

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Adjudicación – Prestación de servicios – Mejor derecho

De conformidad con las disposiciones contenidas en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 13 y 21 del Decreto 679 de 1994, el Banco Agrario de Colombia S.A., estaba sometido a las reglas y principios que rigen la contratación estatal y debió observar las normas de la Ley 80 de 1993 sobre los procesos de selección para proceder a la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios de Gestión Documental y adicionalmente, de acuerdo con los artículos 3º, 21 y 22 del Manual de Contratación del Banco Agrario de Colombia S.A., los contratos conexos con la actividad bancaria con cuantía superior al 2% de su presupuesto, se debían someter al procedimiento de licitación o concurso público según a las reglas de la Ley 80 de 1993, Observó la parte demandante que el Banco Agrario de Colombia S.A., comunicó en su carta de 14 de marzo de 2002 un acto administrativo de adjudicación de contrato en el cual ignoró las condiciones establecidas en los Términos de Referencia, puesto que no adjudicó a la propuesta más favorable y se apartó del deber de selección objetiva establecido en la Ley 80 de 1993.

JURISDICCION ORDINARIA – Competencia

En cuanto a los contratos celebrados por las entidades financieras estatales, tanto la Sección Tercera como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado habían aceptado la competencia de la jurisdicción ordinaria en cuanto a los procesos relacionados con actividades por fuera del giro ordinario de los negocios y en especial en cuanto a los procesos ejecutivos de las obligaciones derivadas de las operaciones de crédito bancario a favor de particulares, observando específicamente para el caso del Banco Agrario de Colombia S.A.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedencia – Actos precontractuales – Término de caducidad – Procedencia – Actos precontractuales – Término de caducidad

De acuerdo con los dictados del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, resulta legalmente posible demandar los actos proferidos antes de la celebración del contrato –denominados actos previos- en forma separada dentro de los treinta [30] días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, pero cuando se hubiere celebrado el contrato respectivo, según se dispuso en el inciso segundo de la norma citada, los actos previos solamente pueden ser demandables con el contrato mismo [...] En el evento de ocurrir la celebración del contrato que ha sido adjudicado mediante el acto previo, ha observado el Consejo de Estado que el término de caducidad de la acción orientada a obtener la nulidad del contrato será de dos [2] años siguientes al perfeccionamiento del contrato, de acuerdo con los dictados del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, siendo claro en la misma norma que la acción respectiva la puede interponer cualquier persona interesada y, obviamente, asiste el interés legítimo para demandar la nulidad del contrato a aquellos proponentes que no resultaron favorecidos con la adjudicación y que están interesados en obtener la anulación del respectivo acto contractual.

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO – Notificación – No opera

La Sala concluye que para la fecha en que se presentó la demanda no había operado la caducidad de la acción prevista en el referido artículo 87 del Código Contencioso Administrativo para iniciar la acción judicial contra el acto de adjudicación del contrato, toda vez que ni siquiera había empezado a correr el plazo de ley por la falta de la debida comunicación, notificación o publicación del referido acto de adjudicación a la proponente que ahora actúa como demandante. Por otra parte, dado que el contrato de prestación de servicios para el proyecto de gestión documental adjudicado a la Unión Temporal GESIP se firmó el día 11 de abril de 2002, al paso que la demanda se radicó el 11 de junio de 2002 y dado que no hay prueba alguna de la debida comunicación del Acto de Adjudicación a la demandante, se impone concluir que el término de caducidad debe establecerse a partir de la fecha en que se evidenció la notificación acerca del mismo, en este evento por conducta concluyente, una vez que la parte demandante presentó personalmente la respectiva demanda con copia del referido contrato de prestación de servicios, por lo cual se concluye también que no ocurrió la caducidad de la acción puesto que la acción se ejerció dentro de los dos [2] años siguientes al perfeccionamiento del contrato adjudicado, de acuerdo con el término previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – Alcance

La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de alcance que corresponde al concepto legal del «giro ordinario de las actividades» y de las operaciones conexas al mismo, en relación con lo cual concluyó que la referida conexidad se debe concretar en cada contratación, de acuerdo con la relación de medio a fin existente entre la respectiva actividad y la función principal de la entidad financiera definida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

CONTRATACION DE ENTIDADES FINANCIERAS – Ley 80 DE 1993 – Inaplicación

De acuerdo con la disposición contenida en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, no había lugar a la aplicación del estatuto de contratación estatal a los procedimientos de selección y a los contratos celebrados por las entidades financieras de carácter estatal en tanto el objeto del respectivo vínculo estuviere encaminado a desarrollar actividades propias de las operaciones del giro ordinario de los negocios, siempre y cuando su valor no excediera el monto equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales o al 2% del presupuesto de la respectiva entidad, si esta última cifra fuere superior.

ENTIDADES SECTOR FINANCIERO – Normativa – Derecho privado

La inaplicación del estatuto de contratación estatal significó para las entidades financieras estatales la posibilidad de obrar en las operaciones autorizadas, bajo las reglas de contratación del derecho privado aplicables a la generalidad de las entidades del sector financiero -con las cuales se encontraban en competencia- más no las liberó de la obligatoriedad de respetar y desarrollar en su actividad las disposiciones de orden constitucional y las contenidas en el Código Contencioso Administrativo -que les corresponde cumplir como entidades que hacen parte de la estructura del Estado- acerca de los principios de la función administrativa y los demás deberes que se le imponen a las entidades públicas. [...] La aplicación del derecho privado a las entidades financieras de carácter estatal no puede tenerse en modo alguno como sinónimo de ausencia de principios y reglas -precontractuales o contractuales- ni constituye para los administradores o para la propia entidad creada con los recursos del Estado una capacidad de definición y actuación unilateral sin consideración a los principios, motivos y razones de interés público en que se inspira la actividad del Estado y a los derechos de quienes participan en los respectivos procedimientos.

MANUALES DE CONTRATACION – Competencia

Al respecto se impone precisar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, se encuentra reservada exclusivamente al Congreso de la República la facultad de «expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional», lo cual permite reiterar que las entidades públicas no pueden invadir, en modo alguno, la órbita del legislativo en la expedición de sus Manuales de Contratación.

BUENA FE – Concepto – Deberes

En palabras de la Corte Constitucional, el principio de la Buena Fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política corresponde a «una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro que otorga la palabra dada. [...] dentro de los deberes colaterales a la obligación de proceder de Buena Fe en la etapa precontractual merecen destacarse para los propósitos de esta sentencia: i) el deber de información –descrito en el párrafo antecedente- sobre el cual existen desarrollos positivos en el derecho del consumidor y en los servicios públicos, incluido precisamente el servicio financiero, ii) la regla de «venire contra factum proprium non valet» , de acuerdo con la cual no es válida la pretensión que contradice el acto propio anterior y, iii) el deber de coherencia planteado también por la doctrina y la jurisprudencia , el cual se enuncia como la obligación de obrar en forma consistente o congruente con el marco legal que regula la actividad y con la propia conducta precedente.

JUNTA DIRECTIVA DE ENTIDADES FINANCIERAS – Presupuesto – Límite

El presupuesto de ingresos y gastos de las entidades financieras públicas se debe aprobar por su Junta Directiva u órgano competente, para ser ejecutado en vigencias anuales, a más tardar el 31 de diciembre de cada año. 2. El presupuesto de gastos debe incluir tanto los gastos operacionales como los no operacionales; 3. De acuerdo con el presupuesto de gastos aprobado, la Junta Directiva u órgano competente debe autorizar las apropiaciones o asignaciones de gasto dentro del respectivo presupuesto, esto es el valor asignado a cada uno de los rubros que integran el presupuesto, para comprometer y ejecutar el gasto, las cuales constituyen autorizaciones máximas

de gasto para la administración de la respectiva entidad; 4. Las apropiaciones establecidas por la Junta Directiva u órgano competente sólo podrán modificarse mediante una nueva aprobación de la misma; En consecuencia, la apropiación o asignación presupuestal definida por la Junta Directiva u órgano competente para el gasto con cargo al presupuesto público constituye un límite para la administración de la entidad financiera estatal, en cuanto a la destinación y a la cuantía para comprometer el gasto.

JURISDICCION DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO – Competencia

Por disposición del Código Contencioso Administrativo vigente para este proceso, las controversias surgidas en relación con el acto de adjudicación y los contratos celebrados por las entidades públicas financieras, se someten a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por razón del órgano que los realiza, con independencia de que para los mismos no aplique el estatuto de contratación estatal, sino el estatuto especial de la respectiva actividad y las normas del Código de Comercio y el Código Civil. En este sentido, las consideraciones expuestas acerca de la competencia de esta Jurisdicción sustentan el rechazo de la excepción de falta de jurisdicción que fue decretada en la primera instancia y en consecuencia la Sala procederá a conocer de fondo sobre el caso concreto. Vale la pena agregar que en el caso sub lite la controversia no se refirió a la cobranza de un crédito bancario, de manera que no hay lugar a concluir que pueda ser la jurisdicción ordinaria, reconocida en su oportunidad para conocer de los procesos ejecutivos originados en contratos bancarios celebrados por el Banco Agrario de Colombia S.A., la competente para conocer del presente proceso, de conformidad con las puntualizaciones que realizó el Consejo de Estado en las providencias ya citadas.

PRESUPUESTO - Límite

En relación con la conducta que se acaba de observar, la Sala no acoge la justificación que en su defensa esgrimió el apoderado del Banco demandado, según la cual la Invitación Pública No. 2001-18 podía adelantarse sin informar acerca del presupuesto asignado a la contratación, toda vez que esa cifra constituía un límite interno de la capacidad legal del Banco para contratar que ha debido ser conocido por los proponentes para evitar propuestas que el Banco no pudiera aceptar y por la misma razón se hacía necesario comunicar la información con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento para todas las partes, cuestión que, además constituye un obvio desarrollo de los principios constitucionales de publicidad, de moralidad, de imparcialidad y de eficacia a cuya observancia se encuentra obligado y sometido el Banco demandado en el desarrollo de todas sus actuaciones, incluidas claro está, las de naturaleza contractual.

DEBER DE INFORMACION – Buena fe

La Sala encuentra que la negativa a entregar la información en cuanto al presupuesto estimado y disponible para esta contratación, constituyó una falta al deber de información, tanto frente a los interesados y los proponentes como a la entidad que se contrató para realizar la evaluación de las ofertas, el cual era exigible dentro del principio de la Buena Fe precontractual prevista en el artículo 871 del Código de Comercio sin que ese hecho pueda ser imputado en manera alguna a los proponentes ni a la Universidad que actuó como evaluadora, toda vez que, como ya se dijo, el Banco Agrario de Colombia S.A., no incorporó esa información dentro del documento de Términos de Referencia, como tampoco la puso de presente frente al Comité de Contratación, toda vez que omitió concretamente la información acerca del valor del presupuesto aprobado en la respectiva vigencia, así como la del límite de la apropiación para el respectivo contrato.

INVITACION PUBLICA – Mejor oferente – Prohibición - Modificación

En relación con el deber de adjudicar al mejor oferente, la Sala estima que el mismo resultaba imperativo para el Banco, aún si aceptara que los términos de referencia no constituían una oferta comercial de conformidad con las previsiones del artículo 864 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta que en este caso se anunció una Invitación Pública con el objeto de seleccionar el contratista bajo unos criterios expresamente definidos, por lo cual al guardar un mínimo de consistencia con esa actuación, obligatoriamente debe concluirse que en virtud del principio de la Buena Fe y del deber de coherencia, el Banco no podía luego argumentar que en realidad el procedimiento que diseñó y puso en marcha para la escogencia de un proponente y la consiguiente celebración del respectivo contrato, en verdad tenía un objeto y un propósito bien diferente por cuanto lo que se perseguía era simplemente realizar un sondeo de mercado sin compromiso alguno respecto de la contratación.

PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA - Empate técnico – Calificación administrativa

En torno a la adjudicación realizada en el caso de la Invitación Pública No. 2001 -18 debe observarse la violación del principio de selección objetiva por razón de la adopción de un supuesto pero en realidad inexistente empate técnico, no previsto dentro de los Términos de Referencia, el cual fue planteado para dar paso a la alternativa de adjudicación a la propuesta más conveniente, apartándose de la obligación de calificación objetiva y por lo tanto constituyó una violación de los principios de la función administrativa según los dictados del artículo 209 de la Constitución Política, particularmente de los principios de Imparcialidad, Igualdad, Moralidad el cual incluye la Transparencia, que se encontraban reiterados los Términos de Referencia, en cuyo contenido se manifestó a los proponentes que la adjudicación se haría siguiendo el principio de selección objetiva, todo lo cual resulta totalmente contrario a la adjudicación por conveniencia que finalmente se utilizó como fundamento de la decisión.

DECLARACION DE ENTENDIMIENTO – Rechazo de propuesta

La Sala debe observar que en este proceso de Invitación Pública 2001-18, dentro de los formatos definidos para presentar las propuestas, se incorporó una declaración de entendimiento en el siguiente sentido: «Finalmente, entendemos que el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., no está obligado a aceptar la más baja ni cualquiera de las propuestas presentadas». [...] se concluye que la declaración de entendimiento antes citada no puede interpretarse como una renuncia a la igualdad de trato de los proponentes ni aceptación alguna a la adjudicación por conveniencia, puesto que ello resultaría palmariamente violatorio de los aludidos principios constitucionales que por igual están llamados a informar y orientar la actividad contractual de la entidad demandada.

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DE CONTRATO – Causa

Se encuentra probado en este caso que la Pontificia Universidad Javeriana planteó dos alternativas al Comité de Contratación: aplazar la adjudicación del contrato en espera de la definición de la solución tecnológica para el «core» bancario o acogerse a la posibilidad de asumir un empate técnico entre los puntajes asignados y adjudicar a la Unión Temporal GESIP, observando la conveniencia para el Banco de contar con la experiencia específica de ese proponente especialmente en la etapa de diagnóstico, alternativa esta última por la que optó el Comité de Contratación del Banco bajo la recomendación de la Gerencia Administrativa del mismo, con el supuesto de encontrarse en un procedimiento regido por el derecho privado bajo el cual equívocamente estimó que se le permitía adjudicar el contrato por una conveniencia encontrada a posteriori, cuando ese acto resultaba contrario a los principios de Imparcialidad, Moralidad e Igualdad que se le imponían por el artículo 209 de la Constitución Política y tampoco se encontró en coherencia con los documentos de la Invitación Pública, ni con los factores de calificación definidos en los Términos de Referencia, ni con la calificación de propuestas sobre la cual se dio la oportunidad de presentar observaciones. La Sala procederá a declarar la nulidad del acto de adjudicación del contrato dentro de la Invitación Pública No. 2001 – 18, así como la del respectivo contrato celebrado.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS – Procedencia

No puede liquidarse la pretensión de la parte demandante formulada por concepto de perjuicios con base en las utilidades que esperaba del contrato que se le debió adjudicar, toda vez que solicitó la condena en perjuicios por una cifra que no acreditó con soporte o fundamento alguno, teniendo en cuenta que ni en los términos de referencia ni dentro de la propuesta se discriminó el AIU del contrato ni la utilidad esperada dentro del mismo, amén de que no se solicitó ni se ordenó una prueba para determinar la referida utilidad.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS – Reconocimiento

En el caso concreto se encuentra que procede la indemnización de perjuicios en favor de la parte demandante, teniendo en cuenta que: i) se demostró la ilegalidad de la decisión mediante la cual se decidió adjudicar el contrato invocando razones de conveniencia, en favor del proponente que presentó el segundo mejor puntaje y en violación de los derechos de la parte demandante como proponente que logró el primer puntaje; ii) el proponente mejor calificado, quien es el actual demandante, probó que su propuesta cumplió con los requisitos establecidos en los términos de referencia y que el puntaje le fue asignado correctamente, de acuerdo con lo cual tenía el derecho a ser el adjudicatario del contrato.

CONDENA EN ABSTRACTO – Procedencia – Liquidación

Toda vez que en el expediente no reposan elementos de juicio a partir de los cuales pudiera establecerse la cuantía del perjuicio, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, se condenará en abstracto al Banco Agrario de Colombia S.A., a pagar a la parte demandante integrada por las sociedades Databox S.A., y Tandem S.A., a título de indemnización de perjuicios, la suma que se establezca por el Tribunal a quo, para cuya liquidación se tendrá en cuenta la suma que se determine en el trámite del incidente de liquidación de perjuicios para cuyo efecto se establecerá la utilidad neta que se demuestre con base en los siguientes parámetros, establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

LIQUIDACION DE INTERESES – Alcance

Acerca de los intereses solicitados por la parte demandante en relación con el perjuicio causado, la Sala establece que deberán liquidarse sobre la suma que se establezca para el perjuicio, a la tasa del interés legal civil del 6% referida en el artículo 1617 del Código Civil, teniendo en cuenta que en este caso no se originan en una obligación dineraria de que trata el artículo 884 del Código de Comercio, ni se puede aplicar el interés moratorio contractual previsto en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, toda vez que para el presente proceso el perjuicio no se predica en el escenario de la obligación contractual en mora.

NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Condena

La Sala revocará la sentencia impugnada y en su lugar declarará la nulidad del acto administrativo demandado y condenará en abstracto a la entidad demandada, Banco Agrario de Colombia S.A., a pagar los perjuicios causados al demandante por razón de su frustrada participación y la vulneración de sus derechos en la Invitación Pública 2001-18.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763)

Actor: UNION TEMPORAL DATABOX S.A. Y TANDEM S.A.

Demandado: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el diecinueve (19) de enero de 2004 por la Sala de Descongestión,

Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual en su parte resolutive dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de FALTA DE JURISDICCIÓN, propuesta por la demandada.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: No hay lugar a condenar en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 12 de junio de 2002, las sociedades Databox S.A., y Tandem S.A., integrantes de la Unión Temporal Databox S.A., - Tandem S.A., obrando mediante poder otorgado por cada uno de sus representantes, se dirigieron contra el Banco Agrario de Colombia S.A., con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare la NULIDAD del acto administrativo de adjudicación de la Invitación Pública 2001 -18 contenido en la Carta del 14 de marzo de 2002 expedida por la Vicepresidencia Administrativa y de Desarrollo Humano del Banco Agrario de Colombia S.A., en cuanto que en desarrollo de la Invitación Pública No. 2001-18, dispuso adjudicar el Contrato de Prestación de Servicios Técnicos para el Desarrollo e Implementación del Proyecto de Gestión Documental, a la Unión Temporal GESIP (GESFOR COLOMBIA LTDA., INFORMÁTICA GESFOR e INVESTIGACION Y PROGRAMAS S.A.), por un valor de \$4.162'079.578, toda vez que ésta fue proferida vulnerando las normas, procedimientos y principios que rigen la contratación estatal, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, desconociéndose con ello la mejor propuesta presentada por la Unión Temporal DATABOX S.A. – TANDEM S.A., según los criterios de evaluación establecidos en los Términos de Referencia de la Invitación Pública 2001-18.

SEGUNDA. Que consecuentemente se declare la NULIDAD ABSOLUTA del Contrato de Prestación de Servicios Técnicos para el Desarrollo e Implementación del Proyecto de Gestión Documental de fecha 11 de abril de 2002 suscrito entre el Banco Agrario de Colombia S.A. y la Unión Temporal GESIP, toda vez que el acto de adjudicación proferido por el Banco Agrario de Colombia S.A. dentro de la invitación pública No. 2001-18 es ilegal por haberse proferido vulnerando las normas, procedimientos y principios que rigen la contratación estatal, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, desconociéndose con ello la mejor propuesta presentada por la Unión Temporal DATABOX S.A. – TANDEM

S.A. según los criterios de evaluación establecidos en los términos de referencia de la invitación pública No. 2001-18.

TERCERA. Que en consecuencia y para efecto del restablecimiento de los derechos desconocidos a mi mandante con la adjudicación ilegal del Contrato de Prestación de servicios Técnicos para el desarrollo e implementación del Proyecto de Gestión Documental cuya anulación impetrio, se condene al Banco Agrario de Colombia S.A. a reconocer y pagar a la Unión Temporal DATABOX S.A., – TANDEM S.A., el valor de los perjuicios que le fueron causados por la no adjudicación de la Invitación Pública No. 2001-18, a la que tenía derecho, los cuales se consideran equivalentes al del valor de la utilidad esperada del contrato correlativo a la Invitación Pública, es decir a la suma de MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS (\$1.264'782.860,00) por concepto de daño emergente constituido por las sumas que hubiere percibido como rendimiento de utilidades normales derivados de la Gestión Documental en cada una de las fases establecidas en el contrato, de acuerdo con la tabla de perjuicios que se discrimina en la presente demanda.

CUARTA: Que se actualice el valor del daño emergente que deba ser pagado por el Banco Agrario de Colombia S.A. a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la época del daño y la de la sentencia, mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección monetaria y de indexación.

QUINTA: Que para indemnizar el lucro cesante se condene al Banco Agrario de Colombia S.A., al pago de intereses sobre el valor del daño emergente actualizado para el período comprendido entre la época de la causación del daño y la fecha de la sentencia que ordene la reparación, a una tasa igual a la tasa de interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria.

QUINTA SUBSIDIARIA: Que para indemnizar el lucro cesante se condene al Banco Agrario de Colombia S.A., al pago de los intereses sobre el valor del daño emergente actualizado para el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia que ordene la reparación, a la tasa legal que estime el Honorable Tribunal.

SEXTA: Que se condene al Banco Agrario de Colombia S.A., al pago de los intereses comerciales y moratorios sobre las cantidades líquidas reconocidas a favor de mi mandante, en los términos del inciso último del Art. 177 del C.C.A.

SEPTIMA: Que se condene al Banco Agrario de Colombia S.A., a pagar las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

OCTAVA. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. Los hechos.

2.1. En el mes de septiembre de 2001, el Banco Agrario de Colombia S.A., ordenó la apertura de la Invitación Pública 2001-18, con el objeto de contratar por el sistema de outsourcing la prestación del servicio de administración del archivo documental de acuerdo con el documento de Términos de Referencia, el cual *comprendió “el desarrollo e implementación total de la Solución Tecnológica, con la realización de tres fases con recursos y alcances específicos, descritas a continuación: FASE I: Diagnóstico y Consultoría, FASE II: Implementación de la Solución Tecnológica y FASE III: Implantación del Archivo Físico.”*

2.2. El Banco Agrario de Colombia S.A., realizó la calificación de las propuestas con la asesoría de la Pontificia Universidad Javeriana y puso a disposición de los proponentes el informe de evaluación de las mismas, mediante comunicación del 31 de enero de 2002.

2.3. De conformidad con la evaluación inicialmente realizada por la Pontificia Universidad Javeriana, la propuesta de la Unión Temporal integrada por Databox S.A., - Tandem S.A., obtuvo una calificación de 398,8 puntos de 500 posibles, frente a 391,6 de la segunda propuesta mejor calificada correspondiente a la U.T. GESIP.

2.4. Posteriormente el Banco Agrario de Colombia S.A., introdujo un nuevo factor de calificación referente a la *“experiencia y capacidad”* de los proponentes, desconociendo en ello -a juicio de la parte demandante- la reglas objetivas de la evaluación técnica y por su parte, la Pontificia Universidad Javeriana presentó el respectivo ajuste de los puntajes técnicos en relación con los cuales observó que *“se puede concluir un empate técnico, que de acuerdo con los lineamientos del Banco se adjudica al proponente con la mejor oferta económica”*.

2.5. El Banco Agrario de Colombia S.A., adjudicó el Contrato de Prestación de Servicios Técnicos para el Desarrollo e Implementación del Proyecto de Gestión Documental al proponente U.T. GESIP, de acuerdo con la comunicación 00362 del 14 de marzo de 2002, ratificada en comunicación 00427 del 21 de marzo de 2002.

3. Concepto de Violación.

Según expuso la parte demandante, de conformidad con las disposiciones contenidas en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 13 y 21 del Decreto 679 de 1994, el Banco Agrario de Colombia S.A., estaba sometido a las reglas y principios que

rigen la contratación estatal y debió observar las normas de la Ley 80 de 1993 sobre los procesos de selección para proceder a la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios de Gestión Documental y adicionalmente, de acuerdo con los artículos 3º, 21 y 22 del Manual de Contratación del Banco Agrario de Colombia S.A., los contratos conexos con la actividad bancaria con cuantía superior al 2% de su presupuesto, se debían someter al procedimiento de licitación o concurso público según a las reglas de la Ley 80 de 1993,

Observó la parte demandante que el Banco Agrario de Colombia S.A., comunicó en su carta de 14 de marzo de 2002 un acto administrativo de adjudicación de contrato en el cual ignoró las condiciones establecidas en los Términos de Referencia, puesto que no adjudicó a la propuesta más favorable y se apartó del deber de selección objetiva establecido en la Ley 80 de 1993.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada por los miembros de la Unión Temporal integrada por las sociedades Databox S.A., y Tandem S.A., mediante auto de 16 de julio de 2002 (folio 38, cuaderno 7), en el cual ordenó también la notificación al representante legal de la Unión Temporal GESIP (Gesfor LTDA., Informática Gesfor e Investigación y Programas S.A.).

4.2. El Banco Agrario de Colombia S.A., contestó la demanda mediante escrito radicado el 24 de octubre de 2002, en el cual destacó que la entidad bancaria contrató de conformidad con las normas que regulan el “*giro ordinario de los negocios*” y no bajo la égida de la Ley 80 de 1993 por cuanto el objeto del contrato era el de una actividad conexa y su cuantía se presupuestó en un valor que no superó el 2% del presupuesto del año 2001, así como también se contrató por un valor inferior al 2% del presupuesto del año 2002, en el cual se suscribió el contrato. Observó además que la entidad bancaria realizó una invitación que no tenía carácter de oferta comercial obligatoria de acuerdo con los términos de referencia y se reservó el derecho a no adjudicar y, finalmente, anotó que en la evaluación de propuestas se siguieron los parámetros de los Términos de Referencia y de acuerdo con ellos el demandante no tenía derecho alguno a ser adjudicatario.

El Banco Agrario de Colombia S.A., presentó las siguientes **excepciones**: **i)** falta de jurisdicción, la cual apoyó en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en la

sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 1997¹ en la cual se concluyó que corresponde a la jurisdicción civil conocer de las controversias originadas en los contratos que tienen por objeto actividades que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades financieras estatales, los cuales se encuentran fuera de la égida de la Ley 80 de 1993; igualmente invocó las regulaciones de la Circular Única –Básica Jurídica- de la Superintendencia Bancaria y la doctrina mercantil acerca del alcance del objeto conexo de los establecimientos bancarios; **ii)** inexistencia del derecho del demandante a ser adjudicatario de la Invitación Pública e inexistencia de la obligación indemnizatoria, las cuales hizo consistir en que por la naturaleza privada del régimen de contratación del Banco Agrario de Colombia S.A., se aplicó el Manual de Contratación de la entidad en el cual se instituyó que la Invitación Pública no constituyó oferta comercial y, tal como se hizo constar en los Términos de Referencia la invitación no creó obligación alguna para con quienes presentaron propuestas y, en todo caso, el Banco Agrario de Colombia S.A., escogió la propuesta que mejor sirvió a la finalidad de la contratación de acuerdo con los Términos de Referencia.

4.3. Las entidades integrantes de la Unión Temporal GESIP otorgaron los respectivos poderes y, por intermedio de su apoderado, presentaron contestación a la demanda en condición de coadyuvantes del Banco Agrario de Colombia S.A., mediante escrito en el cual destacaron la legalidad de la adjudicación y del contrato celebrado, así como advirtieron acerca de la improcedencia de vincular a la Unión Temporal GESIP a pretensión alguna de indemnización de perjuicios teniendo en cuenta la independencia jurídica de su vínculo contractual y la circunstancia de ser el citado Banco el único demandado.

4.4. La parte demandante contestó las excepciones propuestas y alegó lo siguiente: **i)** la invitación pública se rigió por la Ley 80 de 1993 teniendo en cuenta que la gestión documental del archivo del Banco Agrario de Colombia S.A., no era un acto conexo con la operación bancaria y que la cuantía del contrato se debió tomar por su valor total, incluyendo el valor a pagar por concepto de IVA, el cual sí superó el 2% del presupuesto del año 2001; **ii)** la demandante tenía derecho a ser adjudicataria por presentar el mejor puntaje, acerca de lo cual observó que en las apreciaciones de la Pontificia Universidad Javeriana se estimó que los puntajes “*pueden*” considerarse como un empate técnico y que el concepto de la Oficina Jurídica del Banco textualmente se refirió a la posibilidad de adjudicar el contrato al proponente que obtuvo el *segundo* mejor puntaje, por manera que está demostrado no hubo un empate técnico y que el Banco utilizó en forma abusiva y no

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 1997-NS701 de 23 de septiembre de 1997, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

justificada su discrecionalidad en la adjudicación, y **iii**) la obligación indemnizatoria procede como restablecimiento del derecho por cuanto el demandante fue un oferente vencido en un proceso de selección en el que por infracción de las normas imperativas contenidas en la Ley 80 de 1993, debió ser el adjudicatario.

4.5. El Tribunal *a quo* decretó las pruebas documentales y testimoniales solicitadas, mediante auto de 19 de noviembre de 2002.

4.6. Alegatos de Conclusión.

En su oportunidad la **parte demandante** presentó alegatos de conclusión; ratificó los argumentos de la demanda y puntualizó la violación de los numerales 7 y 8 del artículo 24 y el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 toda vez que el Banco no motivó sus actos y la selección no se realizó a través del procedimiento de licitación pública que era obligatorio, así como obró con desviación de poder en cuanto eludió los procedimientos para garantizar la selección objetiva y se apoyó en un supuesto empate técnico que no tuvo lugar, por lo cual violó también el principio de legalidad del artículo 29 de la Constitución Política.

El Banco Agrario de Colombia S.A., obrando como **parte demandada**, presentó alegatos de conclusión en los cuales reiteró los argumentos de su contestación a la demanda y realizó el análisis de las pruebas documentales y los testimonios practicados en el proceso, de cuyo contenido concluyó que el Banco no obró de manera injustificada. Preliminarmente aclaró que quedó claro que la supuesta utilización de un medio magnético externo al Banco para la elaboración de los términos de referencia –denunciada penalmente- no se probó en la investigación penal que concluyó con la preclusión; en segundo lugar, cuanto a la calificación de las propuestas hizo notar que no existió una *primera* evaluación por parte de la Pontificia Universidad Javeriana que hubiere sido modificada posteriormente y que se presentó un borrador del informe por parte de la Universidad el cual sólo sufrió ajustes en cuanto a errores en la ponderación de los datos, por lo cual el informe definitivo fue el que finalmente y sin sufrir modificación sustentó la decisión juiciosa y motivada del Comité de Contratación del Banco, contenida en las actas 28, 29 y 30 de 2002 de dicho comité, aportadas debidamente al proceso.

Acerca de la ocurrencia del empate, el Banco Agrario de Colombia S.A., indicó que es claro que en el régimen de derecho privado la evaluación servía “*al buen propósito de permitir al Banco hacer una valoración objetiva de la conveniencia de cada una de las propuestas presentadas*”, puesto que de acuerdo con los Términos de Referencia el Banco adjudicaría

el contrato al proponente que ofreciera las mejores condiciones y, tal como se hizo constar en las cartas de propuesta, el Banco no estaba obligado a adjudicar al proponente con el mayor puntaje.

Advirtió que *“aunque el documento de la UNIVERSIDAD JAVERIANA incurre en un error posiblemente mecanográfico por cuanto señala de manera contra evidente que el criterio de desempate será económico y no técnico, como verdaderamente estaba consagrado en los Términos de Referencia, concluye que aunque numéricamente ambas propuestas eran diferentes, la diferencia cualitativa entre ambas hacía necesario concluir la existencia de un empate (...)”* y afirmó que esa conclusión no se vio afectada por el concepto interno de la oficina jurídica del Banco Agrario de Colombia S.A., el cual se refirió a una situación hipotética –la adjudicación por conveniencia- de conformidad con el Manual de Contratación y no se refirió al caso particular.

Por otra parte, reiteró que la excepción de falta de jurisdicción se encontró llamada a prosperar por el régimen de derecho privado que aplicó a la Invitación Pública 2001-18, así como destacó que la selección sí fue objetiva puesto que se realizó con base en la valoración de un tercero y de acuerdo con las condiciones de los Términos de Referencia, por lo cual alegó que debían proceder también las excepciones de inexistencia del derecho a la adjudicación y la pretendida indemnización de perjuicios.

La Unión Temporal GESIP –coadyuvante de la entidad demandada-, presentó su alegato y observó que en este caso se predicó la excepción establecida al régimen de contratación estatal de acuerdo con el Decreto No. 679 de 1994, por manera que el Tribunal *a quo* debe inhibirse de fallar de fondo por corresponder a la Jurisdicción Ordinaria la respectiva controversia y agregó que en caso en que llegare a considerarse competente, deberían denegarse las pretensiones de la demanda toda vez que el Banco Agrario de Colombia S.A., siguió correctamente el procedimiento de la Invitación Pública previsto en su Manual de Contratación.

El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

5. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió sentencia el 19 de enero de 2004, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y denegó las demás pretensiones de la demanda.

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

“El objetivo de la Invitación Pública No. 2001-18, era la adjudicación y posterior celebración de un contrato tendiente a organizar, automatizar y mejorar el sistema de archivo documental del Banco Agrario de Colombia S.A.; contrato [que] de conformidad con las cifras referidas y con el Acuerdo No. 56 de abril 24 de 2001, expedido por la Junta Directiva del Banco Agrario de Colombia S.A., hace parte de los llamados contratos conexos, al ser un contrato que busca la optimización del sistema de archivo documental del Banco; siendo esta una obligación que debe cumplir toda sociedad, de llevar un registro y/o archivo organizado de todas su operaciones.

(...)

Por otro lado [acerca de valor del presupuesto] mediante Acta No. 172 del 23 de enero de 2001, la Junta Directiva del Banco Agrario de Colombia S.A., mediante Acuerdo No. 52 de la misma fecha, aprobó una adición al presupuesto del año 2001 en la suma de \$6.735'000.000 (...) situación que vino a modificar el presupuesto del año 2001, e igualmente aumentó el presupuesto del año siguiente, es decir del año 2002, tal como se prueba con la certificación expedida por la Vicepresidencia de Planeación y Control Financiero del Banco Agrario de Colombia S.A., en la que se sostuvo que el valor correspondiente al 2% del presupuesto aprobado para la vigencia de 2002 es de CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$4.299'800.000) (...) y el valor del contrato suscrito fue de \$4.162'079.57.

(...)

Por lo tanto, al momento de la adjudicación de la Invitación Pública No. 2001-18, el Banco Agrario de Colombia S.A. tenía la libertad de haber aplicado el Manual de Contratación de ella y no la Ley 80 de 1993.

Respecto del Manual de Contratación de la entidad, el numeral 8º del Art. Vigésimo Quinto establece: “Dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones se procederá a adjudicar o no la invitación pública, informando a todos los proponentes el resultado de la misma. Si hay lugar a la adjudicación, el Banco adjudicará la contratación al proponente que ofrezca las mejores condiciones.”

Por otro lado, en las condiciones generales y requisitos de los proponentes [dentro de los términos de referencia de la invitación Publica 2001-18] se especificó lo siguiente:

“1.1. NATURALEZA DE LA INVITACIÓN

Esa invitación y los documentos que se produzcan, en desarrollo de la misma por el BANCO no implican la realización de una propuesta por parte de este ni crean la obligación de contratar con quien la presente.

1.3.1. CRITERIO PARA LA ADJUDICACIÓN.

El BANCO efectuará los estudios del caso y el análisis comparativo para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable para éste.

1.8.4. FORMA DE ADJUDICACIÓN.

EL BANCO, se reserva el derecho de adjudicar parcialmente o de no adjudicar la presente invitación.”

Todo lo anterior demuestra que se estaba dando aplicación al Manual Interno de Contratación del Banco Agrario de Colombia, el cual establece un procedimiento diferente al aplicado en el Estatuto de Contratación Ley 80 de 1993.”

La Sala se pronunciará en el análisis del caso concreto sobre las anteriores consideraciones del Tribunal *a quo*, en las cuales encuentra consignados varios desaciertos.

6. El recurso de apelación.

La parte demandante presentó recurso de apelación con los fundamentos que, en lo esencial, se destacan a continuación:

“Al respecto es claro que el fallo en mención realiza una apreciación errónea y equivocada, debido a que la apertura de la Invitación Pública No. 2001-18 se realizó en septiembre del año 2001, entregándose las respectivas propuestas en noviembre del mismo año y si bien los artículos 13 y 21 del Decreto 679 de 1994 indican (...) este no es el régimen aplicable a este caso, porque sí es claro para las partes que la gestión documental requerida se enmarca dentro de los actos conexos al giro ordinario de los negocios del Banco (tal como se consigna en el capítulo VI artículo 41 del estatuto interno) como entidad financiera, además hay que tener en cuenta que el 2% del presupuesto del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. para el año 2001 fue de \$3.735'520.000,00 (...) y teniendo en cuenta que las dos propuestas mejor calificadas superaron los (...) \$4.162'079.578 y (...) \$4.340'720.000, la convocatoria 2001-18 debía someterse a las reglas y principios que rigen la contratación estatal, es decir la Ley 80 de 1993 y no al manual de contratación de dicha entidad.”

“(...) las pretensiones de mi demanda deben prosperar ya que en la adjudicación del contrato objeto de este litigio se desconocieron los resultados objetivos que arrojaron las evaluaciones de las propuestas (...)”

“De otro lado no es creíble el argumento sobre la falta de competencia para que conozca esta jurisdicción debido a que el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el Juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales será el de la jurisdicción contencioso administrativa (...).

En su alegato de conclusión dentro del trámite del respectivo recurso de apelación, el actor insistió en la aplicación de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la condición del contrato estatal y a la jurisdicción competente para conocer de los contratos celebrados por la entidad estatal demandada, a propósito de lo cual argumentó lo siguiente:

“De esta manera el procedimiento que debió seguir el Banco Agrario de Colombia S.A. para escoger el contratista es el establecido en la ley 80 de 1993, específicamente en los artículos 24 y 30 que consagran las reglas para la licitación o concurso, normas que fueron evidentemente violadas ya que la entidad demandada no realizó una selección objetiva, toda vez que la propuesta mejor calificada fue la de mi poderdante, obteniendo la mejor calificación global frente a los criterios establecidos en los términos de referencia, situación que conllevaba a que fuera el adjudicatario del contrato, pero el BANCO sin que existiera justificación alguna solicitó a la UNIVERSIDAD JAVERIANA una nueva evaluación de propuestas presentadas, infringiendo los principios de la contratación estatal de transparencia y eficiencia y contrariando los términos de referencia al introducir un nuevo factor de calificación referente a la “experiencia y capacidad” de los proponentes... así es evidente que a mi mandante se le vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional (...).”

Dentro del trámite del recurso de apelación, el Banco Agrario de Colombia S.A., obrando como **parte demandada**, solicitó confirmar en su integridad la providencia de primera instancia teniendo como fundamento que la jurisdicción competente para conocer de los contratos “conexos” celebrados por una entidad financiera estatal, que estén dentro de la órbita del giro ordinario de su objeto social, es la jurisdicción ordinaria. En apoyo de su alegato invocó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado².

En subsidio, solicitó que se declaren probadas las excepciones de “inexistencia del derecho a la adjudicación” e “inexistencia de la obligación indemnizatoria”, con los fundamentos expuestos en el escrito mediante el cual presentó las excepciones.

El Banco demandado puntualizó que el Tribunal *a quo* no erró en la apreciación de la cuantía que definió la Ley aplicable a la contratación, toda vez que tanto la estimación que se hizo del valor del contrato, como la disponibilidad presupuestal asignada para el mismo al momento de emitir la Invitación Pública No 2001-18, era inferior al 2% del presupuesto del año 2001, como también el valor final del contrato se conservó por debajo de ese margen del 2% del presupuesto en el año 2002, con base en el presupuesto aprobado para

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 29 de mayo de 2003, radicación No. 1488, Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri.

ese año y advirtió que este monto sí incluyó el valor del IVA, con lo cual observó que no es cierto que el mismo no se hubiera tenido en cuenta en la sentencia de primera instancia.

El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** caducidad de la acción de controversias contractuales; **3)** régimen legal de la contratación de las entidades financieras estatales; **4)** las reglas y principios de la contratación de las entidades financieras públicas en el derecho privado; **5)** las reglas del presupuesto público aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta dedicadas a actividades financieras; **6)** las pruebas aportadas al proceso; **7)** el caso concreto y, **8)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*³, por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del Banco Agrario de Colombia S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado⁴, medida en la cual la

³ El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el **criterio objetivo** de la actividad de las *entidades públicas*, incluyendo las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, en los siguientes términos:

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

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas **incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%** y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”* (la negrilla no es del texto).

⁴ Toda vez que la participación estatal en la citada sociedad de economía mixta es superior al 90% del capital social.

entidad demandada en este proceso tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁵.

Se agrega aquí que aquellos actos producidos con ocasión de la actividad contractual, antes de la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, son pasibles de la acción regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁶ con independencia del régimen de contratación aplicable a la respectiva entidad estatal, máxime si se tiene presente que, por regla general, 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 1993⁷.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado reiteradamente sobre su competencia para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por *entidades estatales con independencia del régimen jurídico de la contratación*⁸, así:

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, son contratos estatales ‘**todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a***

⁵ 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.”

⁶ Artículo 87. - **De las controversias contractuales.** (...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.”

⁷ Artículo 75.- **Del Juez competente,** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”

⁸ En este punto, vale la pena aclarar que la sentencia invocada por el Banco Agrario de Colombia S.A., en este proceso para apoyar la excepción de falta de jurisdicción, se profirió con fundamento en la normativa anterior a la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”⁹ (Negrilla fuera del texto).

“De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.”

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”¹⁰

Se agrega que las controversias contractuales de las entidades públicas se encontraron igualmente sometidas a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo definido de conformidad con la Ley 1107 de 2006¹¹ sin distinguir cual fuera la normativa legal aplicable a la respectiva entidad en cuanto al estatuto de contratación.¹²

⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Expediente 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Expediente 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Expediente 2675.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

¹¹ “La Ley 1107 de 2006, redefinió los sujetos públicos que pueden ser parte en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo en estos términos: “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.” Modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y todas las normas de la segunda parte en las que se utiliza la expresión entidades públicas, como por ejemplo los artículos 149, 150 y 151. Advierte la Sala que la expresión “entidad estatal” de la ley 80 de 1993 no es sinónimo de la expresión “entidad pública” que define la ley 1107 de 2006” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo y Luis Fernando Alvarez Jaramillo, 19 de Junio de 2008, radicación número: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887), actor: Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

¹² La Ley 80 de 1993 fue modificada por la Ley 1150 de 2007, que en su Artículo 13 dispuso la aplicación del régimen especial de contratación de la respectiva actividad sin perjuicio de las reglas y principios de la gestión pública, así: *Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*

Ahora bien, se debe recordar que en cuanto a los contratos celebrados por las entidades financieras estatales, tanto la Sección Tercera¹³ como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado habían aceptado la competencia de la jurisdicción ordinaria en cuanto a los procesos relacionados con actividades por fuera del giro ordinario de los negocios y en especial en cuanto a los procesos ejecutivos de las obligaciones derivadas de las operaciones de crédito bancario a favor de particulares, observando específicamente para el caso del Banco Agrario de Colombia S.A., lo siguiente:

“El Banco Agrario de Colombia S.A., en consideración a las actividades de carácter comercial y financiero que realiza, tiene un régimen especial señalado en el párrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 en materia de contratación. En virtud de tal régimen especial, sus actos y contratos tienen un régimen mixto, según se encuentren o no dentro del giro ordinario de los negocios sociales. Así las cosas, el Banco tiene plena competencia para fijar los topes de la contratación objeto de licitación y para señalar los procedimientos de selección de la contratación que se rija por el derecho privado, siempre y cuando se observen los principios de contratación generales aplicables. Los procesos de selección de los contratistas que se requieran para el desarrollo de aquellas actividades que no se encuentren dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, se regirá en un todo por la ley 80 de 1993, incluyendo, obviamente, lo señalado en materia de cuantías en el artículo 24 de dicho estatuto.

(...)

*La jurisdicción competente para conocer de los procesos ejecutivos derivados del ejercicio de la actividad financiera, cuando ella es realizada por una entidad financiera estatal, es la jurisdicción ordinaria, salvo que en el otro extremo de la litis esté una entidad estatal, caso en el cual, la jurisdicción competente será la contencioso administrativa.”*¹⁴ (La negrilla no es del texto).

Por otra parte, ha de tenerse muy claro que el objeto social de la entidad financiera y por ende su capacidad jurídica no se limita a las operaciones autorizadas descritas en el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, sino que comprende todas aquellas otras actividades que la entidad debe ejecutar para administrar su estructura organizacional y cumplir con los deberes legales que soportan su existencia y funcionamiento, como son por ejemplo los contratos de adquisición

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de marzo de 2002, radicación 76001-23-26-000-2000-1611-01(19057), actor: Banco Agrario de Colombia S.A., demandado: Municipio de Buenaventura. Consejero ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, referencia: apelación de auto proferido dentro de un proceso ejecutivo contractual.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri, mayo 29 de 2003, radicación número: 1488, actor: Director del Departamento Nacional de Planeación.

de bienes y servicios para el funcionamiento de la entidad; los contratos celebrados para administrar tales bienes y servicios; las contrataciones que se realizan por los deberes legales impuestos a la entidad, como por ejemplo la contratación de la defensa judicial, las asesorías y consultorías requeridas para el cumplimiento de tales deberes legales, todas las cuales corresponden a contrataciones cuyo objeto no constituye un servicio financiero, pero hacen parte del objeto social, en cuanto corresponden a actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad.

Por último, aunque a título puramente ilustrativo conviene señalar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 –no aplicable a este proceso- se refirió concretamente a las excepciones a la jurisdicción competente en relación con las operaciones que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades financieras públicas y específicamente en cuanto a los procesos ejecutivos, así:

“ARTÍCULO 105. EXCEPCIONES. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

*1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, **cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.** (La negrilla no es del texto).*

2. Caducidad de la acción de controversias contractuales.

Recientemente ésta Subsección reiteró que el término de caducidad de la acción procedente en relación con los actos previos a los contratos estatales, para la época de los hechos, lo consagró el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, aplicable en el presente caso, así:

“De la anterior previsión legislativa se desprende que al control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, puede accederse mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo para el efecto un término de caducidad de 30 días que se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el acto se comunique, notifique o publique, según el caso.”¹⁵

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de marzo 14 de 2013, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del Derecho – Apelación Sentencia.

Ahora bien, de acuerdo con los dictados del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, resulta legalmente posible demandar los actos proferidos antes de la celebración del contrato – denominados actos previos- en forma separada dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, pero cuando se hubiere celebrado el contrato respectivo, según se dispuso en el inciso segundo de la norma citada, los actos previos solamente pueden ser demandables con el contrato mismo, por expresa disposición legal, según los siguientes términos:

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

En el evento de ocurrir la celebración del contrato que ha sido adjudicado mediante el acto previo, ha observado el Consejo de Estado que el término de caducidad de la acción orientada a obtener la nulidad del contrato será de dos (2) años siguientes al perfeccionamiento del contrato, de acuerdo con los dictados del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁶, siendo claro en la misma norma que la acción respectiva la puede interponer cualquier persona interesada y, obviamente, asiste el interés legítimo para demandar la nulidad del contrato a aquellos proponentes que no resultaron favorecidos con la adjudicación y que están interesados en obtener la anulación del respectivo acto contractual.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se tiene que el Comité de Contratación del Banco Agrario de Colombia S.A. resolvió la adjudicación del contrato de gestión documental a la Unión Temporal GESIP en la reunión de que trata el Acta No. 30 de Marzo 2 de 2002

¹⁶ Artículo 136, numeral 10:

(...)

“En los siguientes contratos el término de caducidad se contará así:

(...)

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento, Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento.”

(folio 329, cuaderno 5) y el Banco comunicó la decisión a los participantes mediante comunicación del 14 de marzo de 2002 (folio 190, cuaderno 2), confirmada al demandante, en respuesta a su solicitud de expedición de la copia del acto de adjudicación, mediante comunicación del 21 de marzo de 2002 (folio 192, cuaderno 2), en la cual le ratificó el resultado de la adjudicación, sin la entrega del Acta contentiva de la decisión, ni la motivación que la precedió.

La Sala advierte que en el proceso no obra prueba fehaciente acerca de la fecha de recibo de las comunicaciones de 14 de marzo y 21 de marzo de 2002 por parte de la Unión Temporal Databox S.A. - Tandem S.A., además de que en la última de tales comunicaciones se le informó que de acuerdo con el Manual de Contratación no había lugar a entregarle el acto de adjudicación, sino únicamente la carta en la que se le informó a la Unión Temporal GESIP sobre la respectiva adjudicación, por lo cual la Sala no puede concluir que la fecha de tales comunicaciones corresponda a la de *“comunicación, notificación o publicación”* del Acto de Adjudicación que fue objeto de la demanda, para efectos del cómputo de la caducidad de la acción en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y, por otro lado, si se tiene presente que la demandante no tuvo acceso al Acta de Adjudicación del Comité de Contratación hasta que la misma fue aportada al proceso como parte de las pruebas que solicitó con la demanda, teniendo en cuenta que su petición previa no fue atendida con la entrega del mencionado acto, la Sala concluye que para la fecha en que se presentó la demanda no había operado la caducidad de la acción prevista en el referido artículo 87 del Código Contencioso Administrativo para iniciar la acción judicial contra el acto de adjudicación del contrato, toda vez que ni siquiera había empezado a correr el plazo de ley por la falta de la debida comunicación, notificación o publicación del referido acto de adjudicación a la proponente que ahora actúa como demandante.

Por otra parte, dado que el contrato de prestación de servicios para el proyecto de gestión documental adjudicado a la Unión Temporal GESIP se firmó el día 11 de abril de 2002, al paso que la demanda se radicó el 11 de junio de 2002 y dado que no hay prueba alguna de la debida comunicación del Acto de Adjudicación a la demandante, se impone concluir que el término de caducidad debe establecerse a partir de la fecha en que se evidenció la notificación acerca del mismo, en este evento por conducta concluyente, una vez que la parte demandante presentó personalmente la respectiva demanda con copia del referido contrato de prestación de servicios, por lo cual se concluye también que no ocurrió la caducidad de la acción puesto que la acción se ejerció dentro de los dos (2) años siguientes

al perfeccionamiento del contrato adjudicado, de acuerdo con el término previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente se advierte que en criterio del Banco Agrario de Colombia S.A., las actuaciones en estudio habrían estado sometidas al régimen de contratación del derecho privado y a su Manual de Contratación, por lo cual no realizó publicación alguna para dar a conocer el contrato celebrado y por ello no existe otra fecha distinta de la que corresponde a la demanda misma para concluir acerca del conocimiento que tuvo el demandante respecto del contrato cuya nulidad solicitó.

3. Régimen Legal de la contratación de las entidades financieras estatales.

De acuerdo con la normativa vigente para la época en que se cursó la invitación Pública 2001-18, y se adjudicó y celebró el contrato de Prestación de Servicios de Gestión Documental suscrito por el Banco Agrario de Colombia S.A., -septiembre de 2001 a abril de 2002- el marco legal para la contratación en tratándose de las entidades financieras estatales se estableció de acuerdo con dos criterios: el objeto del contrato y la cuantía del mismo, según lo dispuesto en las siguientes normas:

i) La Ley 80 de 1993, en el párrafo 1 del artículo 32, dispuso que los contratos de las entidades financieras de carácter estatal, con excepción de la fiducia y el encargo fiduciario, en cuanto *“correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social”*, no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto de contratación estatal contenido en la mencionada Ley¹⁷.

ii) Por su parte, el Decreto Reglamentario 679 de 1994, al desarrollar y precisar el alcance de la norma legal en cita, en su artículo 21, determinó lo siguiente:

¹⁷ Párrafo modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, así:

“Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.”

ARTÍCULO 13 de la Ley 1150 de 2007: “PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*

*“Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para **desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas** por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley **aquellos contratos que se efectúen en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla.**” (La negrilla no es del texto)*

La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de alcance que corresponde al concepto legal del *“giro ordinario de las actividades”* y de las operaciones conexas al mismo, en relación con lo cual concluyó que la referida conexidad se debe concretar en cada contratación, de acuerdo con la relación de medio a fin existente entre la respectiva actividad y la función principal de la entidad financiera definida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En la providencia comentada se puntualizó lo siguiente:

“Para la Sala no hay duda de que una entidad de esta naturaleza puede hacer, no sólo lo que dice la ley en forma expresa, sino también lo que se deriva del objeto o función principal, a pesar de que no se encuentre expresamente definido en la ley.

Este aserto no se opone al hecho de que las entidades financieras gocen de un régimen especial, distinto del previsto por el Código de Comercio para las sociedades comerciales comunes, circunstancia por la cual la interpretación sobre su capacidad es más restringida que las de las mentadas sociedades, de modo que el simple acuerdo entre los socios no puede extender o ampliar el objeto de la entidad; cosa que sí puede ocurrir en materia comercial.

La razón es simple. Las entidades financieras están fuertemente reguladas en el EOSF, norma que define qué puede hacer una entidad de esta naturaleza, lo que implica un límite a la libertad societaria en este campo. En palabras de José Ignacio Narváez García:

“La capacidad es todavía más restringida en aquellas compañías que por la dimensión y trascendencia de su actividad empresarial están dotadas de régimen especial (bancos, corporaciones financieras, compañías de capitalización,... compañías de seguros, etc.). En todas ellas la voluntad privada, inclusive para la determinación de su objeto, y obviamente para la realización de este, cede el paso al principio de derecho público, según el cual los sujetos no tienen facultades distintas de las expresamente contempladas para ellos en la ley...”¹⁸

¹⁸ Teoría General de las Sociedades, Ed. Legis, octava edición. Bogotá. 1998.

En este mismo sentido dijo el Consejo de Estado -Sentencia del 7 de julio de 1989, Sección Cuarta, exp. No. 1012- que:

“(...) por tratarse de un servicio público del que es responsable el Estado y en el cual está de por medio el interés público, la actividad bancaria no es una actividad libre, sino que está limitada y condicionada por regulaciones expresas en cuanto su iniciativa, organización, desarrollo, operaciones posibles, condiciones de las mismas, vigilancia, terminación, liquidación, etc, y todas esas

Lo anterior no significa que las entidades financieras sólo puedan realizar las actividades estricta y precisamente relacionadas en el EOSF, pues, es claro que también deben poder hacer todo aquello que esté directamente relacionado con la función principal, a fin de que puedan desarrollarla plenamente. En este caso, las actividades conexas con la principal deben guardar una estrecha relación de medio a fin, es decir, que lo que se realiza debe ser necesario para desarrollar la actividad principal.

En este campo, entonces, es posible, sin detrimento de la especialidad que constituye el EOSF, aplicar normas del Código de Comercio a las instituciones financieras, y en particular el artículo 99 de dicho estatuto, el cual establece que:

“Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”

Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social¹⁹, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.,

En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero.

Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” -tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también “giro ordinario de los negocios” -como lo denominan otras normas- hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.

limitaciones tienen como finalidad, la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pudieran tener los particulares cuando prestan dicho servicio público”.

¹⁹ Dice el art. 110.4 del Código de Comercio “Art. 110. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...)”

“4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;” (...)

Desde luego que la realización de una actividad que no cumpla estos requisitos estará prohibida, y esto tanto en el derecho financiero como en el societario común.”

(...)

Lo anterior tiene un límite obvio. Si bien se amplía el concepto “giro ordinario de los negocios”²⁰, abarcando en él las denominadas actividades principales y las actividades conexas, en todo caso no permite incluir los actos que no guarden ningún tipo de relación con el objeto principal, pues esto no se acomoda al artículo 99 del Código de comercio, y menos aún al EOSF.

(...) El concepto giro ordinario de las actividades, constituye un concepto jurídico indeterminado. Pese a que se ha precisado bastante lo que debe entenderse por lo que en la norma demandada -y a su vez la que ésta reglamenta- se denomina “giro ordinario de las actividades”, no puede desconocerse que se trata de un concepto especialmente problemático, sobre todo porque su contenido no es absolutamente preciso y concreto, sino que corresponde a un típico concepto jurídico indeterminado.

(...) En este caso, la Sala tiene necesidad de precisar el alcance de este concepto en orden a definir la legalidad de la norma demandada, es decir el art. 21, inciso 3, del decreto 679 de 1994; para ello se atenderá a lo analizado en los precedentes numerales, por cuanto una determinación más precisa no es posible en abstracto, sino caso por caso -partiendo del anterior análisis y llevándolo al problema particular-, a fin de evaluar su adecuación normativa.”²¹

En conclusión, se tiene que de acuerdo con la disposición contenida en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, no había lugar a la aplicación del estatuto de contratación estatal a los procedimientos de selección y a los contratos celebrados por las entidades financieras de carácter estatal en tanto el objeto del respectivo vínculo estuviere encaminado a desarrollar actividades propias de las operaciones del giro ordinario de los negocios, siempre y cuando su valor no excediera el monto equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales o al 2% del presupuesto de la respectiva entidad, si esta última cifra fuere superior.

iii) Por su parte, la Ley 489 de 1998, por la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades estatales del orden nacional, dispuso

²⁰ Criterio que comparte también Néstor Humberto Martínez Neira, quien dice que “Además del ejercicio de las actividades principales o actividades estrictamente bancarias, las instituciones financieras tienen capacidad para desarrollar los actos civiles o comerciales necesarios para el cumplimiento de su objeto.”

“No podría ser que la capacidad de una institución financiera naciera y se agotara en las operaciones y servicios bancarios propiamente dichos. Se requiere al mismo tiempo que jurídicamente le sea factible estar en condiciones de atender aquellos, a partir de la ejecución de actos intermedios que le permitan, a guisa de ejemplo, adquirir sedes, contratar funcionarios...” (Cátedra de derecho bancario colombiano. Ed. Legis. Bogotá. 2000. pág. 266)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 6 de julio de 2005, radicación número: 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575), actor: Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez, demandado: Gobierno Nacional, referencia: acción de nulidad.

la aplicación del derecho privado para las actividades desarrolladas por las sociedades de economía mixta en cumplimiento de su objeto social, entidades que fueron expresamente contempladas como sociedades de carácter comercial, al paso que igualmente se determinó la aplicación del régimen de derecho privado para el desarrollo de las actividades propias de las empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo con las siguientes normas:

“Artículo 97º.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...)

Parágrafo.- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.”

*“Artículo 93º.- Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado **para el desarrollo de su actividad propia**, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.” (La negrilla no es del texto).*

En su oportunidad, mediante sentencia C-953/99, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en cuanto advirtió que so pretexto de establecer el régimen de las sociedades de economía mixta no se podía desconocer que la naturaleza jurídica de las sociedades de "economía mixta" surge siempre que en la composición del capital social participen un ente estatal y los particulares, sin distinguir el porcentaje de participación, a la vez que en esa providencia se avaló la libertad legislativa para disponer sobre el régimen de contratación, así:

“4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente,

regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.”

Frente a las citadas disposiciones parece útil profundizar en la siguiente consideración: la inaplicación del estatuto de contratación estatal significó para las entidades financieras estatales la posibilidad de obrar en las operaciones autorizadas, bajo las reglas de contratación del derecho privado aplicables a la generalidad de las entidades del sector financiero -con las cuales se encontraban en competencia- más no las liberó de la obligación de respetar y desarrollar en su actividad las disposiciones de orden constitucional y las contenidas en el Código Contencioso Administrativo -que les corresponde cumplir como entidades que hacen parte de la estructura del Estado- acerca de los principios de la función administrativa y los demás deberes que se le imponen a las entidades públicas, además de que, por otra parte, para todas las entidades del sector financiero resulta imperativo respetar en su actuación el carácter de servicio de interés general que se reconoce constitucionalmente a la actividad financiera, de conformidad con las siguientes disposiciones de la Constitución Política:

1. El artículo 209 CP

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

2. El artículo 335 CP

“Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150²² son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

²² Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

(...)

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

Se agrega aquí que el Manual de Contratación de la entidad que, en el caso que se examina, expidió su Junta Directiva, es un acto reglamentario de la respectiva actividad que por supuesto debe expedirse con estricta sujeción al principio de legalidad, con arreglo a las normas legales que regulan la contratación, tal como lo ha observado el Consejo de Estado, así:

“Los denominados manuales de contratación pueden enmarcarse dentro de la potestad de auto-organización reconocida a cada entidad estatal, toda vez que los mismos tienen un campo de aplicación que se restringe a cada organismo administrativo.²³ En otras palabras, es una norma de carácter interno ya que regula relaciones de carácter inter-orgánico. Adicionalmente, su objeto no es otro distinto a reglamentar temas administrativos del manejo de la contratación estatal –funcionarios que intervienen en las distintas etapas de la contratación, en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, entre otros-, es decir aspectos administrativos del trámite y desarrollo contractual. Por esta razón, con la salvedad de la expresión “todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección”, esta Sala declarará que el artículo 89 del Decreto 2474 se encuentra ajustado a la legalidad.”²⁴

Al respecto se impone precisar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, se encuentra reservada exclusivamente al Congreso de la República la facultad de “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”, lo cual permite reiterar que las entidades públicas no pueden invadir, en modo alguno, la órbita del legislativo en la expedición de sus Manuales de Contratación.

4. Las reglas y principios de la contratación de las entidades financieras estatales en el Derecho Privado.

4.1. Consideración preliminar.

En cuanto a la tan invocada libertad negocial del derecho privado, ha de tenerse en cuenta el extenso ámbito regulatorio que delimita muchas de las actuaciones y conductas de las sociedades públicas o privadas en el sector financiero, establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sus decretos reglamentarios y las múltiples circulares de la

²³ Artículo 1 de la Resolución No 1735 de abril 26, “por medio de la cual se reglamenta la presentación de cuentas de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en el Exterior a través del Sistema de Información de Servicio al Exterior, SISE”.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente. Dr. Enrique Gil Botero, acción de nulidad. procedimientos de selección de contratistas, sentencia de 14 de abril de 2010, radicación número: 110010326000200800101 00 (36054), actor: Pablo Enrique Manrique Convers, demandado: Ministerio del Interior y otros, referencia: acción de nulidad.

Superintendencia Financiera de Colombia y también se debe recordar que la contratación de las sociedades comerciales no es una actividad libre y desprovista de reglas, ni en ella campea el libre juicio del representante legal para definir cómo y con quién contrata. Nótese que el contrato de sociedad comercial establece un objeto social en el cual se delimita la capacidad de la persona jurídica²⁵ y por ende la capacidad contractual de sus representantes²⁶, quienes han de actuar siempre dentro del respectivo objeto social; así como también se encuentra que las normas de las sociedades comerciales anónimas establecen la existencia obligada de unos órganos de administración entre los cuales se distribuyen las competencias internas y externas, de acuerdo con lo que se disponga en los estatutos de la sociedad y en los manuales que esos órganos despliegan con base en tales disposiciones.

También se tiene que observar que la actividad contractual y precontractual de carácter mercantil se encuentra igualmente limitada para respetar los derechos del co-contratante y por ello aún desde antes de existir el contrato, en la actuación previa o de tratativas y en la oferta mercantil, se encuentran los derechos del proponente frente a la oferta comercial²⁷, puesto que el Código de Comercio se ocupa de los actos precontractuales y regula como regla general la irrevocabilidad de la oferta comercial²⁸, salvo que medie una justa causa²⁹,

²⁵ **ARTÍCULO 99. CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD.** *“La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”*

²⁶ **ARTÍCULO 196. FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LOS ADMINISTRADORES.** *“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.*

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.”

²⁷ **ARTÍCULO 845. OFERTA ELEMENTOS ESENCIALES.** *“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”*

²⁸ **ARTÍCULO 846. IRREVOCABILIDAD DE LA PROPUESTA.** *“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.*

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.”

ARTÍCULO 860. LICITACIONES PLIEGO DE CARGOS. *“En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.”*

²⁹ **ARTÍCULO 857. REVOCACIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA:** *“La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa.*

así como contempla la norma de adjudicación al mejor postor, además de que se tiene que recordar que dentro del Derecho a la Competencia instituido en Colombia desde hace algo más de medio siglo por la Ley 155 de 1959 y desarrollado por el Decreto 2153 de 1992³⁰ con apoyo en el artículo 333 de la Constitución Política³¹, se encuentran prohibidos los acuerdos que tengan “*por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*”, como tampoco cuentan con la tutela del ordenamiento jurídico las prácticas que restringen la libre competencia, por lo cual tanto en la etapa precontractual como en la contractual aun en el ámbito del derecho privado existen diversas reglas de conducta de orden legal que deben respetar las entidades convocantes y los partícipes, bien sean entidades públicas o privadas.

Así las cosas la aplicación del derecho privado a las entidades financieras de carácter estatal no puede tenerse en modo alguno como sinónimo de ausencia de principios y reglas -precontractuales o contractuales- ni constituye para los administradores o para la propia entidad creada con los recursos del Estado una capacidad de definición y actuación unilateral sin consideración a los principios, motivos y razones de interés público en que se inspira la actividad del Estado y a los derechos de quienes participan en los respectivos procedimientos.

Por último, debe destacarse que también bajo las reglas de contratación del derecho privado, aplicables a las entidades públicas que contratan bajo esta normativa, se encuentran desarrollados los principios legales de equidad entre las partes y reparación o restitución del daño causado en la actividad contractual y extracontractual, mediante la

La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente.

La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta.”

³⁰ Régimen General de Protección a la Competencia, adicionado por la Ley 1340 de 2009.

³¹ **ARTICULO 333.** *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (La subraya no es del texto)

consagración de las instituciones normativas como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, así como la presunción y protección de la buena fe³².

4.2. El principio de la Buena Fe y los deberes de información y coherencia en los actos precontractuales.

En palabras de la Corte Constitucional, el principio de la Buena Fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política³³ corresponde a “*una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro que otorga la palabra dada*”.³⁴

Conviene observar, para los propósitos de éste caso, que ha sido precisamente el derecho privado en cuya cuna se ha desarrollado el principio de Buena Fe, tanto en las actividades contractuales como en las de orden precontractual, el que procedió inicialmente a su consagración normativa en los artículos 1603 del Código Civil, 863 y 871 del Código de Comercio, según los siguientes términos:

“Artículo 1603 C.C. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, que por la ley le pertenecen a ella.”

“Artículo 863 C.Co. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”

“Artículo 871 C.Co. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Las disposiciones legales transcritas que consagran positivamente el principio de Buena Fe en el derecho de los contratos, inspirado en raíces del derecho romano y del derecho civil

³² ARTÍCULO 830. “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

ARTÍCULO 831. “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”

ARTÍCULO 835. “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.”

ARTÍCULO 841. “El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa.”

³³ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fé, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C 131- 2004, MP. Clara Inés Vargas

francés, han dado lugar a que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia haya precisado así el entendimiento de una conducta ajustada a dicho principio:

*“Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas” (...)*³⁵

Teniendo en cuenta que la ley comercial exige la Buena Fe tanto en la ejecución del contrato como en la etapa previa a su *celebración* y que consagra la obligación de obrar de buena fe exenta de culpa específicamente en el período precontractual, ha sido también el derecho privado el que más se ha ocupado de la formación de la voluntad en la instancia precontractual, aún antes de que se formule la oferta mercantil, en la etapa de simples tratativas por lo cual ha extendido tal exigencia a las conversaciones preliminares e incluso los acercamientos para adquirir el conocimiento del mercado y de los potenciales contratantes.

Se advierte aquí que la Buena Fe como principio de la conducta precontractual no se ha establecido sólo en términos de un concepto subjetivo, como el actuar con buena intención y sin dolo, sino especialmente se exige la Buena Fe objetiva, que en términos de la contratación en el derecho privado se puede enunciar como el actuar esperado del buen hombre de negocios, aquel que busca lograr un acuerdo contractual –y procura que sea el mejor posible para él- pero que obra cuidándose de no viciar o afectar el derecho de los otros partícipes de la negociación en cuanto a la libre decisión y, por lo tanto, con apoyo en el principio de Buena Fe, surge para todo hombre de negocios el deber de entregar información necesaria, completa y veraz que permita la libre formación de la voluntad, al tiempo que se le exige una conducta clara, transparente y consistente frente a todos los partícipes de la negociación, en términos de que cada manifestación de las tratativas se produzca en forma tal que pueda ser recibida libre error y permita una información eficaz para todas las partes.

En este orden de ideas, dentro de los deberes colaterales a la obligación de proceder de Buena Fe en la etapa precontractual merecen destacarse para los propósitos de esta sentencia: **i)** el deber de información –descrito en el párrafo antecedente- sobre el cual existen desarrollos positivos en el derecho del consumidor y en los servicios públicos, incluido precisamente el servicio financiero,³⁶ **ii)** la regla de *“venire contra factum prorium*

³⁵ Sentencia de 9 de agosto de 2007, Magistrado Ponente Pedro Munar.

³⁶ El numeral 1º del artículo 97 EOSF en materia de la debida información a los usuarios (consumidores) del sistema financiero dispuso; *“(…) Las entidades vigiladas deberán suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para*

*non valet*³⁷, de acuerdo con la cual no es válida la pretensión que contradice el acto propio anterior³⁸ y, **iii)** el deber de coherencia planteado también por la doctrina³⁹ y la jurisprudencia⁴⁰, el cual se enuncia como la obligación de obrar en forma consistente o congruente con el marco legal que regula la actividad y con la propia conducta precedente.

Se considera en este caso que el deber de coherencia desarrolla el principio de la Buena Fe el cual resulta especialmente aplicado a conductas que no se encuentran reguladas, como sucede precisamente con las manifestaciones en la etapa de tratativas y sondeos de mercado.

Por lo tanto, regresando a las entidades estatales que se rigen en su contratación por las normas del derecho privado, se tiene que han de obrar con estricto apego a los principios que rigen la actividad contractual, siendo uno de ellos, también en el derecho privado, la Buena Fe, de la cual se desprenden deberes de conducta no limitados a la regla escrita y

lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas”.

Las letras f y g del artículo 5º de la Ley 1328 de 2009, establecen como obligaciones especiales de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, las siguientes:

“ARTICULO 7. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

“(…)

“f. Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de éstos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos.

“g. Abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero, de acuerdo con los términos establecidos en las normas sobre la materia, y tener a disposición de éste los comprobantes o soportes de los pagos, transacciones u operaciones realizadas por cualquier canal ofrecido por la entidad vigilada. La conservación de dichos comprobantes y soportes deberá atender las normas sobre la materia. (...)”

³⁷ Esta regla también ha tenido desarrollo jurisprudencial tanto por parte de la Corte Constitucional (entre otras las sentencias: T-295/99, T-475/92). como por parte del Consejo de Estado, aplicable en las actuaciones del Estado y en materia de las conductas procesales. La Sección Tercera del Consejo de Estado y concretamente esta Subsección han aplicado, en materia de controversias contractuales, la regla de los actos propios como expresión del principio de la Buena Fé, en diversas oportunidades, véase por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 11 de abril de 2012, radicación número: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434), actor: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., demandado: Municipio de Chachagui; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de (2010), radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596).

³⁸ Acto que la doctrina advierte que debe estar ajustado a derecho y constituir una conducta relevante y eficaz para la otra parte. Véase; López Mesa, Marcelo J., La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación, Publicado en Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, N° 119: 189-222, julio-diciembre de 2009.

³⁹ Bernal Fandiño Mariana, El Deber de Coherencia en el Derecho Colombiano de los Contratos, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Colección Laureata, Bogotá, 2013, en la cual se recogen las principales figuras y las tesis relacionadas con el deber de coherencia, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado, así como las reglas que se han consagrado al respecto en el derecho de la contratación internacional.

⁴⁰ Mencionado por la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de diciembre de 2002, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo, en relación con la exigibilidad de una conducta coherente de la sociedad de leasing como intermediario financiero frente al locatario o usuario del servicio.

cuya violación puede dar lugar a la obligación de indemnizar el perjuicio causado, en los términos del régimen de responsabilidad que el mismo derecho privado consagra.

5. Las reglas del Presupuesto Público aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta dedicadas a actividades financieras.

El Decreto 111 de 1996, mediante el cual se compilaron la leyes 38 de 1989 y 179 de 1994, contenido del denominado Estatuto Orgánico de Presupuesto, consagró los principios del sistema presupuestal, a saber: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeóstasis, a la vez que reguló el control político y de seguimiento sobre el presupuesto, acerca del cual para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta dispuso la cobertura del presupuesto nacional a éstas entidades a nivel de planes y programas⁴¹ y el envío de la información financiera de las mismas al Ministerio de Hacienda, así como la integración de las utilidades o excedentes financieros de tales entidades al Presupuesto Nacional así:

“ARTICULO 91. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta deberán enviar al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda la totalidad de los estados financieros definitivos con corte a 31 de diciembre del año anterior, a más tardar el 31 de marzo de cada año.

Le corresponde al Gobierno establecer las directrices y controles que estos órganos deben cumplir en la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos, así como de la inversión de sus excedentes.

El Ministro de Hacienda establecerá las directrices y controles que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de

⁴¹ **“ARTÍCULO 3º.** Cobertura del estatuto. Consta de dos (2) niveles: un primer nivel corresponde al presupuesto general de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional.

El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, se les aplicarán las normas que expresamente las mencione (L. 38/89, art. 2º; L. 179/94, art. 1º).” (La negrilla no es del texto)

economía mixta dedicadas a actividades financieras deben cumplir en la elaboración, aprobación, conformación y ejecución de sus presupuestos, esta función podrá ser delegada en el Superintendente Bancario.”

ARTICULO 97. Los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional no societarias, son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará, por lo menos, el 20% a la empresa que haya generado dicho excedente. Las utilidades de las empresas industriales y comerciales societarias del Estado y de las sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de la empresa.

(...)”

Por otra parte, en cuanto a las reglas de elaboración y ejecución de los presupuestos de las entidades dedicadas a actividades financieras el Estatuto Orgánico de Presupuesto dispuso en el último inciso del artículo 96, lo siguiente:

“El Ministro de Hacienda establecerá la directrices y controles que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta dedicadas a actividades financieras deben cumplir en la elaboración, aprobación, conformación y ejecución de sus presupuestos.”

En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución 2416 de 12 de noviembre de 1997 *“Por la cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y aprobación de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional dedicadas a actividades financieras”*, en la cual incorporó las siguientes disposiciones acerca de la disciplina que deben observar las entidades financieras públicas en la aprobación y modificación de los presupuestos y de las apropiaciones o asignaciones presupuestales, así:

“Artículo 1º La presente Resolución se aplica a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta del orden nacional dedicadas a actividades financieras, las cuales en esta Resolución se denominarán empresas.

Artículo 2º. Al presupuesto de las empresas se les aplicará el principio de la anualidad. El año calendario comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año.

(...)

Artículo 6º El presupuesto de gastos comprende la totalidad de los gastos operacionales y no operacionales, dentro de los gastos operacionales deberán discriminarse los gastos administrativos y los demás gastos.

Artículo 7º Los presidentes, gerentes o directores presentarán a la junta directiva u órgano directivo competente el anteproyecto de presupuesto antes del 31 de octubre de cada año.

Artículo 8º La junta directiva u órgano directivo competente, antes del 31 de diciembre de cada año, aprobará el presupuesto de ingresos y gastos y modificaciones con base en los anteproyectos presentados por los presidentes, gerentes y directores de la empresa respectiva.

Artículo 9º. Las apropiaciones aprobadas de acuerdo con la discriminación indicada en el artículo 6º de esta resolución son autorizaciones máximas de gasto que tienen como fin ser ejecutadas durante la vigencia fiscal respectiva.

No obstante, la discriminación de las apropiaciones podrá modificarse mediante decisión de la junta directiva u órgano directivo competente.

Artículo 10. Las modificaciones a las apropiaciones según discriminación aprobada por la junta directiva u órgano directivo competente requerirá de nueva aprobación por dicho órgano previa solicitud presentada a su consideración por la administración.”

De la anterior regulación se concluye lo siguiente:

1. El presupuesto de ingresos y gastos de las entidades financieras públicas se debe aprobar por su Junta Directiva u órgano competente, para ser ejecutado en vigencias anuales, a más tardar el 31 de diciembre de cada año.
2. El presupuesto de gastos debe incluir tanto los gastos operacionales como los no operacionales;
3. De acuerdo con el presupuesto de gastos aprobado, la Junta Directiva u órgano competente debe autorizar las apropiaciones o asignaciones de gasto dentro del respectivo presupuesto, esto es el valor asignado a cada uno de los rubros que integran el presupuesto, para comprometer y ejecutar el gasto, las cuales constituyen autorizaciones máximas de gasto para la administración de la respectiva entidad;
4. Las apropiaciones establecidas por la Junta Directiva u órgano competente sólo podrán modificarse mediante una nueva aprobación de la misma;

En consecuencia, la apropiación o asignación presupuestal definida por la Junta Directiva u órgano competente para el gasto con cargo al presupuesto público constituye un límite para la administración de la entidad financiera estatal, en cuanto a la destinación y a la cuantía para comprometer el gasto.

6. La Pruebas aportadas al proceso.

Los siguientes documentos fueron aportados al proceso en original o en copia autorizada por funcionario competente, por lo cual se tendrán como prueba idónea en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil:

6.1. Acta No. 172 de la Junta Directiva del Banco Agrario de Colombia S.A., de fecha 23 de enero de 2001, mediante la cual se aprobó el presupuesto de asignaciones del año 2001, *“para respaldar la contratación de bienes y servicios que se efectúe durante la presente vigencia”*, detallado así:

*“PRESUPUESTO ASIGNACIONES AÑO 2001
(en millones de pesos)*

OBJETO	PRESUPUESTO ASIGNACIONES	DURACIÓN	PERIODO
<i>Invitación Pública de y Microfilmación</i>	3.500	2 Años	A partir de abril 01/01
(...)			
TOTAL	28.600		

Igualmente en la misma Acta de la Junta Directiva consta la aprobación del Acuerdo No. 52 de 23 de enero de 2001 mediante el cual se dispuso una adición al presupuesto de gastos generales de funcionamiento del Banco para el año 2001, en la suma de \$6.735'000.000, destinado al pago de la prima del seguro de depósito al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN, de conformidad con la Resolución No. 005 de noviembre 27 de 2000 que entró regir el 1 de enero de 2001 (folios 399 a 409, cuaderno 5).

6.2. Certificación expedida por el Gerente de Planeación y Control Financiero de la Vicepresidencia Financiera del Banco Agrario de Colombia S.A., con fecha 1º de febrero de 2001, en la cual indicó:

“Que dentro del presupuesto de asignaciones correspondiente a la vigencia de 2001, se cuenta con las partidas requeridas por la Gerencia Administrativa, que permiten suscribir el contrato de archivo y microfilmación por dos años, a partir del 1 de abril de 2001, por un valor de \$3.500'000.000.” (Folio 410, cuaderno 5).

6.3. Acuerdo No. 56 de 24 de Abril de 2001, mediante el cual la Junta Directiva del Banco Agrario de Colombia S.A., adoptó el Manual de Contratación de la citada entidad (folios 8 y 9, cuaderno 5).

6.4. Manual de Contratación del Banco Agrario de Colombia S.A., (folios 10 a 31, cuaderno 5), en el cual se adoptaron las siguientes disposiciones:

“CAPITULO II

OBJETO, CAPACIDAD Y PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN

(...)

ARTICULO SEXTO: Principios aplicables a la contratación. Las actuaciones que se adelanten para la ejecución de todos los procesos contractuales del Banco deben desarrollarse con arreglo a los principios de: adaptabilidad, buena fe, calidad, celeridad, continuidad, contradicción, ecuación contractual, eficacia, eficiencia, economía, igualdad, imparcialidad, moralidad, publicidad, responsabilidad y transparencia.

(...)

CAPITULO IV

COMPETENCIAS Y FACULTADES DE CONTRATACIÓN

ARTICULO DÉCIMO PRIMERO: Competencia para ordenar, estudiar y dirigir los procesos de contratación. Corresponde al Comité de Contratación Nacional, al Vicepresidente Administrativo y de Desarrollo Humano y a los Comités de Contratación Regional, ordenar, estudiar y dirigir los procesos de contratación de que trata el presente reglamento, dentro del marco general de las atribuciones otorgadas y de acuerdo con el procedimiento previsto en el presente Manual.

CAPITULO V

PROCESOS DE CONTRATACIÓN

(...)

ARTICULO DÉCIMO NOVENO. Proceso a seguir en la contratación. El Banco seleccionará a sus contratistas adelantando alguno de los procesos señalados anteriormente, de acuerdo con la cuantía del contrato así⁴²:

COMITÉ DEPENDENCIA	O	Licitación o concursos Públicos	o	Invitación Pública
COMITÉ DE CONTRATACIÓN	DE	Mayor al 2% del presupuesto	del	Mayor a 600 SMLMV hasta el 2% del

⁴² Se transcribe solamente la parte pertinente del cuadro, en el cual se detallaron también las competencias de la Vicepresidencia Administrativa y los Comités Regionales para la invitación directa y la contratación abreviada.

		<i>presupuesto.</i>
--	--	---------------------

(...)

ARTICULO VIGÉSIMO. Requisitos previos al proceso. El proceso será iniciado, siempre y cuando cuente con los siguientes soportes:

- 1. Comunicación de la dependencia usuaria solicitando la contratación, la cual contenga un estudio que justifique la conveniencia, oportunidad, necesidad y su adecuación a los planos de inversión o de gastos. Cuando sea necesario el estudio deberá estar acompañado de los diseños, planos y evaluaciones de factibilidad y prefactibilidad.*
- 2. Autorización de la instancia competente para la iniciación del proceso.*
- 3. Disponibilidad Presupuestal*

CAPÍTULO X

REGLAS COMUNES A LA CONTRATACION

(...)

ARTICULO TRIGESIMO TERCERO. No adjudicación de la contratación en los procesos de invitación pública o directa. La contratación en los procesos de invitación pública o directa no se adjudicará en los siguientes casos:

- 1. Cuando el procedimiento se adelante sin ajustarse al manual de contratación.*
- 2. Cuando la reserva de las propuestas fuere violada antes del cierre del proceso, o se determine por alguna razón que no existieron las condiciones que permitieran la igualdad de oportunidades o el equilibrio entre oferentes.*
- 3. Cuando ninguna de las propuestas se ajuste a los requerimientos mínimos exigidos, o técnicos estipulados en el pliego, o los precios no se ajusten a los del mercado o al presupuesto del Banco.*
- 4. Cuando no se pueda escoger objetivamente al oferente.*
- 5. Cuando no se presenten propuestas.*

La Vicepresidencia Administrativa y de Desarrollo Humano, según el caso, comunicará a los proponentes la ocurrencia de tal hecho, mediante comunicación escrita privada.”

6.5. Documento de Términos de Referencia de la INVITACIÓN PÚBLICA No. 2001-18 GESTIÓN DOCUMENTAL (folios 53 a 125, cuaderno 5), de fecha septiembre de 2001, en el cual se detallaron las siguientes condiciones:

“CONDICIONES GENERALES

(...)

1.8.1. CRITERIOS PARA LA ADJUDICACION

El BANCO efectuará los estudios del caso y el análisis comparativo, para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable para éste.

1.8.2. PROCEDIMIENTO

Las propuestas serán evaluadas y calificadas de acuerdo con la metodología señalada en el Capítulo IV, Criterios de Selección.

Una vez elaborado el informe de evaluación de las propuestas, el mismo será presentado ante la instancia competente para estudio y aprobación.

(...)

1.8.4. FORMA DE ADJUDICACIÓN

Vencido el plazo para adjudicar la presente invitación, se podrá adjudicar al proponente mejor calificado.

La adjudicación se efectuará por el Comité de Contratación, la cual será notificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

EL BANCO se reserva el derecho de adjudicar parcialmente o de no adjudicar la presente invitación.”

6.6. Adendo No. 1 (folios 126 a 155, cuaderno 5), el cual contiene las preguntas de los proponentes y respuestas del Banco, dentro de las cuales se destaca la solicitud y entrega del Manual de Contratación a los proponentes, así:

“GESFOR solicita al BANCO AGRARIO una copia del manual de contratación del Banco, ya sea en medio magnético o escrito.

Se allega el mismo.”

En relación con el mismo Adendo No. 1 que se presentó como parte del documento entregado por la Pontificia Universidad Javeriana, se pueden destacar las siguientes preguntas y respuestas:

“Dentro de los principios de igualdad y publicidad, cada proponente debe conocer el manual de contratación del BANCO, para tener claros (sic) cuáles factores se van a evaluar en sus ofertas (ver numeral 1.8.5., causales de desierta o no adjudicación de la invitación).

Se anexa copia del Manual de Contratación del Banco.

Numeral 1.6.5., declaratoria de desierta o no adjudicación de la invitación: “cuando las propuestas no se ajusten al presupuesto del BANCO”. ¿Cuál es entonces el presupuesto asignado para el presente proyecto?

No se modifica” (La negrilla es del texto, folio 100, anexo 2 cuaderno 2).

6.7. Adendo No. 2 (folios 156 a 159.cuaderno 5), en el cual se realizaron nuevas aclaraciones y modificaciones.

6.8. Contrato No. 2001-21 para evaluar las ofertas de la Invitación Pública No. 2001-18, celebrado entre el Banco Agrario de Colombia S.A., y la Pontificia Universidad Javeriana, con fecha 28 de diciembre de 2001 (folios 165 a 172, cuaderno 5).

6.9. Documento de fecha enero 30 de 2002, el cual contiene la presentación de resultados de la evaluación realizada por la Pontificia Universidad Javeriana, con fecha enero 30 de 2002 (folios 175 a 213, cuaderno 5).

6.10. Comunicaciones de enero 31 de 2002 emitidas por la Gerencia Administrativa del Banco Agrario de Colombia S.A., dirigidas a cada uno de los proponentes, en las cuales quedó a disposición de los mismos el informe de evaluación de las propuestas dentro de la Invitación No. 2001- 18 (folios 215, a 219, cuaderno 5).

6.11. Comunicaciones de 5 de febrero de 2002, dirigidas a cada uno de los proponentes, mediante las cuales el Banco Agrario de Colombia S.A., informó sobre la prórroga del plazo para presentar observaciones a la evaluación, hasta el 6 de febrero de 2002 (folios 390 a 395, cuaderno 5).

6.12. Comunicación de 5 de febrero de 2002 mediante la cual la Unión Temporal Databox S.A. - Tandem S.A., ratificó sus ofrecimientos y respaldos, así como presentó observaciones al informe evaluación de propuestas (folio 220, cuaderno 5).

6.13. Comunicación de 6 de febrero de 2002, mediante la cual la Unión Temporal GESIP formuló observaciones al informe de evaluación (folio 222, cuaderno 5).

6.14. Comunicación de 5 de febrero de 2002, mediante la cual la sociedad Digimaster Ltda., presentó observaciones al informe evaluación de propuestas (folios 225 y 226, cuaderno 5).

6.15. Comunicaciones de 5 y 8 de febrero de 2002, mediante las cuales la sociedad Data File S.A., presentó observaciones al informe evaluación de propuestas (folios 230 a 232, cuaderno 5).

6.16. Comunicación de febrero 12 de 2002 mediante la cual la Pontificia Universidad Javeriana presentó las respuestas a las observaciones de los proponentes sobre la evaluación de las ofertas y remitió el disco con el formato de evaluación y puntajes corregidos (folios 234 a 252, cuaderno 5), según se lee a continuación:

“Después de hacer las revisiones y correcciones con base en las solicitudes de los proponentes, los puntajes finales de la calificación para la Invitación Pública 2001-18 quedan de la siguiente manera:

FACTORES	Puntos	DATA FILE	DIGIMASTER	SETECSA	UT GESIP	UT TANDEM
<i>Económico</i>	140	140,0	71,8	64,7	128,8	123,5
<i>Financiero</i>	150	68,4	61,8	101,7	88,8	126,3
<i>Técnico Fase I</i>	70	43,0	28,0	35,0	64,0	39,0
<i>Técnico Fase II</i>	75	58,0	52,0	34,0	64,0	60,0
<i>Técnico Fase III</i>	65	63,0	41,0	51,0	55,0	56,0
TOTAL	500	372,4	254,6	286,5	400,7	404,8

6.17. Acta del Comité de Contratación No. 28 de 21 de febrero de 2002, en la cual consta que ese organismo consideró la evaluación de las propuestas de la invitación 2001-18 y decidió citar a la Pontificia Universidad Javeriana para resolver las inquietudes *“debido a que en los cuadros no hay información sobre los criterios de conveniencia que llevan a determinado puntaje”*.

6.18. Acta del Comité de Contratación No. 29 de 7 de marzo de 2002, correspondiente a la sesión en el cual se hicieron presentes los consultores de la Pontificia Universidad Javeriana y expusieron el informe relacionado con la evaluación de las propuestas de la Invitación Pública 2001-18 y las alternativas posibles, luego de lo cual se decidió por parte del Comité prorrogar el término de adjudicación de la Invitación Pública 2001-18, con el fin de realizar una nueva reunión para resolver inquietudes en torno a las razones de experiencia o de capacidad del equipo de trabajo de la firma que obtuvo el máximo puntaje.

6.19. Acta No. 30 de 13 de marzo de 2002 (folios 329 a 337, cuaderno 5), en la cual consta la entrega al Comité de Contratación del documento preparado por la Gerencia Administrativa del Banco Agrario de Colombia S.A., denominado *“CONCLUSIÓN DE SELECCIÓN OBJETIVA Y CONVENIENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE LA INVITACIÓN PÚBLICA 2001-18 GESTIÓN DOCUMENTAL”*, con base en cuyo contenido se adoptó la siguiente decisión:

“Analizados los argumentos y documentos presentados, el Comité de Contratación por unanimidad define adjudicar la Invitación Pública 2001-18 Gestión Documental a la Unión Temporal GESIP, por presentar la mejor opción de conveniencia para el Banco.”

6.20. Documento de evaluación de proponentes de fecha marzo 7 de 2002, elaborado por la Pontificia Universidad Javeriana (folios 331 a 337, cuaderno 5), en el cual se lee lo siguiente:

“De acuerdo con lo evaluado, consideramos que el Banco se podría ver favorecido al seleccionar la Unión Temporal GESIP, por su trayectoria, experiencia y características de los contratos realizados a otras entidades.

Hacemos claridad en que el ganador en el puntaje cumple con los requisitos mínimos para la ejecución del trabajo, sin embargo es superado por GESIP en cuatro de los cinco aspectos calificados.”

6.21. Documento de *“CONCLUSIÓN DE SELECCIÓN OBJETIVA Y CONVENIENCIA PARA LA ADJUDICACIÓN DE LA INVITACIÓN PÚBLICA 2001-18 GESTIÓN DOCUMENTAL”*, en el cual se lee:

“Teniendo en cuenta que para el Banco Agrario de Colombia S.A. la invitación pública 2001-18 Gestión Documental reviste fundamental importancia para dar cumplimiento a las exigencias de ley, a los compromisos con entidades de vigilancia y control y para desarrollar el proyecto integral acorde con los programas de modernización tecnológica que adelanta la Institución, se concluye que la Unión Temporal GESIP es la adjudicataria del contrato por cuanto brinda la confianza, tranquilidad y respaldo y garantía para el desarrollo a conformidad del proceso.” (Folio 344, cuaderno 5).

6.22. Comunicaciones de 14 de marzo de 2002 dirigidas a cada uno de los proponentes mediante las cuales el Banco Agrario de Colombia S.A., informó “*que en desarrollo del proceso de la referencia, le ha sido adjudicado el respectivo contrato a la Unión Temporal GESIP*” (folios 361 a 365, cuaderno 5).

6.23. Certificación del Gerente de Planeación y Control Financiero de la Vicepresidencia Financiera del Banco Agrario de Colombia S.A., expedida en mayo 31 de 2002, en la cual hizo constar lo siguiente:

“Que el Valor correspondiente al 2% del presupuesto aprobado para la vigencia 2001 es de TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS M/cte (\$3.735’520.000)”. (Folio 397, cuaderno 5).

6.24. Certificación del Gerente de Planeación y Control Financiero de la Vicepresidencia Financiera del Banco Agrario de Colombia S.A., expedida en mayo 31 de 2002, en la cual indicó:

“Que el Valor correspondiente al 2% del presupuesto aprobado para la vigencia 2002 es de CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/cte (\$4.299’800.000)”. (Folio 367 cuaderno 59).

6.25. Contrato de Prestación de Servicios Técnicos para el Desarrollo e Implementación del Proyecto de Gestión Documental celebrado entre el Banco Agrario de Colombia S.A., y la Unión Temporal GESIP, con fecha 11 de abril de 2002, por valor de \$4.162’079.578 incluido IVA (folios 369 a 386, cuaderno 5).

6.26. Certificación expedida el 15 de octubre de 2002 por el Vicepresidente Financiero (e) del Banco Agrario de Colombia S.A., en la cual indicó:

“El contrato No. 2002CO00049 suscrito entre el Banco Agrario de Colombia S.A. y la Unión Temporal GESIP, el día 11 de abril de 2002, se encuentra registrado presupuestalmente de acuerdo con lo establecido por el Manual de Presupuesto del Banco por un precio de \$3.587’999.636 en el punto de honorarios código 5130 y un valor correspondiente al IVA de \$574’079.942 en el rubro de impuestos código 5140.” (Folio 388 cuaderno 5).

6.27. Cartas de presentación de propuestas suscritas por Unión Temporal Databox S.A. - Tandem S.A.; Unión Temporal GESIP; Datafile S.A.; Setecsa S.A., y Filmaster Internacional (folios 412 a 421, cuaderno 5).

6.28. Propuesta presentada por la Unión Temporal Databox S.A., - Tandem S.A., por valor de \$4.340'720.000, con sus respectivos anexos (folios 423 a 492, cuaderno 5 y cuaderno 3).

6.29. Propuesta presentada por Unión Temporal GESIP, por valor de \$4.162'079.578, con sus respectivos anexos (folios 1 a 617, cuaderno 6 y folios 1 a 483, cuaderno 7).

6.30. Comunicación DIS 193 de Diciembre 9 de 2002 dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual la Pontificia Universidad Javeriana presentó una explicación del proceso de evaluación técnica, económica y financiera desarrollado para la selección del proponente en la Invitación Pública No. 2001-18, con sus respectivos anexos (Carpetas 1 y 2, anexos cuaderno 8).

Por otra parte, dentro del proceso se practicaron los siguientes **testimonios**:

El señor Mario Ballesteros Mejía, Vicepresidente Administrativo de Gestión Humana del Banco Agrario de Colombia S.A., para la época de los hechos, indicó lo siguiente:

“[se] inició el proceso de invitación pública para contratar la organización del archivo del Banco, ya que era importante organizarlo para poder tener una buena operación bancaria, más adelante se pusieron los avisos en prensa, se vendieron los términos de referencia, se cerró la invitación, se procedió a recibir las ofertas de potenciales interesados y paralelamente se hizo una invitación a unas universidades para que evaluaran las ofertas de dicho proceso, una vez la universidad [la Pontificia Universidad Javeriana] procedió a evaluar y calificar el informe, presentó el informe correspondiente ante el Comité Nacional de Contratación (...) No fue una segunda evaluación sino que por solicitud del Comité Nacional de Contratación se solicitó a la Universidad que hizo la evaluación resolver algunas inquietudes que tenía el Comité, hecho que se procedió a hacer.”

El señor Paulino Millán, quien informó haber sido inicialmente Vicepresidente Administrativo del Banco y luego, para la época de los hechos, Secretario General del mismo, indicó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Con su experiencia en el cargo podría explicarnos cuál era el procedimiento para la elaboración de los pliegos para las invitaciones:

CONTESTO: El área usuaria demanda la necesidad a la vicepresidencia administrativa y en el área administrativa usualmente se elaboran los términos de referencia y se solicita la disponibilidad presupuestal, una vez se cumple con estos dos requisitos, la oficina jurídica le da el visto bueno a los términos de referencia y se procede a hacer la respectiva licitación,

invitación pública, invitación directa e invitación abreviada dependiendo de la naturaleza del proceso y de la cuantía contractual.

(...)

PREGUNTADO: Usted mencionó inicialmente que el comité nacional de contratación en el cual usted es invitado permanente hizo varias sesiones en torno a los resultados del proceso, recuerda usted los puntos sobre los cuales versaron esas discusiones?

CONTESTO: Creo que fue sobre algún empate técnico, me parece, entonces se pidió profundizar a la universidad en aras de que hubiera suficiente claridad y transparencia en la decisión.”

El señor Miguel Angel Ayuso, testigo que fue tachado como sospechoso, toda vez que a partir del mes de noviembre de 2003 fue objeto de una suspensión provisional en proceso disciplinario que le inició el Banco y que a su vez obró como denunciante por hechos relacionados con el Vicepresidente Administrativo y de Gestión Humana, narró que dentro de la investigación preliminar disciplinaria en su contra se presentó una inspección a su computador y se encontró que el archivo de los términos de referencia que recibió para la elaboración respectiva, tenía como primer autor al usuario “Júpiter” el cual correspondía a una licencia de *word* asignada a Informática Gesfor de la Unión Temporal GESIP, circunstancia que fue denunciada penalmente⁴³.

La señora Esperanza Rodríguez Roldán, abogada de la Vicepresidencia Administrativa, contra quien se presentó también la tacha de sospecha por haber sido sujeto de sanción disciplinaria, indicó que en el momento de la decisión del Comité se presentaron diferencias entre el señor Ballesteros y el señor Klein en cuanto a la posibilidad de adjudicar en la forma recomendada por la Vicepresidencia Administrativa y que por ello se pidió un concepto.

El señor Edgar Sánchez García, testigo igualmente tachado como sospechoso por el Banco Agrario de Colombia S.A., por razón de posible enemistad surgida con ocasión de las investigaciones en su contra y la circunstancia de haber obrado como denunciante ante la Fiscalía General por hechos relacionados con el señor Mario Ballesteros Mejía, se refirió a la elaboración de los términos de referencia, narró la presentación del proceso de

⁴³ El Banco Agrario de Colombia S.A. presentó la providencia de la Fiscalía General de la Nación de fecha febrero 12 de 2004 mediante la cual la Fiscalía decidió inhibirse de continuar investigación contra el señor Mario Ballesteros Mejía, por razón de la denuncia presentada por los señores Edgar Sánchez, Esperanza Rodríguez y Miguel Ángel Ayuso; igualmente se adjuntaron las providencias No. 1888 de 27 de febrero de 2003 en la cual La Fiscalía decidió precluir la investigación a favor de Esperanza Rodríguez Roldán y No. 1083 de septiembre 23 de 2003 en la cual la unidad de Fiscalías se inhibió de investigar al Sr. Edgar Sánchez García; así como se recibió en el proceso copia de la decisión de la Coordinación de Asuntos Disciplinarios Regional Bogotá del Banco Agrario de Colombia S.A. de fecha junio 24 de 2002, en cuanto se decidió no abrir investigación formal disciplinaria en razón de un anónimo acerca de las irregularidades de varias contrataciones del Banco.

contratación y las diferencias que se presentaron en el seno del Comité de Contratación en relación con la aplicación del empate técnico. Agregó que no asistió a la reunión del Comité de Contratación en la que finalmente se decidió la adjudicación.

En cuanto a la tacha por sospecha presentada por el Banco Agrario de Colombia S.A., en relación con tres de los testigos citados, por razón de la denuncia penal presentada por ellos y la circunstancia de haber sido sujetos de investigación disciplinaria, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, toda vez que sus declaraciones, de importancia para este proceso, corresponden a hechos que a su vez aparecen probados en las actas del Comité de Contratación y, por otra parte, en relación con las declaraciones acerca de una posible colusión en la elaboración de los términos de referencia de la Invitación Pública 2001-18, las mismas no se tendrán en cuenta como base para las decisiones en este proceso en cuanto que constituyeron materia de la investigación penal que no prosperó.

7. El caso concreto.

7.1. Jurisdicción competente.

El Banco Agrario de Colombia S.A., alegó que en esta jurisdicción especializada no era legalmente posible solicitar la nulidad del acto de adjudicación del contrato de Gestión Documental, teniendo en cuenta que el proceso de contratación se refirió a un acto propio del giro ordinario de sus negocios y, por lo tanto, no se rigió por la Ley 80 de 1993.

Como ya se ha expuesto en esta providencia, por disposición del Código Contencioso Administrativo vigente para este proceso, las controversias surgidas en relación con el acto de adjudicación y los contratos celebrados por las entidades públicas financieras, se someten a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por razón del órgano que los realiza, con independencia de que para los mismos no aplique el estatuto de contratación estatal, sino el estatuto especial de la respectiva actividad y las normas del Código de Comercio y el Código Civil.

En este sentido, las consideraciones expuestas acerca de la competencia de esta Jurisdicción sustentan el rechazo de la excepción de falta de jurisdicción que fue decretada en la primera instancia y en consecuencia la Sala procederá a conocer de fondo sobre el caso concreto.

Vale la pena agregar que en el caso *sub lite* la controversia no se refirió a la cobranza de un crédito bancario, de manera que no hay lugar a concluir que pueda ser la jurisdicción ordinaria, reconocida en su oportunidad para conocer de los procesos ejecutivos originados

en contratos bancarios celebrados por el Banco Agrario de Colombia S.A., la competente para conocer del presente proceso, de conformidad con las puntualizaciones que realizó el Consejo de Estado en las providencias ya citadas.

7.2. Régimen de la Invitación Pública 2001-18.

Para definir la ley aplicable a los actos precontractuales y contractuales en el caso *sub lite*, ha de seguirse -como lo hizo el Tribunal *a quo*- la ruta para determinar previamente la conexidad del objeto contractual con el giro ordinario de los negocios del Banco y luego la cuantía del contrato, para efectos de la aplicación del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 21 del Decreto 679 de 1994.

En este *iter contractus* la Sala advierte que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del concepto de las operaciones conexas al giro ordinario de los negocios, se puede verificar que la Invitación Pública No. 2001-18 se refirió a una contratación conexas con el objeto social y específicamente con la operación bancaria, con base en la apreciación de las siguientes pruebas:

El objeto definido para el contrato se refirió a la gestión documental de “todos los archivos del Banco” de acuerdo con la lectura de los términos de referencia y en las preguntas y respuestas contenidas en el Adendo 1 se hizo referencia específica a los pagarés del Banco y a los documentos de las operaciones de canje de cheques, las cuales constituyen documentos relacionados con las operaciones activas de crédito reguladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y con el contrato de cuenta corriente bancario, comprendido dentro de los contratos bancarios definidos en el Título XVII del Código de Comercio, amén de que se encuentra como apoyo a esta posición del Banco que en el registro presupuestal el contrato se clasificó como gasto operacional, según se lee en la certificación expedida el 15 de octubre de 2002, en cuanto se citó la cuenta 5130⁴⁴, la cual corresponde en el plan único de cuentas de las entidades financieras a un gasto operacional por concepto de honorarios, en contraposición a las cuentas de gasto no operacional las cuales se asignan en la dinámica de cuentas contables a los gastos causados por eventos ajenos a la operación normal del Banco.

Al ocuparse de precisar cuál es el valor estimado del contrato para efectos de determinar cuál debe ser el régimen legal aplicable tanto al correspondiente procedimiento de selección contractual (etapa pre - contractual), a la formación o perfeccionamiento del vínculo, como al contrato mismo (etapa de ejecución o contractual propiamente dicha e

⁴⁴ Folio 388, cuaderno 5.

incluso a la etapa post – contractual incluida la correspondiente liquidación), la Sala acogerá las conclusiones del Tribunal *a quo*, por las siguientes razones:

De conformidad con las reglas de presupuesto definidas en la Resolución 2416 de 1997 para las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales en el sector financiero, resulta evidente que el Banco Agrario de Colombia S.A., se encontraba sometido a la aplicación del régimen legal propio del derecho privado para las contrataciones relacionadas con las actividades del giro ordinario de los negocios, en cuanto su monto no excediera la suma de \$3.735'520.000, *la cual correspondá al 2% del presupuesto para la vigencia de 2001*, según se probó con la certificación de fecha mayo 31 de 2002, obrante al folio 397 cuaderno 5.

Ahora bien, la suma de \$3.735'520.000 constituyó el límite aplicable en el mes de septiembre de 2001, momento en el cual abrió la Invitación Pública No. 2001-18, a lo cual se debe agregar que para el específico contrato de archivo y microfilmación la Junta Directiva autorizó una asignación por valor de \$3.500'000.000, -inferior al 2% del presupuesto- de acuerdo con el contenido del Acta No. 172 del 23 de enero de 2001 (folios 399 a 409, cuaderno 5).

Por otra parte, se observa que la certificación acerca de la suma que constituyó el 2% del presupuesto para la vigencia de 2001, expedida el 31 de mayo de 2002 con destino al presente proceso judicial, se refirió al presupuesto aprobado para esa vigencia de 2001, incluyendo el monto total del presupuesto y, por lo tanto, la adición del mismo referida en el Acuerdo No. 52 de 23 de enero de 2001, adición presupuestal correctamente considerada en el monto total del valor del presupuesto de 2001 y, por lo tanto, en la base para el cálculo del 2% referido en el Decreto 679 de 1994, tal como se hizo constar en la certificación aportada como prueba⁴⁵.

Ahora bien, la Sala observa que el Banco Agrario de Colombia S.A., realizó una Invitación Pública sin fijar el límite de cuantía para las propuestas, a sabiendas de que sólo podía comprometerse para el contrato respectivo hasta por la suma de \$3.500'000.000 que correspondió a la autorización de gasto asignada por la Junta Directiva y cuando se le preguntó acerca del monto estimado de presupuesto para el contrato que de manera correcta se proponía celebrar, ello teniendo presente la disposición de los Términos de

⁴⁵ La apropiación se aprobó con una duración de 2 años a partir de abril 1º. de 2001 a abril de 2003, lo cual no se entiende desde el ángulo de la anualidad del presupuesto, salvo que se hubiere aprobado una reserva del gasto de esa vigencia, en el respectivo presupuesto, cosa que en este caso no se evidenció.

Referencia que preveía la imposibilidad de adjudicar en caso de que las propuestas superaran la partida prevista o disponible, esa entidad se negó a modificar la disposición y tampoco entregó la cifra del presupuesto aprobado para la respectiva contratación.

En relación con la conducta que se acaba de observar, la Sala no acoge la justificación que en su defensa esgrimió el apoderado del Banco demandado, según la cual la Invitación Pública No. 2001-18 podía adelantarse sin informar acerca del presupuesto asignado a la contratación, toda vez que esa cifra constituía un límite interno de la capacidad legal del Banco para contratar que ha debido ser conocido por los proponentes para evitar propuestas que el Banco no pudiera aceptar y por la misma razón se hacía necesario comunicar la información con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento para todas las partes, cuestión que, además constituye un obvio desarrollo de los principios constitucionales de publicidad, de moralidad, de imparcialidad y de eficacia a cuya observancia se encuentra obligado y sometido el Banco demandado en el desarrollo de todas sus actuaciones, incluidas claro está, las de naturaleza contractual.

Sin embargo, siendo que de acuerdo con la Resolución No. 2416 de 1997 era legalmente posible solicitar a la Junta Directiva nuevas apropiaciones o la modificación de las anteriores, se concluye que la falta al deber de información que habría permitido la presentación de propuestas por un valor mayor al de la apropiación inicialmente autorizada, no constituyó causa legítima para dejar de adjudicar a la mejor propuesta, puesto que la limitación interna del Banco, por razón de la cuantía de la autorización, no le era oponible a los partícipes de la Invitación Pública por haberla mantenido oculta y de hecho se entiende que para la firma del contrato por mayor valor del inicialmente asignado al contrato, el Banco debió contar con una nueva autorización de la apropiación en la vigencia de 2002 y si no fue así, el respectivo contratista no puede ser asaltado en su Buena Fe, toda vez que lo amparó la presunción del artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en relación con la suficiencia de facultades de los representantes de los establecimientos financieros, así:

“ARTICULO 74. REPRESENTACION LEGAL.

1. Facultades. La persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario, corporación financiera, corporación de ahorro y vivienda*, compañía de financiamiento comercial, sociedad de capitalización o sociedad de servicios financieros, sea como gerente o subgerente, tendrá la personería para todos los efectos legales y se presume, en el ejercicio de su cargo, que tiene autorización de la respectiva junta directiva para llevar la representación legal y obligar a la entidad frente a terceros, aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad

en que pueda incurrir para con dicha entidad, si hubiera procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla.”

7.3. La violación del principio de la Buena Fé y del deber de información en la etapa precontractual.

La Sala encuentra que la negativa a entregar la información en cuanto al presupuesto estimado y disponible para esta contratación, constituyó una falta al deber de información, tanto frente a los interesados y los proponentes como a la entidad que se contrató para realizar la evaluación de las ofertas, el cual era exigible dentro del principio de la Buena Fe precontractual prevista en el artículo 871 del Código de Comercio sin que ese hecho pueda ser imputado en manera alguna a los proponentes ni a la Universidad que actuó como evaluadora, toda vez que, como ya se dijo, el Banco Agrario de Colombia S.A., no incorporó esa información dentro del documento de Términos de Referencia, como tampoco la puso de presente frente al Comité de Contratación, toda vez que omitió concretamente la información acerca del valor del presupuesto aprobado en la respectiva vigencia, así como la del límite de la apropiación para el respectivo contrato.

Ahora bien, en relación con el deber de adjudicar al mejor oferente, la Sala estima que el mismo resultaba imperativo para el Banco, aún si aceptara que los términos de referencia no constituían una oferta comercial de conformidad con las previsiones del artículo 864 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta que en este caso se anunció una Invitación Pública con el objeto de *seleccionar el contratista* bajo unos criterios expresamente definidos, por lo cual al guardar un mínimo de consistencia con esa actuación, obligatoriamente debe concluirse que en virtud del principio de la Buena Fe y del deber de coherencia, el Banco no podía luego argumentar que en realidad el procedimiento que diseñó y puso en marcha para la escogencia de un proponente y la consiguiente celebración del respectivo contrato, en verdad tenía un objeto y un propósito bien diferente por cuanto lo que se perseguía era simplemente realizar un sondeo de mercado sin compromiso alguno respecto de la contratación.

7.4. Las reglas de empate entre las propuestas y la adjudicación por conveniencia.

En torno a la adjudicación realizada en el caso de la Invitación Pública No. 2001 -18 debe observarse la violación del principio de selección objetiva por razón de la adopción de un supuesto pero en realidad inexistente empate técnico, no previsto dentro de los Términos de Referencia, el cual fue planteado para dar paso a la alternativa de adjudicación a la propuesta más conveniente, apartándose de la obligación de calificación objetiva y por lo tanto constituyó una violación de los principios de la función administrativa según los

dictados del artículo 209 de la Constitución Política⁴⁶, particularmente de los principios de Imparcialidad, Igualdad, Moralidad el cual incluye la Transparencia, que se encontraban reiterados los Términos de Referencia, en cuyo contenido se manifestó a los proponentes que la adjudicación se haría siguiendo el principio de selección objetiva, todo lo cual resulta totalmente contrario a la adjudicación por conveniencia que finalmente se utilizó como fundamento de la decisión.

Acerca de la ilegalidad de las cláusulas introducidas en las Licitaciones Públicas para decretar el empate en relación con puntajes disímiles dentro de un rango porcentual o numérico predefinido, se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, así:

“De tal forma, no resulta ajustado al principio de selección objetiva la disposición contemplada en la Cláusula 1.16 del pliego de condiciones, porque al señalarse que son equivalentes y por lo tanto igualmente elegibles todas aquellas propuestas que estén en un rango del 10% con respecto a la propuesta que tenga mayor puntaje, le da a la entidad la facultad de decidir subjetivamente y por tanto apartarse del estricto orden de resultado que arroja la valoración de cada uno de los factores exigidos. El criterio estipulado resulta impreciso, no sólo porque permite eludir las calificaciones obtenidas en el proceso selectivo, sino además porque en virtud del mismo la entidad puede ofrecer argumentos de conveniencia que resultan sorprendidos para aquel que obtuvo la más alta valoración, desconociendo que una de las características de la licitación es precisamente la delimitación previa de reglas claras y precisas que ofrezcan certeza respecto de la decisión que va a asumir la administración. Cuando se deja abierta la puerta a una evaluación de las ofertas que no atiende de forma exclusiva a la verificación de las exigencias habilitantes o a la ponderación mediante fórmulas matemáticas de los ítems establecidos en la norma general que rige la actividad licitatoria, la actuación de la administración puede tornarse arbitraria. Por este motivo, la Sala considera que es procedente la aplicación de la excepción de ilegalidad.

Así las cosas, la inaplicación de la norma contenida en la cláusula 1.16 del pliego de condiciones puede comprometer la legalidad del acto de adjudicación, como quiera que éste es una materialización de las reglas contenidas en el acto administrativo general que rigió la escogencia del contratista, circunstancia que coloca de presente la relación directa e inescindible entre estas dos manifestaciones de voluntad de la autoridad administrativa. Sin embargo, para que las pretensiones de la demanda prosperen, el actor debe demostrar que obtuvo el mayor puntaje y que la escogencia realizada por la entidad fue una concreción de la fórmula según la cual las ofertas que se encontraran en un margen del 10% por debajo de la mejor calificada se consideraban iguales y equivalentes⁴⁷.

⁴⁶ “ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 24 de marzo de 2011, radicación número: 18032, actor: C. Y. O. limitada, demandado: CORVIDE, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Sala debe observar que en este proceso de Invitación Pública 2001-18, dentro de los formatos definidos para presentar las propuestas, se incorporó una declaración de entendimiento en el siguiente sentido:

“Finalmente, entendemos que el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., no está obligado a aceptar la más baja ni cualquiera de las propuestas presentadas”. (Folio 5, cuaderno 3)

Pues bien, la referida declaración se invocó en este proceso como amparada en la libertad de formas del derecho privado, pero se debe advertir que aún bajo la égida de la legislación comercial esa cláusula impuesta por el Banco a los partícipes sólo puede interpretarse dentro del contexto del deber de selección objetiva y los principios de Igualdad e Imparcialidad que se imponen por virtud del artículo 209 de la Constitución Política, por lo cual no es aceptable invocar esa declaración impuesta al proponente para justificar la adjudicación a favor de la segunda mejor propuesta, por cuanto el Banco violó los referidos principios constitucionales cuando estimó a la postre, y de manera sorpresiva, que la segunda mejor propuesta resultaba más conveniente que la primera, bajo un criterio contrario a los principios constitucionales y con lo cual el Banco desconoció por completo los factores de calificación predefinidos y terminó basado en consideraciones subjetivas, por fuera de las reglas de adjudicación del contrato, las cuales también constituyen una Ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil.

Por todo lo anterior se concluye que la declaración de entendimiento antes citada no puede interpretarse como una renuncia a la igualdad de trato de los proponentes ni aceptación alguna a la adjudicación por conveniencia, puesto que ello resultaría palmariamente violatorio de los aludidos principios constitucionales que por igual están llamados a informar y orientar la actividad contractual de la entidad demandada.

Se encuentra probado en este caso que la Pontificia Universidad Javeriana planteó dos alternativas al Comité de Contratación: aplazar la adjudicación del contrato en espera de la definición de la solución tecnológica para el “core” bancario o acogerse a la posibilidad de asumir un empate técnico entre los puntajes asignados y adjudicar a la Unión Temporal GESIP, observando la conveniencia para el Banco de contar con la experiencia específica de ese proponente especialmente en la etapa de diagnóstico, alternativa esta última por la que optó el Comité de Contratación del Banco bajo la recomendación de la Gerencia Administrativa del mismo, con el supuesto de encontrarse en un procedimiento regido por el

derecho privado bajo el cual equívocamente estimó que se le permitía adjudicar el contrato por una conveniencia encontrada *a posteriori*, cuando ese acto resultaba contrario a los principios de Imparcialidad, Moralidad e Igualdad que se le imponían por el artículo 209 de la Constitución Política y tampoco se encontró en coherencia con los documentos de la Invitación Pública, ni con los factores de calificación definidos en los Términos de Referencia, ni con la calificación de propuestas sobre la cual se dio la oportunidad de presentar observaciones.

Así las cosas, la Sala procederá a declarar la nulidad del acto de adjudicación del contrato dentro de la Invitación Pública No. 2001 – 18, así como la del respectivo contrato celebrado.

7.5. El derecho a la adjudicación y a la indemnización de perjuicios.

El Banco Agrario de Colombia S.A., alegó que si el procedimiento de Invitación Pública no se adelantó en legal forma, el demandante no podía reclamar derecho alguno derivado de la invitación realizada, aspecto sobre el cual vale la pena advertir frente al litigante, la regla de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, según la cual nadie puede alegar su propia culpa para fundar una pretensión o, en este caso, para bloquear el derecho a la indemnización del perjuicio causado por una actuación ilegal.

Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

“Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.

Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”.

De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante.

Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.

Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores

es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.).”⁴⁸

No obstante, se observa que no puede liquidarse la pretensión de la parte demandante formulada por concepto de perjuicios con base en las utilidades que esperaba del contrato que se le debió adjudicar, toda vez que solicitó la condena en perjuicios por una cifra que no acreditó con soporte o fundamento alguno, teniendo en cuenta que ni en los términos de referencia ni dentro de la propuesta se discriminó el AIU del contrato ni la utilidad esperada dentro del mismo, amén de que no se solicitó ni se ordenó una prueba para determinar la referida utilidad.

Sin embargo, las irregularidades configuradas y acreditadas en relación con el procedimiento de selección de la Invitación Pública No. 2001-18 resultan del todo imputables a la entidad estatal demandada, que en su calidad de directora del trámite precontractual desconoció las normas, reglas y principios en que debía cimentarlo y faltó al principio de Buena Fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política y en el artículo 863 del Código de Comercio, así como a los principios de Igualdad, Imparcialidad y Moralidad establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, lo cual sin duda causó a la parte demandante perjuicios en tanto le asistía el derecho a participar en un procedimiento de selección recto y ajustado a las previsiones legales y con ese convencimiento depositó su confianza, invirtió su tiempo y sus esfuerzos con la sana expectativa de resultar favorecido con la escogencia, a lo cual se agrega que demostró en este proceso que tenía legítimo derecho a la adjudicación del contrato por haber presentado la propuesta calificada con el mejor puntaje.

En relación con la cuantificación del daño, se considera que el mismo se entiende causado por el acto ilegal de adjudicación de la Invitación Pública No. 2001 - 18 frente a quien participó en debida forma del procedimiento de licitación⁴⁹ 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, en este caso propia del ánimo de lucro de la actividad de las sociedades comerciales que integran la parte demandante, la cual se vio frustrada por causa de la actuación ilegal de la entidad estatal demandada.

Así las cosas, en el caso concreto se encuentra que procede la indemnización de perjuicios en favor de la parte demandante, teniendo en cuenta que: **i)** se demostró la ilegalidad de la

⁴⁸ Sentencia T-213/08.

⁴⁹ Término que se utiliza aquí en forma genérica y no bajo el concepto específico que le atribuye y regula el Estatuto de Contratación Estatal.

decisión mediante la cual se decidió adjudicar el contrato invocando razones de conveniencia, en favor del proponente que presentó el segundo mejor puntaje y en violación de los derechos de la parte demandante como proponente que logró el primer puntaje; **ii)** el proponente mejor calificado, quien es el actual demandante, probó que su propuesta cumplió con los requisitos establecidos en los términos de referencia y que el puntaje le fue asignado correctamente, de acuerdo con lo cual tenía el derecho a ser el adjudicatario del contrato.

Por lo anterior, con arreglo a los conceptos de justicia y de equidad y de acuerdo con las normas que establecen la responsabilidad por el daño causado⁵⁰, los perjuicios pretendidos por la parte demandante están llamados a ser resarcidos.

Ahora bien, toda vez que en el expediente no reposan elementos de juicio a partir de los cuales pudiera establecerse la cuantía del perjuicio, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, se condenará en abstracto al Banco Agrario de Colombia S.A., a pagar a la parte demandante integrada por las sociedades Databox S.A., y Tandem S.A., a título de indemnización de perjuicios, la suma que se establezca por el Tribunal *a quo*, para cuya liquidación se tendrá en cuenta la suma que se determine en el trámite del incidente de liquidación de perjuicios para cuyo efecto se establecerá la utilidad neta que se demuestre con base en los siguientes parámetros, establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*“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**⁵¹ 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.

⁵⁰ Artículo 90 de la Constitución Política.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, noviembre 27 de 2002, exp. 13.792.

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**⁵², 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 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.⁵³

Acerca de los intereses solicitados por la parte demandante en relación con el perjuicio causado, la Sala establece que deberán liquidarse sobre la suma que se establezca para el perjuicio, a la tasa del interés legal civil del 6% referida en el artículo 1617 del Código Civil, teniendo en cuenta que en este caso no se originan en una obligación dineraria de que trata el artículo 884 del Código de Comercio, ni se puede aplicar el interés moratorio contractual

⁵² “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 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.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, 24 de julio de 2013, radicación; 25 000 23 26 000 2000 02482 01 acumulado 25 000 23 26 000 2000 02757 01, expediente 28.041, acumulado 28.598, actor Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (28.041). Consorcio Seguridad Atempi Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda. (28.598), Demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno, referencia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

previsto en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, toda vez que para el presente proceso el perjuicio no se predica en el escenario de la obligación contractual en mora.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia impugnada y en su lugar declarará la nulidad del acto administrativo demandado y condenará en abstracto a la entidad demandada, Banco Agrario de Colombia S.A., a pagar los perjuicios causados al demandante por razón de su frustrada participación y la vulneración de sus derechos en la Invitación Pública 2001-18.

8. Condena en costas.

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

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

F A L L A

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia proferida el 19 de enero de 2004 por la Sección Tercera, Sala de Descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se dispone lo siguiente:

1º. DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo de adjudicación de la Invitación Pública 2001-18 contenido en la carta del 14 de marzo de 2002 expedida por la Vicepresidencia Administrativa y de Desarrollo Humano del Banco Agrario de Colombia S.A., en cuanto que en desarrollo de la Invitación Pública No. 2001–18, dispuso adjudicar el Contrato de Prestación de Servicios Técnicos para el Desarrollo e Implementación del Proyecto de Gestión Documental, a la Unión Temporal GESIP.

2º. DECLÁRASE la nulidad de Contrato de Prestación de Servicios Técnicos para el Desarrollo e Implementación del Proyecto de Gestión Documental celebrado el 11 de abril de 2002 entre el Banco Agrario de Colombia S.A., y la Unión Temporal GESIP.

3º. CONDENÁSE EN ABSTRACTO al **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**, a pagar a la parte demandante integrada por las sociedades **DATABOX S.A. y TANDEM S.A.**, los perjuicios, para cuya liquidación se tendrá en cuenta la utilidad neta dejada de percibir en relación con su participación en la Invitación Pública 2001-18. Una vez establecido el monto del perjuicio, dicha cantidad deberá ser actualizada con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el DANE y así mismo a la suma histórica, esto es sin actualizar, se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6%) anual, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C.

4º. El incidente de liquidación de perjuicios deberá ser promovido por la parte demandante dentro de la oportunidad dispuesta por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

SEGUNDO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA