no podrá ser ejercida por la Administración Pública con el fin de descalificar en el camino a los potenciales proponentes y abrir paso a la declaratoria de desierta la licitación. Por otra parte hay lugar a precisar que los requisitos habilitantes inicialmente definidos podrían ser eliminados o inaplicados en el curso del procedimiento administrativo de licitación o aún en el acto mismo de la adjudicación por la Administración Pública, pero solo si se advierte la violación de la Ley o la sanción de ineficacia del requisito por la Ley que la disponga. Igualmente le asiste a la Administración Pública el deber de verificar la vigencia del soporte legal de los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones en la fecha en que expida el acto de adjudicación, o en su caso de la declaratoria de desierta.

CONTRATO ESTATAL – Pliego de condiciones – Principios

En la Ley 80 de 1993 se describen los principios de la contratación estatal que deben respetarse en el diseño y contenido de los pliegos de condiciones para la escogencia de los contratistas, los cuales constituyen un marco normativo para la definición de los requisitos y las formalidades que pueden ser válidamente exigidos para participar en el procedimiento de licitación pública y que han sido desarrollados y concretados por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, como se indicará más adelante. La citada Ley 80 de 1993 estableció la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos y las formalidades que deben acreditar los proponentes con el fin de participar en el procedimiento de licitación pública, pero desde su expedición la jurisprudencia ha advertido, con apoyo en los dictados de la citada Ley, acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública, tanto en el momento de fijar los mencionados requisitos y formalidades dentro de los términos y condiciones del pliego como en el evento de declarar desierta la licitación en caso que ninguno de los proponentes cumpla con los requisitos o las formas establecidas, restricciones que se han identificado con base en el análisis de las disposiciones que regulan los principios de la contratación estatal, concretamente, los principios de economía, interpretación de las reglas contractuales y selección objetiva. La normativa incorporada con ocasión de la reforma al régimen de contratación estatal contenida en la Ley 1150 de 2007 ha servido como fundamento para distinguir los requisitos que pueden exigirse en el pliego de condiciones en dos categorías: i) los requisitos habilitantes para participar en el proceso, los cuales corresponden a la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, acerca de los cuales se dispuso como regla general que no otorgarán puntaje y cuya exigencia debe ser «adecuada y proporcional» al contrato y, ii) los factores técnicos y económicos de escogencia y ponderación para la selección de la oferta más favorable.

CONTRATACION ESTATAL – Licitación pública – Declaración Desierta – Requisitos

A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, el numeral 18 del artículo 25 se dejó establecida una sola causal que permite declarar desierta la licitación, cual es la imposibilidad de la selección objetiva, la cual incluye cualquiera de los motivos o circunstancias que la imposibiliten. A su vez el

numeral 15 del artículo 25 citado estableció que las formalidades exigidas deben tener fundamento legal y que la ausencia de documentos no requeridos para comparar las propuestas no puede invocarse como causa para rechazar las ofertas.

CONTRATO ESTATAL – Pliego de condiciones – Reglas

El Consejo de Estado ha puntualizado desde hace varios años que el pliego de condiciones contiene un acto reglado y reglamentario del procedimiento de licitación pública, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento -como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria- así como contiene a su vez las reglas del contrato respectivo. Igualmente esta Corporación ha advertido que el pliego de condiciones es la ley del procedimiento de licitación, obligatoria tanto para la Administración Pública convocante como para los proponentes y que en caso de adjudicación del contrato, el pliego se incorpora como parte del mismo de manera que por ello constituye también la Ley del Contrato. Siendo así, el acto administrativo que declara desierta una licitación pública debe respetar las reglas del Pliego de Condiciones, las cuales a su vez se deben establecer en respeto de la ley de contratación estatal y por lo tanto de los principios en ella contenidos.

CONTRATO ESTATAL – Pliego de condiciones – Requisitos

Los requisitos fijados en el Pliego de Condiciones para participar en la licitación pública -hoy denominados y acotados como requisitos habilitantes- constituyen una regla de carácter obligatorio para las partes, la cual ha sido reiterada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo de cargo de la Administración Pública tanto el respeto a la ley en su definición como también la claridad en los términos y condiciones correspondientes al cumplimiento y/o acreditación de cada requisito y finalmente la equidad en su aplicación. En efecto, toda vez que el Pliego de Condiciones define las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el correspondiente procedimiento administrativo de selección del contratista como la posterior relación contractual, se encuentra que constituye obligación de la Administración Pública fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones, con claridad meridiana, los requisitos y la forma de acreditarlos, según se desprende de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, en forma tal que dichos requisitos puedan ser exigidos y verificados en condiciones de objetividad e igualdad, por lo cual se exige -al igual que de todo el contenido del pliego de condiciones- una extraordinaria carga de definición con respeto a la ley, así como consistencia, claridad y precisión desde el momento de su redacción.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puesto de presente que el Pliego de Condiciones debe contener reglas que aseguren una selección objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la respectiva licitación y que tales condiciones están sometidas al control judicial y podrían inclusive ser inaplicadas en los casos de ineficacia de pleno derecho expresamente prevista en la ley o anuladas en los eventos de las causales de nulidad. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó acerca de la aplicación del principio de la selección objetiva en la Ley 1150 de 2007, al tiempo que resaltó la necesidad de brindar estricta observancia de los principios de la contratación pública como base de la legalidad de los denominados requisitos habilitantes.

CONTRATO ESTATAL – Capacidad financiera – Veracidad – Valor – Certificado

De acuerdo con la legislación sobre la profesión del contador público, las funciones del Revisor Fiscal y las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, 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 necesario para acreditar las condiciones financieras del proponente exigidas dentro de la licitación pública, por las siguientes razones: 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. Desde la expedición del Decreto 2373 de 1956 y luego con la Ley 145 de 1960 que reglamentó la profesión del Contador Público en Colombia, se delegó en este profesional la delicada y trascendente función de dar fe pública acerca de los estados financieros, mediante su atestación, lo cual se reiteró en la Ley 43 de 1990. Por otra parte, el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamentó la contabilidad en general y se expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, estableció la definición de estados financieros certificados y dictaminados.

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.

Así las cosas, los estados financieros no certificados no constituyen prueba idónea de la situación financiera del ente contable de acuerdo con el concepto definido en el Decreto 2649 de 1993, ni gozan de la presunción de autenticidad de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 222 de 1995 y, por lo tanto, dentro de un procedimiento administrativo de licitación pública no podrán ser utilizados como base para evaluar y calificar las condiciones financieras del proponente.

CONTRATO ESTATAL – Licitación pública – Inscripción Revisor Fiscal

En los artículos 163 y 164 del Código de Comercio, aplicables a las sociedades comerciales se precisa que la calidad de Revisor Fiscal la tiene “para todos los efectos legales” quien aparezca inscrito en el registro de la Cámara de Comercio, además de que de acuerdo con las mismas normas la condición de Revisor Fiscal se acredita con el certificado expedido por la respectiva Cámara, según se lee en las disposiciones citadas: Por su parte las entidades cooperativas fueron sometidas a la regla general de tener Revisor Fiscal según los dictados del artículo 41 de la Ley 79 de 1988 mediante la cual se actualizó la legislación cooperativa en Colombia y por virtud de los Decretos 2150 de 1995 , 427 de 1996 y 1798 de 1998 quedaron obligadas a la inscripción de actos y documentos en el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, sin perjuicio de las excepciones en cuanto al régimen especial de creación y funcionamiento que tuvieron algunas entidades, entre ellas las que prestan el servicio de vigilancia privada, de acuerdo con la Ley 357 de 1999. A su vez, de acuerdo con el Decreto 1401 de 1999, mediante el cual se desarrolló la estructura de la Superintendencia de Economía Solidaria, se asignó a ésta última entidad la función de “posesionar” a los representantes legales y revisores fiscales de las entidades vigiladas, según los dictados de la letra e) del numeral 2 de su artículo 6º.

CONTRATO ESTATAL – Registro mercantil – Revisor Fiscal – Nombramiento

En este contexto normativo la Sala debe advertir que el acto administrativo del registro mercantil no es constitutivo de la calidad de Revisor Fiscal toda vez que se rige por las reglas del artículo 29 del Código de Comercio De conformidad con el citado artículo 29 del Código de Comercio y en el mismo sentido de los artículos 163 y 164 de la citada codificación, los efectos del registro mercantil en punto al nombramiento del Revisor Fiscal son los de la publicidad y oponibilidad de su designación y de la producción de efectos legales de tal calidad frente a terceros, por lo tanto, del registro mercantil cabe predicar su carácter probatorio y no constitutivo de la calidad de Revisor Fiscal. Se agrega que en tratándose de los Revisores Fiscales de entidades vigiladas, cuando la norma así lo disponga, además del acto de nombramiento por parte del órgano competente, el Revisor Fiscal requiere acreditar ante el registro mercantil el acto de posesión autorizado por la respectiva Autoridad de lo cual se desprende que en tal caso el acto habilitante para el ejercicio legal de las funciones de Revisor Fiscal corresponde a la mencionada posesión ante la respectiva Superintendencia y, por lo tanto, se concluye nuevamente que el registro mercantil realizado ante la Cámara de Comercio tiene por objeto facilitar la prueba de la calidad de Revisor Fiscal ante terceros, pero no constituye el aludido acto habilitante para el ejercicio de sus funciones. Similar consideración en cuanto al registro mercantil del Revisor Fiscal ha sido expuesta ya por el Consejo de Estado en asuntos tributarios.

CONTRATO ESTATAL – Nulidad declaración desierta – Indemnización – Tasación

En relación con la cuantificación del perjuicio originado en la declaratoria de desierta de una licitación, el Consejo de Estado ha indicado que el mismo se debe tasar en el 100% de la utilidad neta. Al respecto se considera que por razón del acto ilegal de la declaratoria de desierta de la licitación el proponente se vio perjudicado y de acuerdo con la posición vigente de la jurisprudencia , se ha de entender que el proponente habría ejecutado el contrato en los términos de la propuesta con lo cual se encuentra que él tendría derecho a percibir una utilidad de la que resultó privado por el acto ilegal del Estado, el cual, en consecuencia, debe responder de acuerdo con los dictados del artículo 90 de la Constitución Política y dentro del marco de su responsabilidad en el procedimiento de la contratación estatal. Ahora bien, se ha referido como parámetro de la determinación del perjuicio por la declaratoria ilegal de desierta de una licitación pública, el término de utilidad neta con el fin de indicar que la tasación del daño se debe basar en la utilidad final prevista para el contrato, sin incluir sumas por costos directos e indirectos ni los gastos de administración e imprevistos en los que no tuvo que incurrir el proponente para ejecutar el contrato. En otras palabras, frente al denominado A.I.U. (administración, imprevistos y utilidades) del contrato, sólo se puede tomar como base de la tasación del perjuicio por el acto ilegal de declaratoria de desierta de

la licitación el monto de la utilidad (U) más no el valor por concepto de los gastos de administración (A) ni el de los imprevistos (I). Se agrega que el demandante tiene derecho a solicitar la actualización del monto del perjuicio causado, con apoyo en el numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la utilidad esperada y no recibida debe reconocerse en condiciones económicas equivalentes y que el valor real del dinero se modifica de acuerdo con las condiciones del mercado. Ahora bien, para la actualización del perjuicio reclamado la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que en tratándose de la utilidad esperada esta debe ser liquidada a partir de la fecha en que se habría terminado el contrato, en cuanto que razonablemente se tiene que la utilidad se consolida en el momento en que termina el correspondiente vínculo contractual. En cuanto se refiere a la prueba de la utilidad dejada de percibir es claro que la carga de la prueba de la determinación del perjuicio corresponde a la parte que lo demanda, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, de manera que ella debe acreditar cuál era la utilidad neta esperada en el contrato, toda vez que si bien el contratista tienen derecho a una utilidad de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y se supone que dentro del procedimiento de licitación presentó una propuesta en condiciones tales que el contrato le habría dejado un margen de ganancia o utilidad en términos económicos, el monto de la utilidad no se presume, debe probarse, bien por la determinación que aparezca en la propuesta o por la que se demuestre en el proceso. Por lo anterior, si no hubiere un porcentaje de utilidad previsto en la propuesta o dentro de los documentos aportados en el procedimiento de licitación, le corresponderá al demandante probar acerca del mismo, toda vez que una cosa es el valor de la propuesta y otra la utilidad que realmente había previsto de acuerdo con la particular estructuración de costos del proponente.

CONTRATO ESTATAL- Licitación pública – Competencia jurisdicción de lo contencioso administrativo

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 presentaron las demandas en los casos ahora acumulados, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas” por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del Distrito Capital de Bogotá y dado que el Distrito demandado igualmente es un ente territorial, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

CONTRATO ESTATAL – Licitación pública – Nulidad y restablecimiento del derecho – Declaración Desierta

Se agrega aquí que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida contra el acto que declara desierta una licitación corresponde a aquellos producidos con ocasión de la actividad contractual, antes de la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, actos administrativos que son pasibles de la acción regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y además la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es igualmente competente en materia de la contratación estatal, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

CONTRATO ESTATAL – Nulidad y restablecimiento del derecho –Licitación pública – Caducidad

Mediante providencia del 2 de agosto de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó el enfoque acerca de la acción procedente en relación con el acto administrativo mediante el cual se declara desierta la licitación pública y concluyó que el mismo corresponde a un acto previo dentro de una relación jurídica de carácter contractual, al cual aplica el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En los términos del Código Contencioso Administrativo La Sala advierte que en la medida en que no se haya surtido dicha notificación o no se hubiere acreditado en debida forma su cumplimiento, sólo se puede contabilizar el término de caducidad de la acción fijado en 30 días de acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en cada caso a partir de la fecha del respectivo poder que obra en el expediente con presentación personal ante Notario o ante el Tribunal de conocimiento, en el cual consta la identificación de la resolución acusada y por lo tanto la prueba de conocimiento de su existencia y contenido.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02482-01(28041) acumulado 25000-23-26-000-2000-02757-01(28598)

Actor: COOPERATIVA DE TRABAJO SERVICIOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA COOSEGURIDAD - CONSORCIO SEGURIDAD ATEMPI LTDA. – SU OPORTUNO SERVICIO S.O.S. LTDA

Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE GOBIERNO

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por la entidad demandada contra la sentencia que obra en el expediente No. 28.041 y por la entidad demandante contra la sentencia que obra en el expediente No. 28.598, en los procesos acumulados mediante auto de 21 de junio de 2013, de acuerdo con la siguiente relación:

Expediente No.	28.041
Actor:	Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD.

En el proceso citado, la sentencia proferida el once (11) de mayo de 2004 por la Sección Tercera Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su parte resolutive dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRESE (sic) NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES No. 1260 del 25 de septiembre de 2000 por medio de la cual se declaró desierta la licitación 011 de 2000 y la 1349 del 11 de octubre de 2000, por medio de la

cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la primera.

TERCERO: *En consecuencia CONDÉNESE al DISTRITO CAPITAL SECRETARIA DE GOBIERNO al pago de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$279'843.882) a la COOPERATIVA DE TRABAJO SERVICIOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA "COOSEGURIDAD".*

CUARTO: SIN COSTAS.

QUINTO: DÉSELE *cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

SEXTO: *En caso de no ser apelada la sentencia, súrtase el grado de consulta ante el Honorable Consejo de Estado conforme a la Ley 446 de 1998 artículo 57."*

Expediente No. 28.598
Actor: Consorcio Seguridad Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda.

En el proceso citado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección B, el veinticuatro (24) de julio de 2004, en su parte resolutive dispuso:

"PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD *de la resolución No. 1260 del 25 de septiembre de 2000 y su confirmatoria No. 1349 del 11 de octubre del mismo año proferidas por la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Gobierno.*

SEGUNDO: DENIÉGANSE *las demás pretensiones. Sin costas."*

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

1.1. Expediente No. 28.041

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 7 de noviembre de 2000, la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo se dirigió contra la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C., con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que son NULAS las resoluciones No. 1349 de Octubre 11 de 2000 y 1260 de Septiembre 25 de 2000 a través de las cuales la Secretaría de Gobierno de Bogotá declaró desierta la Licitación Pública 011 de 2000, en una decisión abiertamente contraria a la ley 80 de 1993 y al Pliego de Condiciones. La primera de las providencias mencionadas resolvió los Recursos de Reposición interpuestos contra la segunda, en la cual el Secretario de Gobierno de Bogotá tomó la decisión que aquí se cuestiona.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se INDEMNICE a mi poderdante por los perjuicios económicos y morales que ha sufrido por la injusta e ilegal decisión de la Secretaría de Gobierno de Bogotá de declarar DESIERTA la licitación en que participó como proponente, sin que existieran razones legales para ello y por no habérsela adjudicado cuando era la única oferta válida y la que ofrecía las mejores condiciones económicas (menor precio), de experiencia y capacidad financiera.

3. La INDEMNIZACIÓN solicitada se deberá reconocer y pagar teniendo en cuenta, la utilidad legítima dejada de percibir por mi poderdante, que se ha calculado en la suma de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M/Cte. (\$220'000.000) de acuerdo con el cálculo realizado por el Revisor Fiscal de la Cooperativa, suma que deberá ser debidamente indexada.”

1.2. Expediente No. 28.598

Mediante demanda radicada el 7 de diciembre de 2000, el Consorcio integrado por las sociedades Seguridad Atempí Ltda., y Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., cada uno de las cuales, individualmente considerada, compareció al proceso en su calidad de demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Distrito Capital de Bogotá:

“1.1. Decretar la nulidad de la Resolución No. 1260 de 25 de septiembre del año en curso y su confirmatoria No. 1349 del 11 de octubre del año que transcurre, por medio de las cuales la entidad demandada, a través del Secretario de Gobierno (...), declaró sin causa legal y constitucional alguna, desierta la licitación No. 011 del 2.000, cuyo objeto era la “CONTRATACIÓN EMPRESA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA PARA LAS DIFERENTES DEPENDENCIAS DE LA SECRETARIA DE GOBIERNO”, teniendo en consideración para ello según la entidad, ”... que ninguno de los proponentes que se presentaron a la licitación ...

cumplieron con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos de condiciones y en aplicación del numeral 18 de la Ley 80 de 1.993¹, que establece la oportunidad para las entidades estatales de declarar desierta la licitación cuando se presenten causales que impidan la escogencia objetiva del contratista”, argumentos estos que no corresponden en lo más mínimo a la realidad y a la juridicidad imperante en nuestro país, tal y conforme se demostrará más adelante;

1.2. *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, a reconocer y pagar a favor del consorcio hoy demandante, el valor de todos los perjuicios MATERIALES –daño emergente y lucro cesante- y MORALES, que le fueron causados por la inconstitucional e ilegal declaratoria de desierta de la licitación y por consiguiente por la no adjudicación del contrato aludido en el numeral anterior, adjudicación A LA QUE TENÍAN LEGÍTIMO DERECHO, por haber sido la mejor calificada en todos los aspectos por la entidad, pero eliminada injustamente del proceso licitatorio, perjuicios que se concretan en el valor de la utilidad legítima esperada de la ejecución del contrato, o sea en suma superior a \$600'000.000,oo moneda legal, determinada al 11 de octubre del 2000, suma que debe incluir la actualización monetaria hasta la fecha de su pago total y efectivo y sobre la cual, así actualizada, se deberán reconocer y pagar los intereses bancarios moratorios de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 176, 177 y concordantes del C.C.C., (sic) luego de haber sido indexada.*

Esta suma incluye tanto los perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, como los morales, así como los gastos causados para la presentación de la oferta y el valor correspondiente a la póliza de seriedad de la propuesta por la falta de seriedad de la entidad demandada en el proceso licitatorio, al declarar desierto el proceso licitatorio irregularmente, aplicando una norma no vigente, lo cual estructura una “falsa motivación del acto”.

1.3. *Que se condene en costas y perjuicios de esta acción a la parte demandada, incluidas las agencias en derecho correspondientes.”*

2. Los hechos.

2.1. La Secretaría de Gobierno del Distrito Capital ordenó, mediante Resolución No. 695 del 5 de julio de 2000, la apertura de la Licitación Pública No. 011 de 2000, con el objeto de contratar de conformidad con la Ley 80 de 1993 la prestación del servicio de vigilancia y seguridad para las dependencias de la citada Secretaría de Gobierno.

¹ Se refiere al numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

2.2. Evaluados los aspectos técnicos, económicos, financieros y jurídicos, la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital determinó el siguiente orden de elegibilidad:

<i>COOSEGURIDAD</i>	<i>88.00 PUNTOS</i>
<i>CONSORCIO ATEMPI LTDA., – SOS LTDA.</i>	<i>84.58 PUNTOS</i>
<i>CONSORCIO AMERICAN VIG – VIGILANCIA ACOSTA</i>	<i>84.49 PUNTOS</i>

2.3. Los proponentes presentaron sus observaciones respecto de las propuestas de los otros oferentes y evaluadas las mismas, mediante la Resolución No. 1260 de 25 de septiembre de 2000 de la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C., se descalificaron las propuestas de los tres proponentes por falta de requisitos exigidos en el pliego de condiciones – cada uno en su caso- y se declaró desierta la Licitación Pública No. 011 de 2000.

2.4. Cada una de las entidades demandantes interpuso en su momento el recurso de reposición contra el acto administrativo que declaró desierta la licitación, por considerar que la adjudicación del contrato objetivamente debió recaer en su favor y en el respectivo recurso cada una de ellas atacó los argumentos por los cuales fue rechazada su respectiva propuesta. No obstante, mediante Resolución No. 1349 del 11 de octubre de 2000, expedida por el Secretario de Gobierno de Bogotá D.C., el Distrito Capital confirmó en todas sus partes la Resolución No. 1260 de 2000.

3. Conceptos de Violación.

Las entidades demandantes invocaron –cada una en su caso- la violación de las normas constitucionales y legales así como la del pliego de condiciones mismo, en relación con el rechazo de su propuesta dentro de la Licitación No. 011 de 2000, por las razones generales que se compendian a continuación:

Se violó el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y el “debido proceso administrativo”.

De acuerdo con el inciso 2º numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Se consideraron violados los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva previstos en la Ley 80 de 1993, por cuanto la Secretaría

de Gobierno incurrió en falsa motivación y flagrante violación del estatuto de contratación.

La Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD invocó la violación del pliego de condiciones mismo en cuanto los requisitos faltantes correspondían al “Contratista” y no al “Proponente” y los verbos utilizados en el Documento de Invitación para estos requisitos se referían a “dotar” y “reconocer” no a “ofrecer” de manera que no podían exigirse las declaraciones respectivas en la etapa precontractual.

El Consorcio integrado por la sociedades Atempí Ltda., - Su Oportuno Servicios S.O.S. Ltda., indicó que se desconoció el artículo 860 del Código de Comercio en cuanto que el pliego de condiciones constituye oferta de contrato y por otra parte se infringió la Constitución Política en su artículo 122 en cuanto prescribe la obligación de los servidores públicos de defender la Constitución toda vez que los funcionarios desacataron arbitrariamente una sentencia de inconstitucionalidad del artículo 57 de la Ley 550 de 1990 mediante el cual se consagró la exigencia del requisito del paz y salvo de la DIAN, por lo cual la Secretaria de Gobierno obró a través de “vías de hecho”.

4. Actuación procesal.

4.1. Expediente 28.041

4.1.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD mediante auto de 7 de diciembre de 2000 (folio 31 cuaderno 4).

4.1.2. El Distrito Capital –Secretaría de Gobierno- contestó la demanda mediante escrito radicado el 27 de marzo de 2001 e invocó las excepciones que resultaran probadas en el proceso.

4.1.3. El Tribunal *a quo* decretó las pruebas documentales solicitadas por las partes mediante auto de 19 de abril de 2001 y denegó las pruebas testimoniales solicitadas por el Distrito Capital, toda vez que no consideró cumplido el precepto del artículo 219 C. de P.C., en cuanto a la determinación del objeto de la prueba en la respectiva solicitud.

4.1.4. En su oportunidad la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, obrando como parte demandante presentó alegatos de conclusión, con los siguientes argumentos:

1. Reconocimiento de la diferencia conceptual entre lo que se entiende por proponente y por contratista.

“Y por último pretende [el Distrito] obligarnos a “interpretar los pliegos” para llegar a su propia más no comprobada conclusión de que los DI 3.10 y 3.1 (sic) se refieren a los

PROPONENTES y no a los CONTRATISTAS, lo cual no es procedente si tenemos en cuenta el artículo 27 del Código Civil que nos ordena que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”

2. Los verbos utilizados para cada caso son también diferentes.

“Es así como observamos que los verbos DOTAR (PROVEER A LOS EMPLEADOS...) y reconocer (confesar y aceptar...) referidos en los DI 3.10 y 3.11 a los “contratistas”, son verbos imperativos que demuestran una acción de hacer, no condicionada a ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar.

Mientras que el verbo “OFRECER” (prometer y obligarse) conlleva una condición de hacer, siempre y cuando se cumpla una circunstancia futura. En el caso de los proponentes para que dicho ofrecimiento se pueda cumplir, se requiere que la propuesta sea aceptada y se le adjudique la licitación, en cuyo caso deja de ser proponente para ser contratista.

3. Nulidad de la resolución que declaró desierta la licitación.

“Hoy nos informa el apoderado de la demandada que la Secretaria de Gobierno prorrogó dicho término [de adjudicación del contrato] mediante la Resolución No. 1231 de septiembre 20 de 2000, la cual NUNCA fue notificada a los distintos proponentes, razón por la cual no la conocimos. Por ello alegamos la nulidad de la resolución que declaró desierta la adjudicación.”

4. Eventos de pérdida de bienes.

“El DI. 3.12. [en relación con la obligación de reconocer por cada evento de pérdida la suma de \$20'000.000 y un máximo de \$300'000.000] fue aceptado por el representante de la Cooperativa en su carta de presentación.”

5. Demostración de que nuestra propuesta era la mejor.

La Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD presentó en su alegato un recuento de los criterios de la evaluación y calificación y observó que su propuesta consiguió un puntaje de 88 puntos, superior a los otros dos proponentes.

4.1.5. El Distrito Capital y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

4.1.6. De conformidad con lo dispuesto en el auto del 29 de agosto de 2003, el expediente fue remitido al Tribunal de Descongestión Judicial.

4.2. Expediente 28.598

4.2.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca inicialmente rechazó la demanda por ausencia de la determinación concreta de la cuantía del litigio, mediante auto que fue revocado por el Consejo de Estado y, en consecuencia, el Tribunal *a quo* le dio oportunidad a la parte actora para subsanar los defectos del escrito de demanda, realizado lo cual la demandante presentó sendos poderes otorgados en cada caso por el representante legal de cada una de las sociedades integrantes del Consorcio (folios 30 a 39, cuaderno 4) y detalló el razonamiento de la cuantía de los perjuicios, con lo cual se admitió la demanda el 3 de diciembre de 2002.

4.2.2. El Distrito Capital –Secretaría de Gobierno- contestó la demanda mediante escrito radicado el 5 de mayo de 2003 y propuso la excepción que denominó “*el Pliego es Ley del Contrato*”, haciéndola consistir en que para la fecha de la apertura de la licitación y de la calificación de las propuestas no se había decretado la inexecuibilidad del artículo 57 de la Ley 550 de 1990 invocada por la parte demandante.

4.2.3. Se dio traslado de las excepciones a la demandante, mediante auto del 21 de mayo de 2003, “*sin pronunciamiento alguno de la parte interesada*”.

4.2.4. El Tribunal *a quo* decretó las pruebas solicitadas por las partes mediante auto de 18 de junio de 2003, en el cual aceptó las documentales allegadas, requirió copias de los documentos en cuanto a la licitación No. 011 de 2000 y decretó la práctica del dictamen pericial solicitado por la parte actora a lo cual se procedió en su oportunidad.

4.2.5. Frente al dictamen pericial la entidad demandada formuló objeción por error grave “*consistente en calcular el daño emergente dentro del dictamen cuando este cálculo no es procedente*” (folio 198. cuaderno 5).

4.2.6. Vencido el término para alegar de conclusión, sin manifestación alguna de las partes, ni del Ministerio Público, el Tribunal *a quo* procedió a emitir el fallo correspondiente.

4.3. Las sentencias impugnadas.

4.3.1. Expediente No. 28.041

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió sentencia el 11 de mayo de 2004, favorable a las pretensiones de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, en el sentido de anular las resoluciones mediante las cuales la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital de Bogotá declaró desierta la Licitación No.011 de 2000 y condenó al citado Distrito al pago de los perjuicios, según se lee en la parte resolutive de su decisión, tal como se citó al inicio de la presente providencia.

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

*“Contrariando lo expuesto por el ente demandado, considera la Sala al igual que la cooperativa demandante, que sí existe diferencia entre el significado de los términos del **proponente** y **contratista**. No se profundizará en la diferencia de conceptos, pues ya se encuentra muy bien establecida en el documento contentivo de la demanda (folio 9, cuaderno principal) y además porque tanto demandante como demandado tienen experiencia en procesos licitatorios y la deben conocer plenamente,*

(...)

Es sabido y está probado en el proceso que la propuesta más favorable de las presentadas en el trámite de la licitación No. 011 de 2000 de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, fue la formulada por el aquí demandante quien obtuvo un puntaje de 88 puntos de los 100 posibles.

En la etapa del proceso licitatorio en la cual se declaró como desierto, no existían contratistas, solo oferentes, por lo tanto no es posible exigir el cumplimiento de requisitos a los primeros.

Respecto de la formulación hecha por el demandante sobre el término de adjudicación, no existe prueba que confirme la notificación a los oferentes [acerca de la Resolución No. 1231 del 20 de septiembre de 2000].

(...)

Conforme a los antecedentes aquí expresados puede concluir la Sala que la declaración de desierto de la licitación No. 011 de 2000, por parte de la Secretaría de Gobierno de Bogotá no dio cumplimiento a los principios reguladores de los procesos licitatorios, principalmente los de transparencia, responsabilidad, y el relacionado con la interpretación de las reglas contractuales; igualmente se transgredió el deber de selección objetiva y las reglas relacionadas con la estructura de los procedimientos de selección (Ley 80 de 1993, artículos 24, 26, 28, 29 y 30).

(...)

C. Liquidación de Perjuicios

(...)

Teniendo en cuenta que se solicita cancelar el valor de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE

(\$220'000.000.00), como indemnización de perjuicios materiales y morales, con base en la certificación expedida por el Revisor Fiscal de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia "Cooseguridad" (fl. 2 c.2) expedida el 31 de octubre de 2000 y no se presentó oposición a la misma por la parte accionada; la Sala accederá a tal pretensión actualizando debidamente dicho valor conforme a los índices de precios al consumidor establecidos por el DANE, aclarando previamente que la certificación sólo se refiere a los perjuicios materiales y que en cuanto a los morales no se encuentran demostrados dentro del proceso, razón por la cual no se reconocerán."

4.3.2. Expediente No. 28.598

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 24 de julio de 2004, en la cual declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y denegó las demás pretensiones del consorcio demandante, según se lee en la parte resolutive de su decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

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

"Si como se infiere del acto acusado, el certificado presentado como requisito pedido por el pliego permitía hacer la comparación de las propuestas, no se ve la razón de exigir unas obligaciones adicionales que no fueron previamente establecidas. El interés especial de la licitación era conocer que los oferentes estaban al día en las obligaciones tributarias y este se cumplió."

(...)

No obstante encontrar la Sala que el acto administrativo adolece de la causal de nulidad por violación de la ley, las pretensiones de restablecimiento no tienen prosperidad dado que al observar el cuadro de evaluación final se encuentra que la firma COOSEGURIDAD obtuvo una calificación de 88 puntos muy por encima de la firma Atempí quien solo obtuvo un puntaje de 84.58, por lo tanto era aquella la firma quien hubiere tenido el derecho a ser adjudicataria."

4.4. Los recursos de apelación.

4.4.1. Expediente 28.041.

El Distrito Capital, obrando como parte demandada, impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para ello, con fundamento en los siguientes argumentos:

"Considero que el error involuntario, al parecer cometido por la entidad al referirse en el punto 3.10 y en el 3.11 en el

pliego al contratista ha de entenderse como oferente, haciendo una interpretación contextual y lógica del pliego, pues resulta obvio que en lo que hace a tales requerimientos u obligación de dar respuesta a los numerales precitados, ello va dirigido es a los oferentes (recuérdese que estamos frente a la etapa precontractual) cuyos destinatarios no pueden hasta esa fecha ser otros que los oferentes.”

(...)

“Al respecto, [la prueba de la notificación de la Resolución 1231 de 20 de septiembre de 2000] es necesario indicar que reiterada jurisprudencia y doctrina foránea y nacional, tienen al acto de comunicación o notificación como requisito de eficacia, más no de validez, por lo que no puede predicarse por ello la supuesta nulidad, menos del acto de adjudicación al que es evidente que concurrieron todos los participantes, por lo que tampoco se atenta contra la eficacia del mismo, pues con la presencia a la audiencia se verifica el cumplimiento de sus efectos.

(...)

“Es criterio reiterado en la Jurisdicción Contencioso Administrativo, no conceder la supuesta utilidad esperada, por cuanto es apenas lógico que, ni estamos en presencia de un contrato formalizado, ni mucho menos esfuerzo en la ejecución del mismo como para pretender esa supuesta utilidad. En ese orden de ideas, el eventual perjuicio se debería calcular con apoyo en el A.I.U. y no en las ganancias que el contratista esperaba obtener en la actividad comercial, tal como ha sucedido en múltiples casos similares. No obstante en el asunto bajo examen ni siquiera se demostró la ocurrencia del mismo, dada la precariedad en la actividad probatoria, pues se reduce simplemente a afirmar que dejó de percibir la utilidad que se afirma sin acudir a la pericia como mecanismo para calcularla.”

En la oportunidad para presentar alegatos, el Distrito Capital argumentó lo siguiente:

“Si el yerro se encuentra en las disposiciones del pliego, son estas las que han debido demandarse y no las resoluciones que declaran desierta la licitación, pues tanto la Ley, Jurisprudencia y Doctrina, tienen por sentado que el Pliego de Condiciones o Términos de Referencia son Ley para las partes, esto es, los oferentes.”

Acerca de la falta de prueba de los perjuicios indicó que no se probaron los gastos que harían viable la indemnización y puntualizó:

“Es criterio jurisprudencial, no conceder la supuesta utilidad esperada, por cuanto es apenas lógico que, ni estamos en presencia de un contrato formalizado, no (sic) mucho menos [ante el] esfuerzo en la ejecución del mismo como para pretender esa supuesta utilidad”.

El Ministerio Público, a través de la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, conceptuó lo siguiente:

“Del acervo probatorio se observa que los motivos plasmados por la administración para rechazar la propuesta de la entidad demandante y declarar desierta la licitación fueron erróneos. Está claro que en razón al error cometido por la Secretaría al hacer análisis jurídico sobre las exigencias para contratistas y no para proponentes, la entidad no escogió el ofrecimiento que resultaba más ventajoso para ella violando los principios de transparencia y selección objetiva; sin que por ende justificara la declaratoria de desierta de la licitación.”

Acerca de la intrascendencia del supuesto error cometido en la redacción de los requisitos el Ministerio Público, observó:

“No comparte esta Delegada el planteamiento primero porque si el error fue intrascendente no ha debido ser motivo para rechazar la propuesta y terminar por declarar desierta una licitación. Segundo porque la declaratoria de desierta de la licitación obedeció precisamente al supuesto incumplimiento del pliego de condiciones.”

Finalmente, acerca de la validez de la certificación del Revisor Fiscal aportada como prueba del perjuicio, el Ministerio Público observó que la certificación presentada escapa a las funciones del Revisor Fiscal fijadas en el artículo 207 del Código de Comercio y que el silencio de las partes no puede darle el carácter de medio de prueba a lo que no lo tiene, por lo cual advirtió que en el proceso no fueron acreditados los perjuicios con pruebas idóneas suficientes y consideró que procedía la condena *in genere*, así:

*“Por lo anterior esta Delegada considera que la sentencia ante la ausencia de prueba del monto del daño, bien puede generar una condena *in genere* (art. 172 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998).”*

4.4.2. Expediente 28.598.

El Consorcio integrado por las sociedades Atempí Ltda. – Su Oportuno Servicios S.O.S. Ltda., obrando como demandante impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó su recurso dentro de los términos procesales previstos con fundamento en los siguientes argumentos:

La conclusión final de que era la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD la que tenía derecho a ser la adjudicataria no es cierta por las siguientes razones:

“2.1. La nulidad de las resoluciones en cuestión debe entenderse única y exclusivamente referida en lo que perjudicaba a la parte actora (...)

2.2. Así las cosas, los demás proponentes incluida obviamente COOPSEGURIDAD (sic) fueron rechazados por la razón precitada, decisiones que al no ser impugnadas por ninguno de los legitimados para ello, quedaron en firme.

2.3. De esta manera resulta claro que, desafortunadamente el a quo se equivocó al negar las pretensiones indemnizatorias, considerando que era COOPSEGURIDAD (sic) la llamada a ejecutar el contrato previa su adjudicación sin haber observado que al no haber presentado la propuesta con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones perdió por completo tal vocación.

En la oportunidad para alegar, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

4.5. Acumulación Procesal.

Teniendo en cuenta que los dos procesos iniciados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en ambos casos contra la misma entidad pública demandada, esto es el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno, fueron promovidos contra los mismos actos administrativos y se encontraron para fallo ante el mismo Despacho en idéntica instancia, mediante auto del 21 de junio de 2013 se ordenó su acumulación procesal en cuanto se verificó el cumplimiento de los requisitos del artículo 157 del Código de Procedimiento Civil y una vez se constató el supuesto del numeral 2º de la misma norma legal, dado que –como ya se indicó- la entidad demandada es la misma y las excepciones propuestas se fundaron en los mismos hechos.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** el término de caducidad para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto que declara desierta una licitación pública; **3)** cómputo del término de caducidad cuando no se prueba la notificación del acto que confirmó la declaratoria de desierta de la

licitación; **4)** las pruebas aportadas al proceso; **5)** los requisitos habilitantes y las formalidades para participar en el procedimiento de licitación pública; **6)** el caso concreto y **7)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

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 presentaron las demandas en los casos ahora acumulados, 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”*² por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del Distrito Capital de Bogotá y dado que el Distrito demandado igualmente es un ente territorial, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio³, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁴.

² 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 1º. 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.”*

³ Artículo 322 de la Constitución Política: Bogotá capital de la república y del Departamento de Cundinamarca se organiza como Distrito Capital. (Acto Legislativo No. 1 de 2000).

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.”

Se agrega aquí que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida contra el acto que declara desierta una licitación corresponde a aquellos producidos con ocasión de la actividad contractual, antes de la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, actos administrativos que son pasibles de la acción regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁵ y además la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es igualmente competente en materia de la contratación estatal, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁶.

2. El término de caducidad para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo que declara desierta una licitación pública.

Mediante providencia del 2 de agosto de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó el enfoque acerca de la acción procedente en relación con el acto administrativo mediante el cual se declara desierta la licitación pública y concluyó que el mismo corresponde a un acto previo dentro de una relación jurídica de carácter contractual, al cual aplica el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, según se lee en la providencia que se cita a continuación:

*“Por consiguiente, el acto administrativo que declara desierta la licitación también es de aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual, pues por su naturaleza, uno de los efectos de esa decisión es truncar el proceso **contractual** iniciado con anterioridad y por lo tanto sí es aplicable el inciso 2 del artículo 87 del C. C. A., razón por la cual la Sala modifica su tesis anterior, según la cual dicho acto sólo era demandable en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad establecido en el artículo 136, numeral 2, es decir, de 4 meses.*

(...)

Además es precisamente la actividad contractual la que da origen al acto de declaratoria de desierto de un proceso licitatorio o concursal pues si no fuera así, dicho acto no existiría toda vez que no habría lugar a su expedición porque qué se

⁵ 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.”

⁶ 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.”

haría frustrar o finalizar?

Entonces, no existe una razón legal de la cual se deduzca que el acto que declara desierto el proceso licitatorio o concursal tenga un término de caducidad diferente al consagrado en el artículo 87 del C. C. A., toda vez que se trata de un acto expedido durante la actividad contractual y con ocasión de ella, que precisamente finaliza el proceso por las razones previstas en la ley 80 de 1993.”⁷

“Así pues, resulta improcedente el análisis del presente asunto en virtud de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que si bien existe un margen razonable de interpretación de la demanda por parte del juez frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante y la definición de la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la total modificación de la causa petendi y menos aún del petitum, se reitera.”⁸

Recientemente esta Subsección reiteró la anterior consideración y precisó el término de caducidad, con apoyo en lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, norma vigente para la época de la expedición de las resoluciones acusadas en el presente caso:

“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 comuniqué, notifique o publique, según el caso.”⁹

3. Cómputo del término de caducidad cuando no se prueba la notificación del acto que confirmó la declaratoria de desierto de la licitación.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 2 de noviembre de 2006, exp. 30141, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012, exp. 21186. Y en el mismo sentido se cita la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, 27 de Junio de 2012, radicación: 52001233100019970871501, expediente: 21.023, actor: Ingecol Ltda. y otro, demandado: Municipio de Cuaspud-Carlosama, referencia: contractual–Apelación Sentencia.”

⁹ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de marzo 14 de 2.013, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del Derecho – Apelación Sentencia.

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala, hay que concluir que ambas demandas deben tenerse por presentadas oportunamente en relación con el comentado término de caducidad, dado que la Resolución No. 1349 de 11 de octubre de 2000 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 1260 del 25 de septiembre de 2000 que declaró desierta la Licitación No. 011 de 2000, no aparece comunicada ni notificada a una sola de las demandantes, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, ni consta que la citada Resolución hubiere sido publicada, al paso que el artículo segundo de la misma ordenó la notificación “*en los términos del Código Contencioso Administrativo*” (folio 65, cuaderno 5).

La Sala advierte que en la medida en que no se haya surtido dicha notificación o no se hubiere acreditado en debida forma su cumplimiento, sólo se puede contabilizar el término de caducidad de la acción fijado en 30 días de acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en cada caso a partir de la fecha del respectivo poder que obra en el expediente con presentación personal ante Notario o ante el Tribunal de conocimiento, en el cual consta la identificación de la resolución acusada y por lo tanto la prueba de conocimiento de su existencia y contenido.

Así las cosas, se observa que los poderes se allegaron al proceso con fecha de presentación de 7 de noviembre de 2000 en el caso de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD y 27 de noviembre de 2000 en el caso del Consorcio Atempí Ltda., – Su Servicio Oportuno S.O.S. Ltda.,¹⁰ con lo cual se tiene que sólo hasta ese momento se encuentra prueba del respectivo conocimiento de la resolución acusada y por lo tanto desde esa fecha hay lugar a computar el término de la caducidad de la acción.

En este orden de ideas se impone la conclusión de que no operó la caducidad en relación con alguna de las dos demandas si se tiene en

¹⁰ Los anterior toda vez que en los aludidos actos de apoderamiento se encuentra que el respectivo demandante otorgó el poder para presentar la demanda con expresa facultad para demandar la nulidad de las resoluciones mencionadas que en dichos poderes aparecieron concretamente identificadas y citadas

cuenta que cada una de las mismas se radicó antes del vencimiento de los 30 días siguientes al respectivo conocimiento del acto administrativo, así: la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD debe tenerse por notificada del acto acusado el día 7 de noviembre de 2000, misma fecha en que presentó su demanda y, por su parte, el Consorcio Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., se tiene por notificado de la resolución acusada el 27 de noviembre de 2000 puesto que presentó su demanda el 7 de diciembre de 2000, es claro que en ambos casos se procedió dentro del término de 30 días que fija el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Vale la pena mencionar que en su contestación a la demanda el Distrito Capital dentro del expediente No. 28.041 afirmó que la Resolución No. 1349 de 11 de octubre de 2000, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 1260 del 25 de septiembre de 2000, fue notificada el 20 de octubre de 2000 a la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD y el 24 de octubre de 2000 al Consorcio Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., y aunque tal hecho de la notificación no se acreditó en debida forma, lo cierto es que aún si se aceptaran las fechas de notificación mencionadas por la entidad demandada, aun así habría lugar a concluir que la demanda se impetró de manera oportuna toda vez que el plazo de 30 días de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo habría vencido el cuatro (4) de diciembre de 2000 para la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD y el siete (7) de diciembre de 2000 para el Consorcio Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., respectivamente y en ese orden de ideas tanto la demanda presentada por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD el siete (7) de noviembre de 2000, como la que formuló el Consorcio Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., el siete (7) de diciembre de 2000 fueron registradas dentro de los treinta (30) días hábiles que establece la Ley, puesto que en el cómputo de días hábiles sólo se incluyen los días laborables.

Al respecto cabe recordar que el cómputo de días hábiles para efectos del inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo no comprende 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)¹¹y, por otra parte se tiene en cuenta que la Ley 51 de

¹¹ 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.”*

1983 trasladó el descanso remunerado de algunos días festivos al lunes siguiente y por lo tanto, en el período que ocupa la atención de la Sala para el cómputo del término de caducidad, los días 1º y 11 de noviembre de 2000 fueron festivos trasladados al lunes siguiente y por lo tanto no se cuentan dentro del respectivo término.

4. Las pruebas aportadas al proceso.

Obran en estos procesos ahora acumulados, aportados con la demanda y con la contestación a la demanda, así como con oficio de la Secretaría de Gobierno del Distrito de Bogotá, los siguientes documentos que se refieren a la Licitación Pública No. 011 de 2000 (folios 3 a 870, cuaderno 2, expediente 28.041), los cuales serán valorados como prueba por reunir los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil:

4.1. Documento de la Licitación Pública No. 011 de 2000 (folios 133 a 179 cuaderno 5, exp. 28.598), integrado por dos textos: el PLIEGO UNIFORME DE CONDICIONES ADQUISICIONES Y/O PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS y el documento de DATOS DE INVITACIÓN (D.I.), en los cuales se lee:

“PLIEGO UNIFORME DE CONDICIONES

(...)

5. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

5.1. Listado de Documentos de la Propuesta.

(...)

5.1.2. Los documentos señalados como esenciales ya sea en este pliego o en los D.I. constituyen requisito indispensable para aceptar la oferta. Su omisión es causal de no admisión.

(...)

Tabla 1. Documentos de la propuesta (Deben presentarse estrictamente en el orden establecido en el Formulario 2)¹².

MOMBRE DOCUMENTO	DEL	OBSERVACIONES
1. Carta de presentación		Formulario 1,

¹² Folio 43 cuaderno 2, exp. 28.041, se relacionan únicamente los documentos marcados en la columna de requisito esencial.

y resumen (esencial).	1A, 1B y 2
2. Formulario 1 resumen de la oferta (esencial).	
3. Anexo conformación consorcio unión temporal (esencial).	
(...)	
10. Formulario 3 lista de precios (esencial).	
(...)	
11. Balance del último ejercicio, con anexos con corte a 31 de diciembre de 1999.	De acuerdo con DI.5.4.
12. Notas al balance (esencial).	
13. Cálculo de indicadores financieros (esencial).	
14. Garantía de Seriedad de la oferta (esencial).	
(...)	
16. Formulario 4 – Relación de experiencia (esencial).	
17. Certificado de paz y salvo expedido por la DIAN (Esencial).	De acuerdo con DI.5.9.
18. Organigrama operativo y de personal (esencial).	
19. Relación de hojas de vida del personal propuesto (esencial).	
20. Licencia de Funcionamiento (esencial).	

NOTA: los errores, omisiones, inconsistencias en el contenido de los documentos esenciales, solo podrán ser subsanados a solicitud de la Secretaría siempre que ello no conlleve el suministro de información o datos que incidan en la comparación objetiva de las propuestas. Conforme con lo establecido en el numeral 15 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

6. ENTREGA DE PROPUESTAS

(...)

6.2. No admisión a concurso.

Habrà lugar a no admisión o rechazo de propuestas cuando:

(...)

6.2.3. *No se cumplan los requisitos mínimos de participación.*

(...)

7. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE OFERTAS.

7.3.3.

(...)

Declaratoria de Desierta. Dentro del plazo de la adjudicación LA SECRETARÍA podrá declarar desierta la Licitación siempre y cuando medien factores que impidan la selección objetiva del contratista. Esta declaratoria será comunicada en acto motivado a todos los proponentes.”

DATOS DE INVITACIÓN

En el documento denominado Datos de Invitación DI, contenido de las condiciones específicas del pliego de la Licitación No. 011 de 2000 se lee lo siguiente acerca de las condiciones específicas de la mencionada licitación:

“DI.3. REQUISITOS MÍNIMOS DE PARTICIPACIÓN.

(...)

DI.3.10. El contratista debe dotar al supervisor del contrato (funcionario asignado por LA SECRETARÍA) de un equipo de comunicación para lograr un contacto permanente con los puestos de vigilancia.

DI.3.11. El contratista debe reconocer el 100% del deducible facturado a la Secretaria de Gobierno por la compañía de seguros en caso de ocurrencia de siniestro por hurto o pérdida de bienes amparados.

(...)

DI.5. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA.

(...)

D1.5.4. Documento No. 8 esencial. Se debe[n] incluir las notas al Balance General.

(...)

DI.5.9. Documento No. 15 esencial. Anexar certificado de paz y salvo expedido por la DIAN según parágrafo 3º Art. 57 de la Ley 550 de 1999.

(...)

DI.6.ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS.

DI.6.1. Criterios o factores de evaluación: Estos aspectos serán analizados y comparados sobre un total de 100 puntos con base en el estudio de evaluación de los siguientes factores:

ITE M	FACTOR	PUNTAJ E MÁXIMO
DI.6. 1.1.	Experiencia específica	30
DI.6. 1.2	Responsabilida d por pérdida	10
DI.6. 1.3	Capacidad financiera	20
DI.6. 1.4	Valor de la propuesta	40
	TOTAL	100

(...)

Para efectos de la adjudicación la calificación mínima exigida es de 70 puntos, Si ninguna propuesta lo obtiene, la Secretaría procederá a declarar desierta la licitación.”

4.2. Acta de audiencia de aclaraciones de la Licitación Pública No. 011 de 2000, con fecha 2 de agosto de 2000. (Folio 695, cuaderno 2, expediente 28.041).

4.3. Adendo No. 1 de agosto 2 de 2000.

En este documento se realizaron varias modificaciones al pliego de condiciones, en las cuales se destaca el punto D.1.6.1., en relación con los criterios o factores de evaluación, así:

ITEM	FACTOR	PUNT AJE MÁXI MO
DI.6.1. 1.	Experiencia específica	50
DI.6.1. 2	Responsabilidad por pérdida	10

<i>DI.6.1.3</i>	<i>Capacidad financiera</i>	40
	TOTAL	100

DI.6.1.4. Valor de la Propuesta.

*Se suprime.*¹³

4.4. Adendo No. 2 de 15 de agosto de 2000, presentado con tres reportes de fax de la Oficina Jurídica dirigidos a los proponentes en la misma fecha.

En el Adendo No. 2 se modificó nuevamente el punto de los criterios o factores de evaluación, el cual quedó, así:

DI.6.1. Criterios o factores de evaluación: *Estos aspectos serán analizados y comparados sobre un total de 100 puntos con base en el estudio de evaluación de los siguientes factores:*

ITEM	FACTOR	PUNTAJE MÁXIMO
<i>DI.6.1.1.</i>	<i>Experiencia específica</i>	30
<i>DI.6.1.2</i>	<i>Responsabilidad por pérdida</i>	10
<i>DI.6.1.3</i>	<i>Capacidad financiera</i>	20
<i>DI.6.1.4</i>	<i>Valor de la propuesta</i>	40
	TOTAL	100

Mediante el Adendo No. 2 se modificaron otros aspectos del documento de invitación (DI), dentro de los cuales se destacan los siguientes:

“DI.2.4 Forma de Pago: Contra la constancia expedida por el supervisor del contrato en la que se indique el número de vigilantes y tiempo de servicio prestado a satisfacción, los pagos se realizarán en forma mensual por conducto de la Tesorería Distrital, a través de la consignación en la cuenta corriente o en la cuenta de ahorros del contratista, previos los descuentos de Ley, este pago se efectuará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura debidamente certificada por el Supervisor del contrato.

¹³ Este cambio fue temporal toda vez que el valor de la propuesta se incorporó nuevamente como factor de evaluación en el Adendo No. 2.

En el punto DI. 5 de los *“Documentos de la Propuesta”*, se modificó el siguiente:

“DI.5.9. Documento No. 15 esencial. Se dará aplicación a lo establecido en el (sic) circular No. 20 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.”

Igualmente se adicionó el punto DI.3.12, el cual se encontró dentro del acápite DI.3, de los denominados *“Requisitos Mínimos de Participación”*, así:

“La empresa de vigilancia deberá reconocer una suma hasta de veinte millones (\$20'000.000) de pesos moneda corriente por cada evento de pérdida o daño de bienes no asegurados y un máximo de trescientos millones de pesos moneda corriente (\$300.000.000) por la totalidad de eventos de pérdida o daño de bienes no asegurados.”

Dentro del punto DI.6., que corresponde a las reglas de *“Análisis y Evaluación de Propuestas”* se modificó el punto DI.6.1.2., acerca del puntaje asignado a la calificación de responsabilidad por pérdida, el cual quedó así:

“La propuesta que acredite tener constituida una póliza general de hurto de bienes por mayor valor asegurado obtendrá 10 puntos y a las demás propuestas se otorgará el puntaje en forma proporcional.

Diligenciar Formulario 5.”

El Formulario No. 5 correspondió a un cuadro para diligenciar lo siguiente: *“datos de póliza (\$), objeto, cobertura, ramo, compañía aseguradora.”*

4.5. Acta del Comité de Licitaciones de la Secretaría de Gobierno del Distrito, de fecha 14 de agosto de 2000 (folios 130 y 131, cuaderno 1), en la cual se analizó un proyecto de Adendo No. 2, se sugirió eliminar el requisito del límite de edad y estatura mínima exigida a los vigilantes, así como *“se acata lo sugerido por el Secretario, con relación a las sanciones y se deja como uno de los criterios para el desempate.”*

4.6. Comunicación interna de agosto 17 de 2000, suscrita por el Subsecretario de Planeación y Gestión de la Secretaria de Gobierno mediante la cual se informó que el Consejo de Estado decretó la nulidad del numeral 7 de la Circular 016 de 1995 acerca de la tarifa de los servicios de vigilancia, por lo cual indicó que en el Adendo No. 2 se fijaron las condiciones en cuanto al presupuesto asignado en la suma de \$1.220'000.000. (Folio 632, cuaderno 1).

4.7. Carta de la propuesta presentada por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, con fecha 18 de agosto de 2000 en la Licitación Pública No. 011 de 2000, con un valor de oferta de \$1.109'900.000 y sus correspondientes anexos. (Folios 1 a 299, cuaderno 3, expediente 28.041).

4.7.1. La carta de propuesta de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (folio 2, cuaderno 3) se presentó de acuerdo con el texto del formulario No. 1 de conformidad con el modelo de carta de presentación de la propuesta, en la cual se lee:

“Así mismo declaro en nombre de la firma que represento:

(...)

“Que he estudiado el pliego de condiciones, la minuta del contrato y sus anexos aceptando integralmente los requisitos y condiciones en ella contenido.

Igualmente en esta carta de propuesta se agregó la declaración exigida en el Adendo No. 2, así:

“Que me comprometo a responder por los eventos de pérdida de bienes no asegurados descritos en el D.I. 3.12.”.

4.7.2. En relación con los documentos anexos a la propuesta presentada por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD se aportaron los siguientes: formulario 1B que contiene el resumen de la oferta; recibo de pago de los pliegos; acta de autorización para contratar; formulario No. 02 que contiene la tabla de comprobación de requisitos mínimos; certificado de existencia y representación legal expedido con fecha 10 de agosto de 2000 por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, que da cuenta de la Resolución de reconocimiento de la personería jurídica de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, la inscripción del acta de nombramiento del Representante Legal y el registro de la póliza de manejo; formulario No. 3 que contiene el valor de la propuesta, balance general clasificado a 31 de diciembre de 1999 firmado por el Gerente General, el Contador Público y el Revisor Fiscal; estado de resultados por

el periodo de 01-01-99 a 31-12-99 firmado por el Gerente General; el Contador Público y el Revisor Fiscal; estado de flujos de efectivo 1999 – 1998 firmado por el Gerente General, el Contador Público y el Revisor Fiscal; estado de cambios en el patrimonio, firmado por el Gerente General, el Contador Público y el Revisor Fiscal; estado de cambios en la situación financiera 1999 -1998, firmado por el Gerente General, el Contador Público y el Revisor Fiscal; certificación de estados financieros suscrita por el Representante Legal y el Contador Público; dictamen del Revisor Fiscal en relación con los estados financieros a 31 de diciembre de 1999; tarjeta profesional del Contador Público Edgar Alberto Castro y certificado de la Junta Central de Contadores en la que acreditó que la inscripción y vigencia del citado Contador ,al igual que la ausencia de antecedentes disciplinarios; tarjeta profesional del Contador Público Héctor Danilo Álvarez Peña, quien dictaminó los estados financieros como Revisor Fiscal, certificado de la Junta Central de Contadores en la que acreditó la inscripción y vigencia del citado Contador al igual que la ausencia de antecedentes disciplinarios; notas a los estados financieros; estados financieros básicos comparados 1999 - 1998 firmados por el gerente general, el contador público y el Revisor Fiscal; certificación del representante legal y del contador público acerca de los estados financieros comparados, dictamen del Revisor Fiscal acerca de los estados financieros comparados; notas a los estados financieros comparados; formulario No. 4 en el cual se resume la relación de experiencia específica, formulario No. 6 que presenta el cuadro de cálculo de indicadores financieros; garantía de seriedad de la propuesta expedida por Seguros la Equidad; Resolución No. 17775 de 7 de octubre de 1999 expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, mediante la cual autorizó las modalidades de vigilancia móvil y escolta a personas, vehículos y mercancías a la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD; relación de equipo ofrecido e información general sobre otros aspectos de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD; Certificación del Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares de Colombia acerca de la relación de armas registradas a nombre de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD y permisos de tenencia

respectivos.

En el Formulario 5 presentado por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (folio 241, cuaderno 3, exp. 28.041), se diligenciaron los datos de la póliza de responsabilidad civil extracontractual y se agregó una nota:

“El requisito exigido en el DI.6.1.2. RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA del Pliego de Condiciones es inocuo y va en contravía de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 42 de 1993 que estipula que todos los bienes del Estado deberán estar debidamente amparados por una Póliza de Seguros o por un Fondo Especial creado para tal fin. Los órganos de control verificarán que lo anterior sea cumplido estrictamente y establecerán responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten.”

4.8. Carta de la propuesta presentada por el Consorcio Seguridad Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., en la Licitación Pública No. 011 de 2000, por el valor de \$1.213'740.000, con fecha agosto 14 de 2000. (Folio 36, cuaderno 1, expediente 28.598). En la carta se relacionan las declaraciones del formulario No. 1 de la licitación,

4.9. Comunicación de agosto 15 de 2000 suscrita por los representantes de Seguridad Atempí Ltda., y Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., que constituye el anexo a su propuesta, mediante la cual informaron a la Secretaría de Gobierno de Bogotá que convinieron la modalidad de Consorcio para participar en la Licitación No. 011 de 2000. (Folios 3 y 4 cuaderno 2, expediente 28.598).

4.10. Acta de apertura de la urna en la Licitación No. 11 de 2000, de fecha 18 de agosto de 2000.

4.11. Cuadros soporte de la evaluación de ofertas de la Licitación No. 011/00 (Folios 123 a 129, cuaderno 1 expediente 28.041).

4.12. Comunicación suscrita por el representante legal de American Vig Ltda., de fecha septiembre 1 de 2000, mediante la cual radicó ante la Secretaría de Gobierno las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Social en relación con las multas impuestas a Americana de Vigilancia Limitada-American Vig Limitada (folios 83 a 140 y 202 a 244, cuaderno principal, exp. 28.041). En relación con estas multas se certificó que no se encontraban en firme.

4.13. Comunicación de septiembre 5 de 2000 dirigida a los señores oferentes de la Licitación No. 011 de 2000, suscrita por la Directora de Contratación de la entidad estatal contratante, en la cual informó que se encontraban disponibles las evaluaciones de la Licitación No. 011 de 2000.

4.14. Comunicación de septiembre 11 de 2000 suscrita por el representante legal de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (folios 564 a 582, cuaderno principal, Exp. 28.041), radicada ante la Secretaría de Gobierno en la cual presentó observaciones a las distintas propuestas evaluadas en la Licitación No. 011 de 2000.

4.15. Comunicación de septiembre 11 de 2000 suscrita por el representante de Consorcio Seguridad Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio SOS Ltda., presentada a la Secretaría de Gobierno con el objeto de expresar sus comentarios a la evaluación de propuestas. (Folio 116, cuaderno 5, expediente 28.598).

4.16. Oficio No. 01000- 045324 de 13 de septiembre de 2000 enviado por la Contraloría de Bogotá D.C. al Secretario de Gobierno en el cual informó que de acuerdo con la petición elevada por el Consorcio American Vig Ltda., – Vigilancia Acosta Ltda., *“la licitación deberá adjudicarse en audiencia pública”*.

4.17. Memorando interno No. 2020 – 1338 suscrito por los profesionales financieros de la Secretaría de Gobierno, con fecha 20 de septiembre de 2000, dirigido al Secretario de Gobierno (folio 513 y 514 cuaderno principal, expediente 28.041) en relación con las observaciones a los estados financieros dentro de la Licitación No, 011 de 2000, en el cual se lee:

“La Licitación Pública del asunto, en su numeral 5.2.7. estipula que se debe anexar: el balance general y el estado de resultados al último corte fiscal, con sus notas explicativas, firmado por el proponente.”

(...)

“En el mismo numeral 5.2.7. no se especifica la exigencia del Registro del Revisor Fiscal en la Superintendencia de Economía Solidaria, el proponente seleccionado debe someterse a los lineamientos de la Supersolidaria.”

4.18. Memorando No. 0100 radicado el 19 de septiembre de 2000, suscrito por la Directora de Contratación de la Secretaría de Gobierno, en la cual remitió al Director Administrativo las certificaciones de Americana de Vigilancia y Vigilancia Acosta (folio 275, cuaderno principal, exp. 28.041).

4.19. Resolución No. 1231 de 20 de septiembre de 2000, expedida por el Secretario de Gobierno, por la cual se amplió el plazo de adjudicación de la licitación 011 de 2000 hasta el día 25 de septiembre de 2000.

4.20. Acta del Comité de Licitaciones de la Secretaría de Gobierno, de 25 de septiembre (sin año) adelantada con el objeto de realizar la evaluación de ofertas presentadas con el fin de efectuar la adjudicación de la Licitación No. 011 de seguridad y vigilancia, con la presencia de los siguientes funcionarios de la Secretaría de Gobierno: Subsecretario de Planeación y

Gestión, Director de Seguimiento y Análisis Estratégico, Directora de Contratación, Director de la Oficina Jurídica, Director Administrativo, en la cual se lee:

“Se procede a leer cada una de las evaluaciones presentadas por los oferentes y la respuesta de cada uno. Con relación al certificado de paz y salvo de la DIAN, y atendiendo la observación realizada por Cooseguridad frente a la firma Atempí Ltda., se acepta la observación, y se analizan las ofertas presentadas observando que ninguna allega el certificado de la DIAN, dirigido a la Secretaría de Gobierno Licitación 011 de 2000. Se responden todas las observaciones y se sugiere por el Comité, teniendo en cuenta que ninguna de las propuestas cumple con el requisito señalado en el pliego, como lo es la certificación de paz y salvo de la DIAN, por ello se recomienda basados en lo señalado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, declarar desierta la licitación y se recomienda esta decisión al ordenador de gasto. (Folios 475 y 476, cuaderno principal, expediente 28.041).

4.21. Resolución No. 1260 de 25 de septiembre de 2000 por la cual se declaró desierta la Licitación No. 011 de 2000 (folios 72 a 106, cuaderno 1).

En esta Resolución se relacionó la calificación de cada uno de las proponentes y las observaciones presentadas frente a cada una de las tres propuestas, así como las respuestas otorgadas en cada punto.

A continuación se transcriben los apartes pertinentes a la calificación y a las objeciones que prosperaron en relación con las entidades demandantes:

“Que la evaluación de los aspectos técnicos, económicos, financieros y jurídicos determinó el siguiente orden de elegibilidad:

FACTOR	CONSORCIO AMERICAN VIGILANCIA ACOSTA	COOSEGURIDAD	CONSORCIO ATEMPI LTDA –SOS LTDA
EXPERIENCIA ESPECÍFICA	30	30	30
RESPONSABILIDAD POR PERDIDA	0	0	0
CAPACIDAD FINANCIERA	15	18	18
VALOR DE LA PROPUESTA	39,49	40	36,58

84,49

88,00

84,50”

(...)

**“OBSERVACIONES CONSORCIO AMERICAN VIG-
VIGILANCIA ACOSTA LTDA. AL OFERENTE
COOPSEGURIDAD (sic).**

“1.2.10. El Revisor Fiscal que firma los estados financieros y los dictamina, no se encuentra registrado en el certificado expedido por DANSOCIAL.”

(...)

“El balance financiero presentado por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOPSEGURIDAD se encuentra suscrito por el señor HECTOR DANILO ALVAREZ PEÑA en su condición de Revisor Fiscal, sin embargo consultando la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, la misma le informó a la Secretaría de Gobierno que figura registrado como Revisor Fiscal JAIRO LEOPONDO (sic) MELO PARRA. Por lo tanto le otorgamos el alcance dado por el observante en el sentido de considerarse como inexistentes los balances financieros, para lo cual nos acogemos a la jurisprudencia vigente (...)”

“Por lo anteriormente expuesto, se deberá proceder a eliminar la propuesta presentada por el proponente Cooperativa de Trabajo SERVICIOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA COOPSEGURIDAD, aplicando el numeral 6.2.3 del pliego uniforme de condiciones.” (Folio 24, cuaderno 5).

**“OBSERVACIONES CONSORCIO ATEMPI SOS A
COOSEGURIDAD.**

(...)

3.3.2. El certificado de existencia y representación legal no registra el Revisor Fiscal (...). Prospera la objeción.

(...)

3.2.5. La oferta omitió dar respuesta sobre el compromiso de reconocer el 100% del deducible facturado (...). Prospera la objeción.

(...)

**OBSERVACIONES COOPSEGURIDAD (sic) FRENTE AL
CONSORCIO ATEMPI LTDA S.O.S.**

2.1.6. Certificados de Paz y Salvo. Este documento es esencial de conformidad con el pliego de condiciones, tabla 1 documentos de la propuesta (....)

La DIAN expidió el concepto general No. 037326 de abril 17 de 2000, en donde plantea la inquietud o duda sobre el tema y su respuesta es: (...) La certificación que expida la DIAN sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias nacionales, debe solicitarse respecto de cada licitación o concurso abierto en el que se desee participar con una entidad estatal” (...)

“De acuerdo con lo anterior la propuesta del consorcio de seguridad Atempí Ltda., - S.O.S Ltda., debe ser rechazada por cuanto no se aportó el certificado de paz y salvo del consorcio, y los certificados expedidos a los consorciados están dirigidos a entidades públicas diferentes a la Secretaría de Gobierno.” (Folio 31, cuaderno 5).

4.22. Comunicación de septiembre 26 de 2000 suscrita por la Directora de Contratos de la Secretaría de Gobierno a los “Señores Oferentes Licitación 011 de 2000”, en la cual las citó a notificarse de la Resolución No. 1260 de 2000.

4.23. Acta de la audiencia pública de adjudicación de la Licitación No. 11 de 2000, celebrada el 26 de septiembre de 2000, con la presencia de todos los proponentes. (Folio 68, cuaderno 1, expediente 28.598).

4.24. Oficio de 27 de septiembre de 2000 suscrito por la Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, dirigido a la Directora de Contratación de la Secretaría de Gobierno, en la cual informó que las siguientes firmas no se encuentran relacionadas en el Boletín de Responsables Fiscales: COOSEGURIDAD, Nit. 8600756714; Su Oportuno Servicio Limitada Nit. 8600203698; Seguridad Atempí Ltda., Nit. 8000855269, (folio 426, cuaderno principal, exp. 28041).

4.25. Escrito contentivo del recurso de reposición de octubre 2 de 2000, presentado por el Consorcio Seguridad Atempí Lda., - Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., ante la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital en contra de la Resolución No. 1260 de 2000.

4.26. Escrito contentivo del recurso de reposición de octubre 4 de 2000, presentado por parte de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, ante la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital contra la Resolución No. 1260 de 2000. (Folios 566 a 544, cuaderno 3, expediente 28.041), en el cual aportó como pruebas las siguientes:

4.26.1. Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, expedido en octubre 2 de 2000, el cual contiene copia textual de los estatutos de Coopseguridad, el acta de la asamblea de constitución de la Cooperativa

Coopseguridad, con nombramiento del Revisor Fiscal, con el fin de demostrar que esa entidad era diferente de COOSEGURIDAD. (Este mismo certificado se encuentra en los folios 391 a 424, cuaderno principal).

4.26.2. Certificado de existencia y representación legal expedido por DANSOCIAL para la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, Nit 8600756714.

4.26.3. Certificado de Registro de Órganos de Administración y Control expedido el 14 de agosto de 1997 por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, en el cual consta el registro del contador Héctor Danilo Alvarez Peña como Revisor Fiscal Principal de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD. (Folio 540, cuaderno 3).

4.26.4. Acta No. 40 de 31 de marzo de 2000 de la Asamblea General Ordinaria de Delegados de COOSEGURIDAD en la cual consta la ratificación del señor Héctor Danilo Alvarez Peña en el cargo de Revisor Fiscal de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD. (Folio 517, cuaderno No. 2).

4.26.5. Comunicación radicada en DANSOCIAL el 24 de abril de 2000, suscrita por el representante legal de COOSEGURIDAD, mediante la cual envía, para su respectivo registro, la documentación del Acta No. 40 de 2000 que incluye el nombramiento de Héctor Danilo Alvarez Peña como Revisor Fiscal para el período 2000 – 2001. (Folio 527 y 528, cuaderno 2).

4.27. Escrito de octubre 19 de 2000 en el cual se adicionó el recurso de reposición presentado por Consorcio Seguridad Atempí Ltda., - Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., ante la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, con el cual remitió copia de la Sentencia C – 1185 de 13 de septiembre de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable el parágrafo 3 del artículo 57 de la Ley 550 de 1999.

4.28. Resolución No. 1349 del 11 de octubre de 2000 (folios 58 a 65, cuaderno 1), mediante la cual la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C., resolvió los recursos de reposición interpuestos por los proponentes contra la Resolución No. 011 de 2000 y dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 1260 del 25 de septiembre de 2000 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO. Notificar la presente resolución en los términos que establece el Código Contencioso Administrativo.

ARTICULO TERCERO. Contra la presente resolución no procede recurso alguno.”

En la citada resolución se relacionaron las consideraciones que se extractan a continuación:

1. “RECURSO CONSORCIO S.O.S. LTDA. – ATEMPI LTDA.”

“...la Secretaría de Gobierno tomó como argumento fundamental para el rechazo de la propuesta, un concepto emitido por la autoridad competente, en este caso la DIAN, en donde establece criterios generales de interpretación de la Ley 550 de 1999, mediante la cual se estableció la obligatoriedad en asuntos tributarios.

Frente a la generalidad de la Ley es jurídicamente viable aceptar como guía para su aplicación los conceptos emitidos por la autoridad encargada de dar aplicación a lo exigido por la ley.”

2. “RECURSO COOSEGURIDAD.”

Antes de entrar a resolver el recurso respectivo, la Secretaría de Gobierno precisó las razones por las cuales fue eliminada la oferta de COOSEGURIDAD, así:

[En primer lugar] “el Revisor Fiscal que firma los estados financieros y los dictamina, no se encuentra registrado en el certificado expedido por DANSOCIAL, por tal razón no son oponibles a terceros y se consideran inexistentes (...)

“En segundo lugar, el certificado de existencia y representación legal no registra el nombramiento del Revisor Fiscal (...)”

(...)

“Finalmente, en tercer lugar, la oferta presentada por COOPSEGURIDAD (sic) no garantizó expresamente dos de los requisitos mínimos de participación de los proponentes (...) referentes al compromiso de citar a un supervisor del contrato de un equipo de comunicación (...) y el compromiso de reconocer el 100% del deducible facturado a la Secretaria de Gobierno por la compañía de seguros ante la ocurrencia de novedades (...) al respecto consideró que prosperaba la observación.”

En torno a los antedichos requisitos, la Secretaría de Gobierno aceptó los argumentos de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, en cuanto al primer punto, acerca de la inscripción en DANSOCIAL y respecto de balances presentados, por lo cual indicó en la Resolución aportada que “el puntaje asignado a la evaluación

financiera se mantiene.“

Respecto de los puntos enunciados acerca de las garantías expresas exigidas, de acuerdo con los puntos 3.10 y 3.11 del documento de invitación, la Secretaría de Gobierno no aceptó los argumentos de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD e indicó:

“COOSEGURIDAD tenía la obligación legal de indicarle a la Secretaría de Gobierno con toda certeza y en forma expresa el cumplimiento de estos dos requisitos mínimos, de la esencia de la convocatoria”

En consecuencia, la Secretaría de Gobierno descalificó la propuesta de COOSEGURIDAD por falta de requisitos.

4.29. Resolución No. 0041 de 21 de febrero de 2000 de la Superintendencia de Economía Solidaria en la cual se fijaron los requisitos para el control de legalidad de los nombramientos de los órganos de administración, vigilancia y control.

“ARTÍCULO 4. De conformidad con lo previsto en los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 158 de la Ley 79 de 1988, los representantes legales (...) y los revisores fiscales de las entidades vigiladas que figuren inscritos, lo seguirán siendo y ejerciendo sus funciones, para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.

(...)

“ARTÍCULO 9. Las entidades del sector real sometidas a la acción de la Superintendencia de Economía Solidaria estarán obligadas a tener Revisor Fiscal cuando el total de sus activos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

En todo caso la información relacionada con balances generales y otros estados financieros deberá estar certificada por un contador público.”

4.30. Concepto de febrero 23 de 2001 emitido por la Directora de Contratación de la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital de Bogotá en relación con el proceso No. 2000 – 2482 promovido por la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD. (Folios 140 a 157, cuaderno principal expediente 28.041).

4.31. Otras pruebas.

4.31.1. Expediente 28.041

La demandante aportó certificación del Revisor Fiscal de la Cooperativa de Trabajo de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, de fecha 31 de octubre de 2000 (folio 2, cuaderno 2, expediente 28.041) en la cual se lee lo siguiente

“Que el costo de la Cooperativa Cooseguridad de Una (01) Unidad 24 Horas es de \$1’850.000.00, de Una (01) Unidad 12 Horas Diurno \$825.000.00 y de Una Unidad Nocturno \$875.000.00.

Que de conformidad con lo anterior la Cooperativa dejó de percibir como excedente al ser declarada desierta la Licitación No. 011 de 2000 de la Secretaria de Gobierno de Bogotá D.C. la suma de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE.-, según el siguiente cuadro:

Tipo	No.	Vr	Vr	Diferen	Total
Servi	Unida	Propuesta		C	c
cio	des	¹⁴		o	i
				s	a
				t	
				o	
24H	41	\$2’300.000	\$1’850.0	\$450.000	\$ 18’450.000
				0	
				0	
12HD	4	\$1’000.000	\$825.00	\$175.000	\$
				0	70
					0.
					00
					0
12HN	2	\$1’300.000	\$875.00	\$425.000	\$
				0	85
					0.
					00
					0
					X 11
					\$220’000.0
					00

Se expide la presente certificación a los treinta y un (31) días del mes de Octubre de Dos Mil (2.000).

Héctor Danilo Alvarez Peña”

4.34.2. Expediente 28.598

¹⁴ Formulario No. 3 Valor de propuesta, folio 16, cuaderno 3.

En el proceso iniciado por el consorcio integrado por las sociedades Atempí Ltda., - Su Oportuno Servicios SOS Ltda., se practicó el dictamen pericial presentado el 22 de octubre de 2003, acerca de la utilidad legítima a que habría tenido derecho el demandante de acuerdo con la oferta presentada en la Licitación No. 011 de 2000, en el cual el perito estableció: **i)** los perjuicios materiales con base en la utilidad esperada de acuerdo con las tarifas por vigilante establecidas de conformidad con el Decreto 073 de 2002 y actualizó su valor aplicando la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE y **ii)** el lucro cesante, que se calculó con base en un interés del 6% anual. (Folios 1 a 14, cuaderno 4).

5. De los requisitos habilitantes y las formalidades para participar en el procedimiento de licitación pública.

5.1. Antecedentes

En la Ley 80 de 1993 se describen los principios de la contratación estatal que deben respetarse en el diseño y contenido de los pliegos de condiciones para la escogencia de los contratistas, los cuales constituyen un marco normativo para la definición de los requisitos y las formalidades que pueden ser válidamente exigidos para participar en el procedimiento de licitación pública y que han sido desarrollados y concretados por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, como se indicará más adelante.

La citada Ley 80 de 1993 estableció la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos y las formalidades que deben acreditar los proponentes con el fin de participar en el procedimiento de licitación pública, pero desde su expedición la jurisprudencia ha advertido, con apoyo en los dictados de la citada Ley, acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública, tanto en el momento de fijar los mencionados requisitos y formalidades dentro de los términos y condiciones del pliego como en el evento de declarar desierta la licitación en caso que ninguno de los proponentes cumpla con los requisitos o las formas establecidas, restricciones que se han identificado con base en el análisis de las disposiciones que regulan los principios de la contratación estatal, concretamente, los principios de economía, interpretación de las reglas contractuales y selección objetiva, en cuyo texto inicial se dispuso:

“Artículo 25. Del principio de la economía.

En virtud de éste principio:

(...)

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.¹⁵

(...)

18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso¹⁶ únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.” (La subraya no es del texto).

“Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales.

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección o escogencia de contratistas y en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio de las pretensiones y derechos que caracteriza a los contrato administrativos.”

Artículo 29¹⁷. Del Deber de Selección Objetiva.

La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del

¹⁵ Modificado por la Ley 1150 de 2007.

¹⁶ La expresión “concurso” fue derogada por la Ley 1150 de 2007.

¹⁷ Artículo derogado por la Ley 1150 de 2007 la cual en su artículo 5, modificado por la Ley 1474 de 2011, reguló el alcance del principio de Selección Objetiva.

contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.”
(La subraya no es del texto).

La normativa incorporada con ocasión de la reforma al régimen de contratación estatal contenida en la Ley 1150 de 2007 ha servido como fundamento para distinguir los requisitos que pueden exigirse en el pliego de condiciones en dos categorías: **i)** los requisitos habilitantes para participar en el proceso, los cuales corresponden a la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, acerca de los cuales se dispuso como regla general que no otorgarán puntaje y cuya exigencia debe ser “*adecuada y proporcional*” al contrato y, **ii)** los factores técnicos y económicos de escogencia y ponderación para la selección de la oferta más favorable¹⁸.

¹⁸ **Artículo 5** De la selección objetiva. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

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

(...)

Parágrafo 1°. *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”*

5.2. El pliego de condiciones contiene el reglamento del procedimiento de licitación y constituye Ley del Contrato.

El Consejo de Estado ha puntualizado desde hace varios años que el pliego de condiciones contiene un acto reglado y reglamentario del procedimiento de licitación pública, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento - como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria- así como contiene a su vez las reglas del contrato respectivo.¹⁹

Igualmente esta Corporación ha advertido que el pliego de condiciones es la ley del procedimiento de licitación, obligatoria tanto para la Administración Pública convocante como para los proponentes y que en caso de adjudicación del contrato, el pliego se incorpora como parte del mismo de manera que por ello constituye también la Ley del Contrato²⁰.

Siendo así, el acto administrativo que declara desierta una licitación pública debe respetar las reglas del Pliego de Condiciones, las cuales a su vez se deben establecer en respeto de la ley de contratación estatal y por lo tanto de los principios en ella contenidos.

¹⁹ Dentro de las muchas y similares definiciones y descripciones que tradicionalmente se han expuesto por la Jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del pliego de condiciones en vigencia de la Ley 80 de 1993 puede citarse la siguiente: *“El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. En cuanto a la elaboración del pliego, la Sala ha precisado que la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, ya referido, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 19 de julio de 2001, radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037), actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores - Acic-.

²⁰ Sentencia de 16 de enero de 1975, Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Exp. 1.503, actor: Pablo De Narváez; Sentencia de 29 de marzo de 1984, Consejero Ponente: Doctor. Alejandro Bonivento Fernández. Exp. 2.418, actor: Instrumentos Científicos Ltda.; sentencia de junio 19 de 1996, Consejero Ponente: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente No. 9868, actor: Soc. Ingeniería Construcciones y Asesoría Ltda., demandado: Instituto De Desarrollo Urbano –IDU-.

5.3. La carga de la claridad y equidad en el pliego de condiciones corresponde a la Administración Pública.

Los requisitos fijados en el Pliego de Condiciones para participar en la licitación pública -hoy denominados y acotados como requisitos habilitantes- constituyen una regla de carácter obligatorio para las partes, la cual ha sido reiterada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo de cargo de la Administración Pública tanto el respeto a la ley en su definición como también la claridad en los términos y condiciones correspondientes al cumplimiento y/o acreditación de cada requisito y finalmente la equidad en su aplicación.

En efecto, toda vez que el Pliego de Condiciones define las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el correspondiente procedimiento administrativo de selección del contratista como la posterior relación contractual, se encuentra que constituye obligación de la Administración Pública fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones, con claridad meridiana, los requisitos y la forma de acreditarlos, según se desprende de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, en forma tal que dichos requisitos puedan ser exigidos y verificados en condiciones de objetividad e igualdad, por lo cual se exige -al igual que de todo el contenido del pliego de condiciones- una extraordinaria carga de definición con respeto a la ley, así como consistencia, claridad y precisión desde el momento de su redacción²¹.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha puesto de presente que el Pliego de Condiciones debe contener reglas que aseguren una selección objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la respectiva licitación y que tales condiciones están sometidas al control judicial y podrían inclusive ser inaplicadas en los casos de ineficacia de pleno derecho expresamente prevista en la ley o anuladas en los eventos de las causales de nulidad, sobre lo cual ha observado:

“El numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2° de la misma ley, consagra el deber que tiene la Administración Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.294. C.P. Alier Hernández Enríquez. Dijo la Sala que “La entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras, normas legales. En el artículo 24, literales b, c, y e de la ley 80 de 1993”

que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista. Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia que, a su turno, debe orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituye un presupuesto de la legalidad de la contratación pública, desde su misma génesis o formación. A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes. Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de “ley de la licitación” y “ley del contrato”, en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación. No puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores que no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la Administración, toda vez que ello contraría principios de la contratación pública, como los de planeación, de transparencia y el deber de selección objetiva. Resulta menester tener presente que la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así

como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o ineficacia de pleno derecho.”²²

En la misma línea expuesta, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó acerca de la aplicación del principio de la selección objetiva en la Ley 1150 de 2007, al tiempo que resaltó la necesidad de brindar estricta observancia de los principios de la contratación pública como base de la legalidad de los denominados requisitos habilitantes, así:

“Por tanto, la administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.

Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”²³

5.4. Intangibilidad del pliego de condiciones frente a la igualdad de acceso en la contratación pública.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 11 de noviembre de 2009, radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366), actor: Javier Alonso Quijano Alomía, demandado: Empresas Municipales de Cali -Emcali-, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 20 de mayo de 2010, radicación No. 1.992, 11001-03-06-000-2010-00034- 00, referencia: contratación estatal. Ley 1150 de 2007, selección objetiva. verificación de las condiciones de los proponentes. Registro Único De Proponentes.

En principio, el Pliego de Condiciones constituiría una regla no modificable en el curso del procedimiento de licitación pública como que se trata de un conjunto de condiciones definido desde la apertura del respectivo procedimiento administrativo, por lo tanto con vocación para ser aplicado de manera consistente y uniforme dentro del mismo con el fin de permitir la libre concurrencia y garantizar la equidad de acceso de los proponentes, no obstante lo cual se advierte que el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la posibilidad de expedir modificaciones al pliego de condiciones con el objeto de precisar el contenido y alcance, como fruto de lo observado en la audiencia inicial establecida para escuchar a los proponentes de acuerdo con la misma ley y por otra parte, los numerales 5º y 9º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 consagraron la posibilidad de modificar los plazos para efectuar la adjudicación, antes de su vencimiento, de lo cual se desprende que el Pliego de Condiciones no es totalmente inmodificable o intangible en el curso del procedimiento de licitación y que en relación con el pliego pueden considerarse viables las modificaciones que se encuentren dentro de los límites materiales y de oportunidad que la ley permita.

En consecuencia, esta posibilidad de modificar el pliego de condiciones una vez abierta la licitación pública sólo puede ejercerse dentro del principio reglado que limita la actuación de los funcionarios públicos por norma constitucional²⁴ y por supuesto con sujeción a la misma ley y de acuerdo con los términos y condiciones que contenga el respectivo pliego acerca de su modificación.

Así las cosas, lo que no pudo establecerse legalmente en el pliego de condiciones a su inicio, tampoco podrá ser introducido por la dinámica de observaciones y modificaciones, de manera que la posibilidad de eliminar o crear requisitos habilitantes no podrá ser ejercida por la Administración Pública con el fin de descalificar en el camino a los potenciales proponentes y abrir paso a la declaratoria de desierta la licitación, tal como lo observó ya el Consejo de Estado, así:

“... desde el punto de vista jurídico, no resulta admisible - una vez hecha la invitación a contratar - alterar o modificar el pliego de condiciones - dentro del plazo de la licitación - en lo que hace a las reglas que rigen el procedimiento de selección del contratista y mucho menos, valerse de dicha enmienda, a todas luces ilegal, para declarar desierta la licitación, situación que únicamente puede tener lugar cuando se presenten verdaderos motivos que impidan la escogencia objetiva, evento que no se presenta cuando la

²⁴ “Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer atribuciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.”

*Administración acude en forma ilegal a modificar **aspecto intangible del pliego***²⁵.

Por otra parte hay lugar a precisar que los requisitos habilitantes inicialmente definidos podrían ser eliminados o inaplicados en el curso del procedimiento administrativo de licitación o aún en el acto mismo de la adjudicación por la Administración Pública, pero solo si se advierte la violación de la Ley o la sanción de ineficacia del requisito por la Ley que la disponga. Igualmente le asiste a la Administración Pública el deber de verificar la vigencia del soporte legal de los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones en la fecha en que expida el acto de adjudicación, o en su caso de la declaratoria de desierta.

Lo que se acaba de mencionar resulta importante en el caso que ocupa la atención de la Sala, toda vez que existió un requisito definido en el pliego de condiciones cual era el paz y salvo de la DIAN expedido para la respectiva licitación, pero ocurre que durante el curso del procedimiento administrativo de selección contractual la norma legal invocada en la definición del requisito fue declarada inexecutable unos días antes del acto administrativo que resolvió declarar desierta la licitación, aspecto sobre el cual volverá la Sala en el estudio del caso concreto.

5.4. La declaratoria de desierta solo es legalmente procedente con fundamento en causales que impidan la selección objetiva.

A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, el numeral 18 del artículo 25 se dejó establecida una sola causal que permite declarar desierta la licitación, cual es la imposibilidad de la selección objetiva²⁶, la cual incluye cualquiera de los motivos o circunstancias que la imposibiliten.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora María Elena Giraldo Gómez, 8 de junio de 2006, radicación número: 76001-23-31-000-1996-02716-01, actor: Jairo Martín Vargas Díaz.

²⁶ “18. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”

A su vez el numeral 15 del artículo 25 citado²⁷ estableció que las formalidades exigidas deben tener fundamento legal y que la ausencia de documentos no requeridos para comparar las propuestas no puede invocarse como causa para rechazar las ofertas.

Recientemente esta Subsección expuso las siguientes precisiones en cuanto a los límites de la atribución con que cuenta la Administración Pública para excluir una oferta dentro de un procedimiento administrativo de licitación:

*“De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: **i)** cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; **ii)** cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; **iii)** cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, **iv)** cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.”²⁸*

²⁷ “15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma preteritoria y expresa lo exijan leyes especiales.

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

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, 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.

5.5. En la evaluación de los requisitos habilitantes se debe tener en cuenta el principio del fondo sobre la forma o de lo sustancial sobre lo adjetivo.

Para el caso particular la Sala considera importante puntualizar el principio de la prevalencia del “*fondo sobre la forma*” previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en relación con los requisitos habilitantes, cuestión que consulta adecuadamente el Principio Constitucional de prevalencia del derecho sustancial recogido en el artículo 228 de la Carta Política²⁹.

5.6. Los estados financieros certificados son necesarios para acreditar la capacidad financiera en el procedimiento de licitación pública.

De acuerdo con la legislación sobre la profesión del contador público³⁰, las funciones del Revisor Fiscal³¹ y las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, 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 necesario para acreditar las condiciones financieras del proponente exigidas dentro de la licitación pública³², por las siguientes razones:

La delegación para otorgar fe pública contable acerca de los aspectos definidos en la ley en relación con los estados financieros³³, se encuentra radicada en cabeza del Contador Público en cuanto que la Ley 43 de 1990 dispuso:

²⁹ **ARTICULO 228.** *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

³⁰ Ley 43 de 1990.

³¹ Artículo 207 del Código de Comercio,

³² Actualmente los requisitos se acreditan ante el Registro Único de Proponentes (R.U.P) para los casos establecidos por la Ley 1150 de 2007.

³³ “*En definitiva la fe pública es una MANIFESTACIÓN del poder del Estado la cual los contadores ejercen por DELEGACIÓN que la LEY les ha hecho.*” Por esta razón, su aplicación es de carácter restrictivo y no admite analogías, de manera que únicamente es viable la atestación en relación con los objetos definidos por la ley y por ello se advierte que cuanto a los balances la regulación delega la atribución de dar fe pública en los siguientes y particulares aspectos: 1) fidelidad de los saldos, 2) sometimiento de los libros de contabilidad a las normas legales y 3) la expresión fidedigna de la situación financiera. La Fe Pública Contable, Universitas Económica, Volumen 6 No. 5 (1990), publicado en www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/ensayos.

“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.”

Desde la expedición del Decreto 2373 de 1956 y luego con la Ley 145 de 1960 que reglamentó la profesión del Contador Público en Colombia, se delegó en este profesional la delicada y trascendente función de dar fe pública acerca de los estados financieros, mediante su atestación, lo cual se reiteró en la Ley 43 de 1990, así:

“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).

Por otra parte, el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamentó la contabilidad en general y se expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, estableció la definición de estados financieros certificados y dictaminados, así:

“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”³⁴.

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

³⁴ En relación con la certificación de los estados financieros avanzó la Ley 222 de 1995 en materia de sociedades comerciales, precisando la diferencia entre la certificación y el dictamen de los estados financieros y la presunción de autenticidad sobre los mismos, normativa hoy aplicable, en forma supletiva, en relación con la contabilidad de otro tipo de entidades –como las cooperativas- de acuerdo con la Ley 1314 de 2009, según se estableció en la siguiente forma:

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.”*

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.

En este sentido el Consejo de Estado ha observado que los estados financieros carecen de valor probatorio en 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 (...)”³⁵

Así las cosas, los estados financieros no certificados no constituyen prueba idónea de la situación financiera del ente contable de acuerdo con el concepto definido en el Decreto 2649 de 1993, ni gozan de la presunción de autenticidad de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 222 de 1995 y, por lo tanto, dentro de un procedimiento administrativo de licitación pública no podrán ser utilizados como base para evaluar y calificar las condiciones financieras del proponente.

5.7. La prueba de la inscripción del nombramiento del Revisor Fiscal en la Cámara de Comercio dentro de la licitación pública.

En los artículos 163 y 164 del Código de Comercio, aplicables a las sociedades comerciales se precisa que la calidad de Revisor Fiscal la tiene “*para todos los efectos legales*” quien aparezca inscrito en el registro de la Cámara de Comercio, además de que de acuerdo con las mismas normas

³⁵ 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.

la condición de Revisor Fiscal se acredita con el certificado expedido por la respectiva Cámara, según se lee en las disposiciones citadas³⁶:

Por su parte las entidades cooperativas fueron sometidas a la regla general de tener Revisor Fiscal³⁷ según los dictados del artículo 41 de la Ley 79 de 1988 mediante la cual se actualizó la legislación cooperativa en Colombia y por virtud de los Decretos 2150 de 1995³⁸, 427 de 1996³⁹ y 1798 de 1998⁴⁰ quedaron obligadas a la inscripción de actos y documentos en el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, sin perjuicio de las excepciones en cuanto al régimen especial de creación y funcionamiento que tuvieron algunas entidades, entre ellas las que prestan el servicio de vigilancia privada, de acuerdo con la Ley 357 de 1999⁴¹.

³⁶ **ARTÍCULO 163. DESIGNACIÓN O REVOCACIÓN DE ADMINISTRADORES O REVISORES FISCALES.** *La designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social no se considerará como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato, y no estará sujeta sino a simple registro en la cámara de comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o la revocación.*

Las cámaras se abstendrán, no obstante, de hacer la inscripción de la designación o revocación cuando no se hayan observado respecto de las mismas las prescripciones de la ley o del contrato.

La revocación o reemplazo de los funcionarios a que se refiere este artículo se hará con el quórum y la mayoría de votos prescritos en la ley o en el contrato para su designación.

ARTÍCULO 164. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN-CASOS QUE NO REQUIEREN NUEVA INSCRIPCIÓN. *Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección.*

La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción”.

³⁷ De acuerdo con el valor de los activos.

³⁸ Este Decreto dispuso la inscripción en el registro de las entidades privadas sin ánimo de lucro y de las entidades cooperativas, el cual entró en aplicación para éstas últimas a partir del 2 de enero de 1997.

³⁹ “Artículo 1º.- Registro de las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro de que tratan los artículos 40 a 45 y 143 a 148 del Decreto 2150 de 1995 se inscribirán en las respectivas Cámaras de Comercio en los mismos términos, con las mismas tarifas y condiciones previstas para el registro mercantil de los actos de las sociedades comerciales.”

⁴⁰ Registro y certificación de las entidades de economía solidaria.

⁴¹ Artículo 45 del Decreto 2150 de 1999 modificado por el artículo 1º de la Ley 537 de 1999, así:

“Lo dispuesto en este capítulo no se aplicará para las instituciones de educación superior; las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994; las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones, asociaciones de ministros; las reguladas por la Ley 100 de 1993 de seguridad social, los sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos; cámaras de comercio, a las organizaciones comunitarias de primero, segundo, tercero y cuarto grados y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente regula en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se registrarán por sus normas especiales.”

A su vez, de acuerdo con el Decreto 1401 de 1999, mediante el cual se desarrolló la estructura de la Superintendencia de Economía Solidaria, se asignó a ésta última entidad la función de “posesionar” a los representantes legales y revisores fiscales de las entidades vigiladas, según los dictados de la letra e) del numeral 2 de su artículo 6º.

En lo que importa para este caso el registro de los revisores fiscales de las cooperativas ante las Cámaras de Comercio fue reglamentado en la Resolución No. 0041 de 21 de febrero de 2000 expedida por la Superintendencia de Economía Solidaria mediante la cual se fijaron los requisitos para el control de legalidad de los nombramientos de los órganos de administración, vigilancia y control y se invocó la aplicación de los artículos 163 y 164 del Código de Comercio.

En este contexto normativo la Sala debe advertir que el acto administrativo del registro mercantil no es *constitutivo* de la calidad de Revisor Fiscal toda vez que se rige por las reglas del artículo 29 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 29. REGLAS PARA LLEVAR EL REGISTRO MERCANTIL. El registro mercantil se llevará con sujeción a las siguientes reglas, sin perjuicio de las especiales que establezcan la ley o decretos reglamentarios:

(...)

4) La inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello; pero los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.”

De conformidad con el citado artículo 29 del Código de Comercio y en el mismo sentido de los artículos 163 y 164 de la citada codificación, los efectos del registro mercantil en punto al nombramiento del Revisor Fiscal son los de la publicidad y oponibilidad de su designación y de la producción de efectos legales de tal calidad frente a terceros, por lo tanto, del registro mercantil cabe predicar su carácter probatorio y no constitutivo de la calidad de Revisor Fiscal.

De otra parte se tiene en cuenta que las empresas de vigilancia privada se encontraron sometidas a las disposiciones del Decreto-ley 356 de 1994 que contiene el estatuto de vigilancia y seguridad privada en el cual se asignó a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada la potestad de otorgar la licencia de funcionamiento a esas entidades.

Se agrega que en tratándose de los Revisores Fiscales de entidades vigiladas, cuando la norma así lo disponga, además del acto de nombramiento por parte del órgano competente, el Revisor Fiscal requiere acreditar ante el registro mercantil el acto de posesión autorizado por la respectiva Autoridad de lo cual se desprende que en tal caso el acto habilitante para el ejercicio legal de las funciones de Revisor Fiscal corresponde a la mencionada posesión ante la respectiva Superintendencia y, por lo tanto, se concluye nuevamente que el registro mercantil realizado ante la Cámara de Comercio tiene por objeto facilitar la prueba de la calidad de Revisor Fiscal ante terceros, pero no constituye el aludido acto habilitante para el ejercicio de sus funciones.

Similar consideración en cuanto al registro mercantil del Revisor Fiscal ha sido expuesta ya por el Consejo de Estado en asuntos tributarios⁴².

6. El caso concreto.

6.1. El cumplimiento de las declaraciones a cargo del contratista.

Como se ha visto en este caso, el documento de Datos de la Invitación (D.I.) de la Licitación No. 011 de 2000 incluyó dos actuaciones a cargo del contratista dentro de los denominados requisitos mínimos de participación, según se transcribe a continuación:

“DI.3.10. El contratista debe dotar al supervisor del contrato (funcionario asignado por LA SECRETARÍA) de un equipo de comunicación para lograr un contacto permanente con los puestos de vigilancia.

DI.3.11. El contratista debe reconocer el 100% del deducible facturado a la Secretaria de Gobierno por la compañía de seguros en caso de ocurrencia de siniestro por hurto o pérdida de bienes amparados.”

La ausencia de declaraciones expresas acerca de estos dos requisitos fue invocada como causa de rechazo de la propuesta del proponente mejor calificado en la Licitación Pública No. 011 de 2000 y dio lugar al acto de declaratoria de desierta, acerca de cuya validez gira la presente litis.

Para la Sala en cuanto el Pliego de Condiciones se erige también en la Ley del Contrato, tales requisitos debieron ser aplicados en el contexto con del pliego, toda vez que en la tabla No. 1 de documentos a presentar con la propuesta y en el formulario No. 2 que contenía la relación de los mismos no se estableció documento alguno específicamente relacionado con

⁴² “REGISTRO MERCANTIL - Es un acto declarativo no constitutivo / FIRMA DEL REVISOR FISCAL - No implica omisión en la declaración el hecho de no estar inscrito en el Registro Mercantil / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - El no estar inscrito el nombramiento del Revisor Fiscal no implica tener la declaración por no presentada.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 15 de Junio de 2001, radicación número: 25000-23-27-000-1999-0322-01-(11137), actor: Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., referencia: Apelación Sentencia. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Dra. Maria Ines Ortiz Barbosa, sentencia de 30 de Agosto de 2007, radicación número 05001-23-31-000-1996-00484-01(15591), Actor: Asesorías Botero Peláez Ltda., demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

manifestaciones acerca de los numerales 3.10 y 3.11, ni se relacionó una declaración sobre los aspectos allí mencionados, ni como documento esencial ni como no esencial.

Por otra parte, en la misma tabla de documentos se incluyó de manera precisa y expresa el formulario No. 1 de presentación de la propuesta, en cuyo contenido se estableció una declaración general de aceptación de las condiciones del pliego, suficiente por sí misma para tener tal manifestación como la aceptación del contenido del pliego, en cuanto que los requisitos específicos en referencia correspondientes al compromiso de asumir ciertas obligaciones durante la ejecución del contrato no obligaba a la observancia de alguna formalidad sustancial o a la aportación de un determinado documentos con la propuesta, con lo cual bastaba con la aceptación genérica y expresa del pliego de condiciones, prevista y satisfecha en este caso concreto según los siguientes términos:

*“Así mismo declaro en nombre de la firma que represento:
(...)”*

Que he estudiado el pliego de condiciones, la minuta del contrato y sus anexos aceptando integralmente los requisitos y condiciones en ella contenido.”

En igual sentido, la minuta del contrato estableció en la cláusula tercera, referida a las obligaciones específicas del contratista, la siguiente estipulación:

*“En desarrollo del objeto del presente contrato, **EL CONTRATISTA** contrae las siguientes obligaciones específicas:*

(...)”

***18) Las demás que emanen de la naturaleza del contrato, de los Pliegos de Condiciones de la Licitación No. 011 de 2000 y de la propuesta presentada por la contratista.”** (La subraya no es del texto).”*

Por otra parte, se tiene que los dos numerales comentados del Pliego de Condiciones hicieron referencia clara a obligaciones a cargo del “contratista”, cuya ejecución debía atenderse o cumplirse durante desarrollo del contrato y, por lo tanto, mal podrían considerarse como condiciones o requisitos del proponente para participar en la licitación, de lo cual se concluye que en efecto el documento de invitación introdujo una diferencia en el sujeto del respectivo requisito de los numerales 3.10 y 3.11, al mencionar al “contratista” y no al “proponente”, tal como lo hizo notar el demandante y lo aceptó el Tribunal *a quo*.

Adicionalmente, la Sala encuentra que sí hubo un error o falta de precisión del Distrito Capital en el término “contratista” utilizada en el Pliego de Condiciones, como lo alegó su apoderado, el mismo no puede ser invocado

para variar la interpretación literal del Pliego en perjuicio del demandante, toda vez que como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, la carga de claridad en la estructuración del Pliego de Condiciones se encuentra radicada en la Administración Pública, de conformidad con los principios de la Ley 80 de 1993.

En el mismo sentido la Sala acoge el concepto del Ministerio Público en cuanto a que la Secretaría de Gobierno tuvo tiempo suficiente para aclarar o corregir el error en la etapa en que atendió las observaciones de los proponentes y que si era un asunto intrascendente, no podía ser motivo para rechazar la propuesta.

En adición a lo expuesto, debe señalarse que la declaración requerida de conformidad con el numeral 3.10, se refirió a dotar al supervisor del contrato de un equipo de comunicaciones, aspecto que no registró conexidad alguna con los criterios o factores de evaluación y, por lo tanto, asistió razón al Tribunal *a quo* en cuanto que la propuesta no podía ser rechazada por la falta de una declaración en este punto, además de que tal como el demandante observó y ya lo evidenció la Sala en caso de que la declaración hubiere sido exigida perfectamente habría lugar a entenderla satisfecha por la afirmación general de aceptación del Pliego de Condiciones y de la minuta del contrato que hizo el oferente con su propuesta.

Se concluye entonces que la imposición de esta declaración en el procedimiento administrativo de licitación no pasó de ser una ritualidad, pues la dotación del equipo estaba prevista como una obligación del contratista en el Pliego de Condiciones y por en la minuta del contrato por cuanto en la misma se incorporaron como obligaciones todas las previstas en el pliego, por lo cual la Secretaría de Gobierno violó el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el principio de fondo sobre la forma en la expedición de las resoluciones acusadas, toda vez que fundó el acto administrativo mediante el cual declaró desierta la licitación pública en la ausencia de una declaración acerca del compromiso de dotar de un equipo de comunicaciones al supervisor del contrato, lo cual no se requería para la comparación de ofertas.

La segunda de las declaraciones aludidas –numeral 3.11- se refirió al compromiso de asumir el monto de las pérdidas en caso de hurto o siniestro hasta por el valor del deducible facturado por la compañía de seguros a la Secretaría de Gobierno, acerca de lo cual pueden tenerse en cuenta las mismas consideraciones en cuanto que tal declaración se debió entender comprendida en la manifestación de aceptación incluida en la carta de presentación de la propuesta.

Adicionalmente, en relación con este requisito del numeral 3.11, se observa que el aspecto del amparo para eventuales pérdidas de bienes que no llegaran a ser pagadas por la compañía aseguradora, fue objeto de observaciones en el procedimiento administrativo de licitación y dio lugar al Adendo No. 2 del Pliego de Condiciones en el cual se introdujeron dos disposiciones relacionadas con el mismo asunto, así:

i) En el Adendo No. 2 del Pliego de Condiciones se adicionó una declaración expresa en el formulario No. 1 del modelo de la carta de presentación de la propuesta y en relación con los eventos de pérdida, en la cual se indicó:

“Que me comprometo a responder por los eventos de pérdida de bienes no asegurados descritos en el D.I. 3.12.”

A su turno, el punto D.I.3.12 definió lo siguiente:

“La empresa de vigilancia deberá reconocer una suma hasta de veinte millones (\$20'000.000) de pesos moneda corriente por cada evento de pérdida o daño de bienes no asegurados y un máximo de trescientos millones de pesos moneda corriente (\$300.000.000) por la totalidad de eventos de pérdida o daño de bienes no asegurados.”

ii) Por otra parte, en el mismo Adendo No. 2 se introdujo una modificación al formulario 5 relacionado con la responsabilidad por pérdida, con la siguiente disposición:

“La propuesta que acredite tener constituida una póliza general de hurto de bienes por mayor valor asegurado obtendrá 10 puntos y a las demás propuestas se otorgará el puntaje en forma proporcional.”

Por lo anterior, se tiene presente que en la estructuración de la Licitación Pública No. 011 de 2000, la Secretaría de Gobierno introdujo la exigencia de una declaración expresa del proponente específicamente contenida en el punto 3.12 correspondiente al compromiso de pago respecto de los eventos de pérdida de bienes no asegurados, pero no requirió declaración expresa alguna acerca del compromiso de pago del valor del deducible, el cual correspondería a un caso diferente en relación con bienes que sí estuvieran asegurados, en cuyas pérdidas la compañía de seguros no cubriría el valor del deducible y por ello la Sala observa que si hubiera sido necesaria una declaración expresa en relación con el numeral 3.11 del Pliego de Condiciones, la Secretaría de Gobierno así habría debido exigirlo en el referido pliego, tal como lo hizo en el Adendo No. 2 en el cual incluyó la declaración expresa y concreta del punto 3.12, exigencia que no realizó en relación con el punto 3.11 pese a que en ese momento evaluó las observaciones y realizó las consideraciones acerca del tema de las pólizas de seguros y la responsabilidad de la compañía de vigilancia en caso de pérdidas de bienes.

Ahora bien, la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD cumplió con la declaración exigida en materia de responsabilidad por pérdidas, única declaración expresa y concreta exigida de acuerdo con el punto 3.12 y a su vez diligenció el formulario No. 5 correspondiente al ítem de responsabilidad por pérdida, con una salvedad acerca de la cobertura de la póliza relacionada en el mismo, por lo cual se

le calificó con cero (0) puntos éste último aspecto, al igual que a todos los proponentes y por ello se concluye que no era procedente pedirle una declaración adicional y diferente en relación con el numeral 3.11.

De todo cuanto antecede se concluye que el rechazo de la propuesta de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD se fundó en motivos no ajustados a la ley ni al pliego de condiciones, lo cual llevará a la Sala a confirmar la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas, mediante las cuales se declaró desierta la Licitación Pública No. 011 de 2000.

6.2. La Falta de notificación de la resolución que prorrogó el plazo para la definir la adjudicación del contrato.

En cuanto corresponde a la alegada falta de notificación de la Resolución No. 1231 de 20 de septiembre de 2000, mediante la cual se prorrogó el plazo previsto en la licitación No. 011 de 2000 para adjudicar el contrato, como causa de la nulidad de las resoluciones acusadas, debe precisarse que ello no se erige en fundamento para la anulación de las Resoluciones No. 1260 del 25 de septiembre de 2000 y No. 1349 de 11 de octubre de 2000 que fueron demandadas, toda vez que resulta evidente que los proponentes tuvieron amplio y oportuno conocimiento de esta prórroga, la cual se produjo antes de la fecha inicialmente prevista para la adjudicación, puesto que todos los proponentes asistieron a la audiencia de adjudicación del 26 de septiembre de 2000, según se probó en el presente proceso.

6.3. Prueba de la inscripción del nombramiento del Revisor Fiscal y su efecto sobre la calificación de los requisitos de capacidad financiera.

En relación con la observación contenida en la Resolución No. 1349 de 2000 acerca de la no inclusión del Revisor Fiscal en el certificado de existencia y representación legal expedido por DANSOCIAL para el caso de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, cabe reafirmar, según se explicó en esta providencia, que la certificación de existencia y representación legal, asignada en su momento a DANSOCIAL para el caso de las cooperativas, era diferente de la certificación de inscripción de documentos asignada a las Cámaras de Comercio en relación con las mismas entidades.

En el caso concreto la inscripción del nombramiento de Revisor Fiscal no hacía parte del certificado de existencia y representación legal que expidió DANSOCIAL, con el cual se probó la debida constitución de la entidad cooperativa y su representación, mas no la inscripción del nombramiento del Revisor Fiscal, por cuanto no era objeto de dicha certificación.

Igualmente se destacó en esta providencia que el registro del nombramiento del Revisor Fiscal en la Cámara de Comercio no es

constitutivo de tal condición, además de que como advirtieron los funcionarios calificadores de la Secretaría de Gobierno en la Licitación Pública No. 011 de 2000, ni en el pliego de condiciones ni en los datos de la invitación se exigió la prueba de la inscripción del nombramiento del Revisor Fiscal en el registro mercantil.

Finalmente se tiene que aunque en el pliego de condiciones no se hizo referencia a la necesidad de presentar estados financieros certificados ni dictaminados por el Revisor Fiscal, en cuanto se refirió únicamente a estados financieros firmados por el representante legal, en este caso específico los estados financieros sí se entregaron certificados y dictaminados, además de que la proponente probó el nombramiento del Revisor Fiscal que suscribió los estados financieros presentados con la propuesta con el acta de nombramiento correspondiente registrada en DANSOCIAL y además acreditó la condición de contador público del mismo con la tarjeta profesional identificada junto a su firma que se anexó a los estados financieros, por lo cual se concluye que la glosa que se consignó en la Resolución No. 1349 de 2000 acerca de la falta del Revisor Fiscal en el certificado de existencia y representación no afectó –ni debió afectar- la procedencia de la calificación de la propuesta, la cual se realizó asignando el puntaje con base en balances suscritos por el Representante Legal, el Contador Público y el citado Revisor Fiscal.

Pues bien, el Distrito Capital de Bogotá hizo constar la falta de la certificación del Revisor Fiscal en el documento con el cual se acreditó la existencia y representación de la Cooperativa, pero no lo constituyó en una de las causas de rechazo de la propuesta, ni de la demandada declaratoria de desierta de la Licitación, no obstante lo cual en el presente proceso resultó importante clarificar la supuesta falla del certificado, toda vez que para obtener la condena a su favor la demandante debió demostrar que presentó la propuesta mejor calificada, para cuyo propósito debió soportarse en los estados financieros certificados que contaron con la firma del aludido Revisor Fiscal.

6.4. El paz y salvo expedido por la DIAN, decaimiento del acto administrativo.

La propuesta del Consorcio Atempí Ltda., - Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda., fue rechazada en las Resoluciones acusadas por falta del requisito establecido en el punto *DI.5.9.* como documento No. 15 esencial, consistente en el certificado de paz y salvo expedido por la DIAN según el párrafo 3º del artículo 57 de la Ley 550 de 1999, disposición que fue modificada en el curso de la Licitación No. 011 de 2000 mediante Adendo No. 2 y se invocó como soporte la Circular 20 de 2000 expedida por la DIAN, en cuanto ésta última disposición precisó que el paz y salvo debía ser específico para la respectiva licitación.

Si bien el requisito mencionado contó inicialmente con un soporte legal a partir de las normativas en cita, no es menos cierto que para la fecha de la Resolución No. 1260 de 2000 mediante la cual se declaró desierta la

licitación, que tuvo lugar el 25 de septiembre, la mencionada Circular No. 20 de 2000 había perdido fuerza ejecutoria toda vez que el artículo 57 de la Ley 550 de 1999 que era la norma regulada por la citada circular fue declarado inexecutable mediante sentencia de la Corte Constitucional de 13 de septiembre de 2000, tal como lo puso de presente el consorcio demandante.

Se agrega aquí que mediante sentencia del 27 de septiembre de 2006 la Circular 20 de 2000 fue declarada nula por el Consejo de Estado⁴³.

La Secretaria de Gobierno también invocó en la Resolución No. 1349 de 2000 un concepto de la misma DIAN acerca de los requisitos del paz y salvo, emitido el 17 de abril de 2000, es decir con fecha anterior a la declaratoria de inexecutable del artículo 57 de la Ley 550 de 1999, por lo cual resulta evidente que ese concepto de la DIAN igualmente perdió obligatoriedad como argumento de interpretación si se tiene en cuenta que la norma legal que desarrollaba fue retirada del ordenamiento jurídico –por virtud de la sentencia que la declaró inexecutable- antes de la fecha en que se declaró desierta la licitación.

El decaimiento de acto administrativo fue específicamente considerado por el Consejo de Estado en la sentencia que declaró la nulidad de la citada Circular No. 20 de 2000, así:

“1.1. La pérdida de fuerza ejecutoria del acto demandado, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la ley en la cual se fundamentó.

La circunstancia de que un acto administrativo haya perdido su fuerza ejecutoria en virtud de que la ley en la cual se fundamentó fue declarada inexecutable, no conduce al pronunciamiento de un fallo inhibitorio como lo pide el demandado, pues la consecuencia de una declaratoria en tal sentido no conlleva la nulidad de los actos administrativos que la desarrollen, sino únicamente su decaimiento a futuro y por lo tanto, tales actos, aunque sin la posibilidad de continuar siendo ejecutados,⁴⁴ aun hacen parte del ordenamiento jurídico y solo podrán ser expulsados del mismo mediante la declaratoria de su nulidad, a través de sentencia judicial en ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico contempla al respecto — artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo—. Lo anterior se desprende del artículo 66 numeral 2° del Código Contencioso Administrativo, así:

(...)

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra, radicación 11001-03-27-000-2000-00011-01, expediente 18.136, sentencia de 27 de Septiembre de 2006, actor: Henry Alfonso Fernández Nieto, demandado: U.A.E. Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian, naturaleza: Acción de Nulidad.

⁴⁴ La subraya no es del texto.

“ART. 66.—Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.”

(...)

*Con fundamento en lo anteriormente expuesto y de cara al caso concreto, observa la Sala que la Ley 550 de 1999, artículo 57 parágrafo 3° —disposición que es el fundamento jurídico de la Circular 0020 de enero 18 de 2000— fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1185 del 13 de septiembre de 2000 y como dicha sentencia en su parte resolutive no modula en el tiempo los efectos del fallo, se entiende que estos son *ex nunc* o a futuro. Es decir, si bien a partir de dicha sentencia, se produjo el decaimiento de la circular acusada, no afectó su validez ni la presunción de legalidad que la amparaba desde el momento en que fue expedida, lo cual permite que la legalidad de esa circular pueda ser revisada en sede judicial, mediante el ejercicio de una acción de nulidad como es el caso del proceso de la referencia⁴⁵. (La subraya no es del texto).*

Por otra parte se hace notar que en el procedimiento de licitación la Secretaría de Gobierno recibió una certificación específica de la Contraloría General de la República en cuanto que ninguno de los proponentes aparecía como responsable fiscal en el Boletín de Deudores Morosos del Estado, con lo cual cubrió en el fondo el mismo asunto acerca del paz y salvo de obligaciones con el Estado, comprendiendo entre ellas a la DIAN, de donde ha debido primar en la calificación del requisito el aludido principio del fondo sobre la forma.

El anterior análisis resulta suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia en el asunto *sub-lite*, mediante la cual se declaró la nulidad de las demandadas Resoluciones No. 1260 y No. 1349 de 2000, por cuya virtud se declaró desierta la Licitación Pública No. 011 de 2000 y se confirmó tal determinación en la vía gubernativa, respectivamente.

6.5. La indemnización de perjuicios por la declaratoria ilegal de desierta de la licitación.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra, radicación 11001-03-27-000-2000-00011-01, expediente 18.136, sentencia de 27 de Septiembre de 2006, actor: Henry Alfonso Fernández Nieto, demandado: U.A.E. Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian, naturaleza: Acción de Nulidad.

En relación con la indemnización de perjuicios demandada por la declaratoria ilegal de desierta de una licitación pública, se tiene que el Consejo de Estado ha tomado diversas posiciones en cuanto a los supuestos en que se aplica y los criterios para calificarla, habiendo establecido finalmente que existe el derecho del proponente mejor calificado a la reparación del daño causado en el supuesto de que la administración declare ilegalmente desierta la licitación pública y éste demuestre en el respectivo proceso –es decir que pruebe en debida forma– que cumplió con los requisitos del pliego de condiciones y que presentó oportunamente la mejor propuesta con arreglo a la ley y a los mandatos de la buena fe.

En relación con la cuantificación del daño, el Consejo de Estado ha considerado que el mismo se entiende causado por el acto ilegal de la declaratoria de desierta de la licitación frente a quien participó en debida forma del procedimiento de licitación y no le fue adjudicado el contrato teniendo el derecho legítimo a ser el adjudicatario y por lo tanto a ejecutar el contrato y generar una utilidad, con fundamento en las disposiciones del artículo 3 de la Ley 80 de 1993⁴⁶.

En el caso concreto se encuentra que procede la indemnización de perjuicios en favor del demandante que demostró ser el proponente mejor calificado, teniendo en cuenta que: **i)** se demostró la ilegalidad de la decisión mediante la cual se declaró desierta la licitación, **ii)** el proponente mejor calificado probó que su propuesta cumplió con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que el puntaje le fue asignado correctamente, de acuerdo con lo cual tenía el derecho a ser el adjudicatario del contrato.

La Sala adoptará aquí los parámetros mencionados acerca de los supuestos y criterios para reconocer el daño causado y confirmará la condena a favor de la entidad demandante que probó haber sido injustamente descalificada y que su propuesta fue la mejor, al paso que confirmará la decisión de negar la indemnización de perjuicios en favor del consorcio demandante en cuanto obtuvo la segunda calificación dentro del procedimiento de licitación, puesto que el Consorcio Atempí Ltda., - Su Oportuno Servicios S.O.S. Ltda., no habría sido el adjudicatario del contrato y no tenía derecho a percibir una utilidad por el mismo, ante lo cual debe negarse su pretensión de indemnización de perjuicios, en la misma forma que lo dispuso el Tribunal *a quo*, en su caso.

6.6. Cuantificación del perjuicio causado por la declaratoria ilegal de desierta de la licitación pública.

⁴⁶ *Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta, al celebrar y ejecutar los contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en los logros de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.* (La subraya no es del texto).

En relación con la cuantificación del perjuicio originado en la declaratoria de desierta de una licitación, el Consejo de Estado ha indicado que el mismo se debe tasar en el 100% de la utilidad neta⁴⁷.

Al respecto se considera que por razón del acto ilegal de la declaratoria de desierta de la licitación el proponente se vio perjudicado y de acuerdo con la posición vigente de la jurisprudencia⁴⁸, se ha de entender que el proponente habría ejecutado el contrato en los términos de la propuesta con lo cual se encuentra que él tendría derecho a percibir una utilidad de la que resultó privado por el acto ilegal del Estado, el cual, en consecuencia, debe responder de acuerdo con los dictados del artículo 90 de la Constitución Política y dentro del marco de su responsabilidad en el procedimiento de la contratación estatal.

Ahora bien, se ha referido como parámetro de la determinación del perjuicio por la declaratoria ilegal de desierta de una licitación pública, el término de utilidad **neta**⁴⁹ con el fin de indicar que la tasación del daño se debe basar en la utilidad final prevista para el contrato, sin incluir sumas por costos directos e indirectos ni los gastos de administración e imprevistos en los que no tuvo que incurrir el proponente para ejecutar el contrato. En otras palabras, frente al denominado A.I.U. (administración, imprevistos y utilidades) del contrato, sólo se puede tomar como base de la tasación del perjuicio por el acto ilegal de declaratoria de desierta de la licitación el monto de la utilidad (U) más no el valor por concepto de los gastos de administración (A) ni el de los imprevistos (I).

Se agrega que el demandante tiene derecho a solicitar la actualización del monto del perjuicio causado, con apoyo en el numeral 8º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la utilidad esperada y no recibida debe reconocerse en condiciones económicas equivalentes y que el valor real del dinero se modifica de acuerdo con las condiciones del mercado.

Ahora bien, para la actualización del perjuicio reclamado la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que en tratándose de la utilidad esperada esta debe ser liquidada **a partir de la fecha en que se habría terminado el contrato**⁵⁰, en cuanto que razonablemente se tiene que la

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, sentencia del 22 de octubre de 2012, radicación 05001-23-24-000-1995-00935-01.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, noviembre 27 de 2002, exp. 13.792.

⁵⁰ *“Ahora bien, el período aplicable para actualizar la condena sobre la utilidad dejada de percibir, conforme lo ha señalado la Sala, inicia generalmente con la fecha pactada para la terminación del contrato, pues en ese momento se concreta el perjuicio por la privación a percibir dicho rubro. La actualización o indexación del valor propuesto como utilidad del contrato, procede en consideración a los efectos nocivos que el transcurso del tiempo produce respecto del poder adquisitivo de la moneda colombiana. No obstante, en el presente caso, se modificará la fecha de terminación tomada por el Tribunal, toda vez que en el contrato 10121 de 1994 se presentaron las siguientes particularidades: i) no hubo acta de iniciación de la obra y ii) el plazo para ejecutar la obra no empezó a correr desde la fecha del contrato, ni desde su perfeccionamiento, por el pacto contractual. (...)*

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la fecha de la terminación del contrato para efectos del cálculo de la actualización de la utilidad dejada de percibir, no se debe establecer en cinco meses a partir del contrato, ni a partir del vencimiento del plazo de entrega de los documentos para iniciar ejecución, sino que -no existiendo fecha de iniciación de

utilidad se consolida en el momento en que termina el correspondiente vínculo contractual.

En cuanto se refiere a la prueba de la utilidad dejada de percibir es claro que la carga de la prueba de la determinación del perjuicio corresponde a la parte que lo demanda, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, de manera que ella debe acreditar cuál era la utilidad neta esperada en el contrato, toda vez que si bien el contratista tienen derecho a una utilidad de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y se supone que dentro del procedimiento de licitación presentó una propuesta en condiciones tales que el contrato le habría dejado un margen de ganancia o utilidad en términos económicos, el monto de **la utilidad no se presume, debe probarse**, bien por la determinación que aparezca en la propuesta o por la que se demuestre en el proceso.

Por lo anterior, si no hubiere un porcentaje de utilidad previsto en la propuesta o dentro de los documentos aportados en el procedimiento de licitación, le corresponderá al demandante probar acerca del mismo, toda vez que una cosa es el valor de la propuesta y otra la utilidad que realmente había previsto de acuerdo con la particular estructuración de costos del proponente.

En el caso particular en ningún documento de la Licitación No. 011 ni en las respectivas propuestas se identificó el valor o porcentaje del AIU, ni el de la utilidad, el cual habría servido como prueba para establecer el monto del perjuicio; en el curso del presente proceso judicial el demandante acudió a presentar certificación del Revisor Fiscal con base en la cual determinó un excedente dejado de percibir en el contrato por la suma de \$220'000.000, suma que fue aceptada por el Tribunal *a quo* como base de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia.

La entidad apelante alegó que tal certificación no constituyó prueba suficiente de la utilidad dejada de percibir toda vez que no hubo una prueba pericial practicada dentro del proceso y que el valor del excedente certificado por el revisor fiscal no correspondió a la utilidad dentro del AIU del contrato, la cual no fue establecida.

La Sala observa que en efecto no hubo una prueba pericial acerca del monto del perjuicio sino únicamente la documental mencionada, pero dado que al respecto no existe una tarifa legal, es claro que el monto del perjuicio puede ser probado por cualquier medio idóneo, ante lo cual procede el análisis de la certificación allegada para determinar los elementos probatorios que se aportaron con la certificación y su suficiencia para efectos de fundar el valor de la condena impuesta por el Tribunal *a quo*.

la obra para calcular la terminación proyectada de la misma- se debe establecer la fecha de terminación del contrato con base en del Acta de Terminación acordada por las partes."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 21 de Noviembre 2012, radicación: 440012331000200100779 01, expediente: 25.643, actor: Sociedad Ojeda Brito Ltda., demandado: Instituto Nacional De Vías – Invias, referencia: Contractual – Apelación Sentencia.

Naturalmente se impone recordar la conclusión contenida en la certificación suscrita por el Revisor Fiscal y aportada al proceso no es de carácter obligatorio para fundar la conclusión que deba adoptar el Juez sobre el monto del perjuicio, ni lo releva de identificar y valorar además de la idoneidad de las fuentes utilizadas, la metodología aplicada y los resultados obtenidos, para determinar la pertinencia de sus conclusiones al caso concreto.

En consecuencia, la Sala procede a observar lo siguiente:

i) La certificación aportada se apoya en dos fuentes: el valor de la propuesta y los costos por vigilante que tenía COOSEGURIDAD. La primera de las fuentes es un documento allegado al proceso, lo cual no presenta inconveniente en cuanto a la información respectiva y la segunda fuente corresponde a un aspecto contable, cual es el de los costos, en este caso el costo que registraba la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD causado por el pago a sus vigilantes, sobre el cual sí podía certificar el Revisor Fiscal en tanto en cuanto se apoyó en la contabilidad del proponente (la cual habría sido la misma fuente objeto del dictamen pericial si se hubiera decretado y practicado) toda vez que la estructura de costos de cada proponente depende de la particular forma en que esté organizada su empresa, y sin duda una fuente para determinar los costos que tendría que asumir para prestar un servicio es la contabilidad de la operación en marcha en relación con el mismo.

ii) Por lo anterior se concluye que la certificación expedida por el Revisor Fiscal era suficiente prueba acerca de los costos que habría tenido que absorber COOSEGURIDAD en la ejecución del contrato, si se tienen en cuenta que la certificación indicó que “el costo para la Cooperativa” era el relacionado en la contabilidad de esa empresa.

Se agrega que el valor de los costos puede tenerse por válidamente probado con la certificación toda vez que el Revisor Fiscal en su condición de contador público puede certificar acerca de los saldos de la contabilidad de conformidad con el artículo 43 de la Ley 79 de 1988⁵¹ para el caso de las

⁵¹ Artículo 43 Ley 79 de 1988. “Las funciones del Revisor Fiscal serán las señaladas en los estatutos y reglamentos de la cooperativa y se determinarán teniendo en cuenta las atribuciones asignadas a los contadores públicos en las normas que regulan el ejercicio de la profesión, así como aquellas que exigen de manera especial la intervención, certificación o firma de dicho profesional.”

Cooperativas y que además la Ley 43 de 1990 estableció unas condiciones para garantizar la idoneidad e independencia respecto del Revisor Fiscal, en todo lo cual puede apoyarse el Juez para llegar a la certeza sobre el contenido de la certificación contable –en este caso acerca de los costos- la cual además está amparada por la presunción de autenticidad, no habiéndose alegado ni demostrado nada en contrario, en la oportunidad para controvertir la prueba.

iii) No obstante se observa que en la certificación aportada al proceso el Revisor Fiscal no discriminó los gastos por administración e imprevistos que registraba la Cooperativa en los servicios de vigilancia prestados, lo cual ha debido considerarse para establecer el excedente o utilidad final que se invocó como valor del perjuicio causado y en este caso no escapa a la Sala la diferencia que existe en el concepto contable entre “costos” y “gastos”⁵², la cual se ha de tener presente en el análisis de las cifras objeto de la certificación del Revisor Fiscal por provenir precisamente de un experto en asuntos contables.

Se aclara que en la certificación expedida por el Revisor Fiscal el mencionado profesional llegó a determinar un cálculo del excedente⁵³ mediante la operación matemática de diferencia entre el valor de la propuesta y los costos correspondientes al servicio, en cuanto se trata de una metodología válida pero incompleta para establecer el valor de la utilidad o excedente –final o neto- que se habría generado por la ejecución del contrato, puesto que en la cifra arrojada en la certificación le faltó deducir el valor de los gastos por administración e imprevistos, para llegar a un concepto de excedente o utilidad neta que corresponda al que ha adoptado la jurisprudencia como base para cuantificar el perjuicio del

Artículo 2 Ley 43 de 1990, “De las actividades relacionadas con la ciencia contable en general. Para los efectos de esta ley se entienden por actividades relacionadas con la ciencia contable en general todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes sobre estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamentos en los libros de contabilidad, revisoría fiscal prestación de servicios de auditoría, así como todas aquellas actividades conexas con la naturaleza de la función profesional del Contador Público, tales como: la asesoría tributaria, la asesoría gerencial, en aspectos contables y similares.

⁵² Decreto 2649 de 1993.

ARTICULO 39. COSTOS. Los costos representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos.

ARTICULO 40. GASTOS. Los gastos representan flujos de salida de recursos, en forma de disminuciones del activo o incrementos del pasivo o una combinación de ambos, que generan disminuciones del patrimonio, incurridos en las actividades de administración, comercialización, investigación y financiación, realizadas durante un período, que no provienen de los retiros de capital o de utilidades o excedentes.”

⁵³ El término “excedentes” que se utilizó en la certificación, se entiende consistente con el régimen económico de las Cooperativas si se tiene en cuenta que estas entidades no generan ni reparten utilidades, sino que establecen “excedentes o pérdidas”, encontrándose los primeros sometidos a la destinación a los fondos sociales en los términos de ley.

proponente, causado por el acto administrativo de la declaratoria ilegal de desierta de la licitación.

La Sala concluye entonces que la certificación aportada por el demandante sirvió como prueba acerca del monto del excedente antes de deducir los gastos de administración e imprevistos, de manera que la cifra se entiende equivalente al concepto de AIU del contrato.

iv) Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar el valor de la utilidad o excedente neto con base en la cifra objeto de la certificación del Revisor Fiscal -a lo cual la Sala estima que debe proceder con el propósito de concretar la base de la condena- resulta procedente acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado la cual ha fijado un parámetro en aquellos casos en que se cuenta con el valor del AIU previsto para el respectivo contrato sin que exista determinación acerca del valor o porcentaje que representa cada uno de tales componentes del citado AIU, el cual consiste en asumir para efectos de concretar el valor de la condena, que los tres ítems tienen el mismo peso dentro del concepto de AIU, de manera que si no existe otra prueba que permita determinar el monto específico de la utilidad dentro del AIU, se debe dividir la cifra del AIU entre tres, vale decir por iguales partes, lo cual constituye un supuesto de valoración de la prueba que respeta la equidad⁵⁴.

Por lo anterior para estimar el valor del excedente o utilidad neta dejado de percibir y determinar así el monto del perjuicio causado, se dividirá entre tres la suma del excedente –que como se observó corresponde al AIU- establecido con base en la certificación del Revisor Fiscal, así: .

$$\$220'000.000 / 3 = \$73'333.333,33$$

Se advierte que no se tomará como parámetro para esta liquidación el dictamen pericial que obra en el expediente No. 28.598 ahora acumulado,

⁵⁴. “En los documentos anexos al contrato se indicó como porcentaje de AIU, el 25% de los costos directos, sin que se hubiera especificado el valor concreto de cada uno de los elementos que lo integran. Por esa razón dicho porcentaje se dividirá en 3 para definir el porcentaje total de utilidad proyectada. El valor correspondiente a la utilidad proyectada será indexado desde la fecha en que el contratista lo hubiera percibido efectivamente, esto es, desde la fecha en que habría terminado la ejecución del contrato, determinada según el plazo contractual, hasta la fecha de esta sentencia” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 28 de Septiembre de 2006, radicación número: 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307), actor: Sergio David Martínez Sánchez, demandado: Municipio de Coyaima –Tolima, referencia: apelación sentencia contratos. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 14 de octubre de 2011, radicación número: 0500123260001997103201 (20811), actor: Juan Manuel Franco Pérez, demandado: Municipio de Bello (Antioquia), Asunto: Acción de nulidad y restablecimiento del Derecho- Asuntos Contractuales (Apelación Sentencia),

acerca de la tasación de la utilidad dejada de percibir, toda vez que el respectivo perito contable acudió a determinar los costos y gastos con base tanto en el salario mínimo de la fecha en que elaboró el dictamen (2003), como en el Decreto 073 de 2002 mediante el cual se fijó la tarifa mínima de cobro de servicios de vigilancia y el porcentaje de los gastos de administración, supervisión, impuestos y utilidades, así como se apoyó en la Circular No. 007 de 2003 expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mediante la cual se impartieron instrucciones para aplicar la proporcionalidad en el cobro de las tarifas fijadas por el Decreto 073 de 2002 y así en ese dictamen se determinó un porcentaje de utilidad del 10% pero todo ello con apoyo en normas que se expidieron en la regulación de tarifas del servicio de vigilancia dos años después de la Licitación No. 011 de 2000 y por lo mismo no pueden aplicarse el referido dictamen pericial al caso concreto.

Por lo tanto la Sala confirmará la condena a cargo del Distrito Capital de Bogotá pero reducirá el valor de la misma, de acuerdo con el análisis de la prueba y las consideraciones anteriormente expuestas, las cuales han sido desarrolladas en el marco del recurso de apelación presentado por la entidad demandada.

Igualmente se aplicará la fórmula de actualización de perjuicios, de acuerdo con las pruebas aportadas y la jurisprudencia vigente, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la variación del índice de precios desde el mes en que debió terminar el contrato -teniendo en cuenta el plazo de 11 meses que era el fijado para el contrato en la Licitación No. 011 de 2000, con lo cual el contrato terminaría en septiembre de 2001 (la duración del contrato era de 11 meses entre noviembre de 2000 y septiembre de 2001) hasta la fecha de la sentencia, con base en la siguiente fórmula tradicionalmente aplicada por esta Corporación:

$$Va = Vh \times \text{índice de precios final} / \text{índice de precios inicial}$$

Va: Valor actualizado.

Vh: Valor histórico.

Índice de precios final, correspondiente al publicado para el mes de junio de 2013⁵⁵: 113,75.

Índice de precios inicial, correspondiente al mes de septiembre de 2001⁵⁶: 66,30.

$$Va = 73.333.333,33 \times 113,75 / 66,30$$

$$\mathbf{Va = 125'816.993.45}$$

⁵⁵ Fuente: www.dane.gov.co., indicadores económicos, precios, índice de precios al consumidor, series de empalme.

⁵⁶ *Ibíd.*

No se probaron perjuicios morales, por lo cual no procede pronunciamiento en este aspecto.

Se agrega que no se demandó el reconocimiento de intereses por parte de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, por lo cual tampoco procede un pronunciamiento sobre este punto.

Por su parte, el Consorcio Atempí Ltda., - Su Oportuno Servicios S.O.S. no tiene derecho a los perjuicios demandados en su caso, teniendo en cuenta que no hubiera sido el adjudicatario del contrato.

7. 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,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMÁNSE las sentencias proferidas el once (11) de mayo de 2004 por la Sección Tercera Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el veinticuatro (24) de julio de 2004 por la Sección Tercera Subsección B del citado Tribunal, en cuanto se declaró la **LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES** No. 1260 del 25 de septiembre de 2000 que declaró desierta la Licitación Pública 011 de 2000 y la Resolución No. 1349 del 11 de octubre de 2000, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la primera.

SEGUNDO: MODIFICASE la sentencia proferida el once (11) de mayo de 2004 por la Sección Tercera Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto al valor de la **CONDÉNA** impuesta al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ -SECRETARÍA DE GOBIERNO- la cual quedará así:

CONDÉNASE al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ -SECRETARÍA DE GOBIERNO- a pagar la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$125'816.993.45) a favor de la Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD.

TERCERO: DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda presentada por Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD, así como las demás súplicas de la demanda presentada por el Consorcio Atempí Ltda., –Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda.

CUARTO: Désele cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: 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