



741

10397

10

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

CONSEJERO PONENTE (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010)

Referencia:	Expediente No. 16540
Radicación No.	250002326000100400007-01
Actor:	Sociedad Saiz y Cía. Ltda. y/o
Demandado:	Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS
Naturaleza:	Acción de Controversias Contractuales

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de marzo de 1998, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

A través de apoderado debidamente constituido, el 29 de abril de 1994 las sociedades **Saiz y Cía Ltda., Valencia & Iragorri Ltda., Aguisán Ltda., Delima y Cía. Bogotá Ltda., y Seguranza Ltda.**, presentaron demanda contractual en contra de la **Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS"** y la sociedad **Rehacer y Cía Ltda. Corredores de Seguros**, cuyas pretensiones fueron (fs. 52 a 75, cdno 1):

"1. Declarar, de conformidad con el Artículo 302 del Código Fiscal (Acuerdo No. 6 de 1985) de Bogotá, la NULIDAD ABSOLUTA por ILEGALIDAD originada en la contravención de las normas de derecho público del contrato de corretaje de fecha desconocida celebrado entre la **EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS "EDIS"** y la persona jurídica **REHACER Y CIA. LTDA. CORREDORES DE SEGUROS**, sociedad esta última seleccionada según Resolución número 1032 del 8 de septiembre de 1993, dentro del proceso de selección al que dio lugar el concurso de méritos 002 de 1993.

2. Declarar la NULIDAD por ILEGALIDAD del acto administrativo de adjudicación contenido en la Resolución número 1032 del 8 de septiembre de 1993, proferida por la **EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS "EDIS"** y que seleccionó como corredor de seguros a la sociedad **REHACER Y CIA. LTDA. CORREDORES DE SEGUROS.**, así como del Numeral 1.8.2 de los Términos de Referencia del Concurso Público de Méritos número 02 de



1993, y también de los actos internos que le sirvieron de soporte, es decir: el Acta de Junta Directiva en que se calificaron las propuestas y el proveniente de la División Jurídica en que se descalificó a las sociedades demandantes juzgando que éstas no habían acreditado su existencia y representación.

3. Como consecuencia de la primera pretensión, se ordene a la **EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS "EDIS"** realizar, con la sociedad que haya o hubiese resultado mejor calificada entre las demandantes, el contrato de corretaje objeto del Concurso Público de Méritos número 002 de 1993, previa la declaración de nulidad del contrato de corretaje y de la resolución de adjudicación, objeto de las pretensiones 1 y 2.

4. En consecuencia de las anteriores declaraciones y como **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se condene a la **EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS "EDIS"** a reconocer y pagar a favor de la sociedad demandante que conforme a lo probado haya o hubiese resultado mejor calificada y por lo tanto llamada a celebrar el contrato de corretaje, los perjuicios causados con el acto administrativo de adjudicación emanado de la **EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS** y la celebración del contrato correspondiente, perjuicios que estimamos de acuerdo con las sumas a continuación enumeradas, por los siguientes conceptos:

4.1. Como daño emergente: la suma, en valor presente, igual a la que la firma **REHACER Y CIA. LTDA. CORREDORES DE SEGUROS** recibió o ha debido recibir como contraprestación al corretaje por parte de la (s) compañía (s) de seguros correspondientes, suma que se calcula por lo menos en **CIENTO VEINTINUEVE MILLONES DE PESOS (\$129'000.000,00)**, suma que se explica así:

VALOR DEL PROGRAMA DE SEGUROS:

AÑO 1993:	\$ 400.500 MILLONES
MENOS IVA (14%)	\$ 56.070 MILLONES
SUBTOTAL 1993	\$ 344.430 MILLONES
AÑO 1994:	\$ 403.000 MILLONES
MENOS IVA (14%)	\$ 56.420 MILLONES
SUBTOTAL 1994	\$ 346.580 MILLONES
VALOR COMISION ANUAL (12.5%) (DEL TOTAL NETO)	\$ 86.376.250
VALOR COMISION POR EL TERMINO DEL CONTRATO (25%) (DEL TOTAL NETO)	\$ 172.752.500

O en el valor que se logre establecer en el curso del proceso.

4.2. Como lucro cesante: el valor de los intereses comerciales, certificados por la Superintendencia Bancaria, que la anterior suma hubiese producido, calculados desde la fecha de su recaudo hasta la fecha en que la sentencia definitiva del proceso se produzca.

5. Para efectos de la actualización de la cifra económica antes dicha, se tendrá en cuenta la fecha del pago efectivo de la misma, día a partir del cual habrá de indexarse conforme a la Certificación del Banco de la República que contenga el índice sobre pérdida del poder adquisitivo del peso, hasta el momento en que el pago efectivo se produzca.



11

6. Los efectos de la sentencia serán los previstos por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

PETICIONES SUBSIDIARIAS:

Presento como petición subsidiaria de la pretensión numerada como 1:

Declarar, de conformidad con el numeral 4° de la Ley 80 de 1993, la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de corretaje por SER NULOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN QUE SE FUNDO el citado contrato de fecha desconocida, celebrado entre la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS "EDIS" y la persona jurídica REHACER Y CIA. LTDA. CORREDORES DE SEGUROS, sociedad esta última seleccionada según Resolución número 1032 del 8 de septiembre de 1993, dentro del proceso de selección al que dio lugar el concurso de méritos 002 de 1993.

Presento como pretensión subsidiaria de la pretensión numerada como 3:

En consecuencia de la primera pretensión, se ordene a la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS "EDIS" realizar nuevo concurso de méritos a efectos de seleccionar la persona jurídica con la que habrá de celebrarse el contrato de corretaje.

Presento como pretensiones subsidiarias de la pretensión 5, la siguiente:

Para efectos de la actualización de la cifra económica antes dicha, se tendrá en cuenta la fecha del pago efectivo de la misma, día a partir del cual habrá de indexarse conforme a la certificación del Banco de la República que contenga los índices de pérdida del poder adquisitivo del peso, hasta el momento en que el pago efectivo se produzca".

Los hechos, en resumen, dan cuenta de la apertura por segunda vez, por parte de la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS", de un proceso de selección -concurso público de méritos- para la escogencia de una o varias sociedades corredoras de seguros para la intermediación entre las compañías aseguradoras y la entidad.

La apertura del concurso se produjo el 21 de mayo y se cerró el 11 de junio de 1993 y en él presentaron oferta Saiz y Cía Ltda., Valencia & Irigorri Ltda., Aguisan Ltda., Delima y Cía. Bogotá Ltda., y Seguranza Ltda., Rueda y Barrera Ltda., Rehacer Ltda. y Sosegueros Ltda..

En el numeral 1.8.2. de los términos de referencia se exigió la presentación del certificado de existencia y representación de los proponentes expedido por la Cámara de Comercio respectiva, pero en virtud de su naturaleza de sociedades corredoras de seguros vigiladas por la Superintendencia Bancaria, era ésta la



entidad que por disposición legal –artículos 1348 y 1349 del C. de Co., artículo 40, num. 2, del Decreto 663 de 1993, letra d) del artículo 1º del Decreto 125 de 1976 y Circular No. 1 de 1983 de la Superintendencia Bancaria-, estaba llamada a expedir tal certificación -lo que significa que el referido numeral está viciado de nulidad- y por ello, esa fue la que presentaron las sociedades demandantes.

No obstante lo anterior, las propuestas de las sociedades demandantes fueron descalificadas en la evaluación jurídica por no haber cumplido supuestamente el referido requisito, mientras que las sociedades **Rueda y Barrera Ltda., Rehacer Ltda. y Sosegueros Ltda.**, sí cumplieron con todos los requisitos, por cuanto presentaron certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio, como había sido solicitado en los términos de referencia.

En consecuencia, se adjudicó el contrato a la firma **REHACER Y CIA. LTDA. CORREDORES DE SEGUROS**, a pesar de que para la fecha del cierre del concurso no tenía la calidad de corredora de seguros, por lo cual su selección fue abiertamente ilegal.

Por lo expuesto, el contrato celebrado por la entidad demandada con la firma **REHACER Y CIA. LTDA. CORREDORES DE SEGUROS** está viciado de nulidad por desconocimiento de normas de derecho público –artículo 302 del Código Fiscal- y por estar basado en actos administrativos nulos –artículo 44 de la Ley 80 de 1993-.

2. La contestación de la demanda.

El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a la **Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS** y a la sociedad **Rehacer y Cía. Ltda.** (fls. 82 y 88, cdno ppl).

2.1. La entidad demandada contestó la demanda, admitió algunos hechos, negó otros y respecto de los demás, se atuvo a lo que resultara probado; se opuso a las pretensiones por carencia de fundamentos fácticos y legales de las mismas.

Sostuvo que el presupuesto básico del concurso de méritos es el de ser una invitación, "(...) *sin formalismos que comprendan el cumplimiento de requisitos*

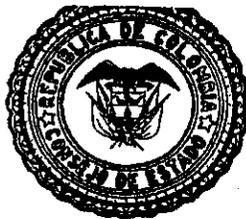


complicados" y que la decisión de selección del contratista no recae necesariamente sobre la propuesta más barata o la mejor presentada, puesto que *"Esa decisión tiene otros matices que son de la discrecionalidad de la administración"*.

Sobre los argumentos de la demanda afirmó que en el pliego de condiciones lo que interesaba era el documento de la Cámara de Comercio, *"(...) ya que en el se verificaba la antigüedad de la firma y demás exigencias del artículo 201 del Código Fiscal"* y además que el *"...contrato de Corretaje como esencia, es el intermediario en este caso para obtener un seguro, por ello, no interesaba en la ley fiscal obtener otro documento, ya que el contrato mediato, es con la aseguradora"*, de modo que el pliego de condiciones estaba ajustado a las disposiciones legales *"(...) y sobre todo obedecía a la libre discrecionalidad de la entidad"*.

La entidad demandada propuso como excepciones la indebida acumulación de pretensiones y la caducidad de la acción; sostuvo en relación con la primera, que la acción en contra del acto de adjudicación del concurso de méritos no podía acumularse con la acción contractual que busca la declaratoria de nulidad del contrato resultante de la adjudicación, *"(...) ya que aunque los actos contractuales demandados vinculen a las mismas partes, el objeto de cada uno es distinto, en razón a que el acto de adjudicación o selección vincula, no solo al seleccionado sino a todos los participantes. Mientras que el contrato incide únicamente entre las partes contratantes (...). Como consecuencia, se observa claramente que carece del más elemental presupuesto lógico dicha acumulación, que viola el principio de contradicción, que enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo"*.

Por otra parte, en cuanto a la caducidad aducida, manifestó el demandado que la controversia contractual sometida a la jurisdicción *"(...) tiene hechos generadores en un contrato no determinado por el demandante, que supone celebrado en 1993. Así las cosas, se desprende que los hechos que motivan la discusión tuvieron acaecimiento en 1993, y la demanda fue incoada después del plazo que señala la ley"*; además, dado que se impugna el acto de adjudicación del concurso de méritos, la acción de nulidad y restablecimiento tenía un término de caducidad de 4 meses, que se iniciaba el 8 de septiembre de 1993, lo que indica que la demanda fue extemporánea.



Finalmente, formuló denuncia del pleito solicitando la vinculación de Santafé de Bogotá D.C., dado que en virtud de lo dispuesto por el Acuerdo No. 41 del 30 de diciembre de 1993, que ordenó la supresión y liquidación de la EDIS, el Distrito es la entidad subrogataria de los derechos y obligaciones de dicha empresa en liquidación.

2.2. El **a-quo** declaró la nulidad de lo actuado desde la fijación en lista y ordenó notificar personalmente la demanda al Alcalde Mayor de Bogotá D.C., entidad que a través de apoderado debidamente constituido contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en idénticos términos a los expuestos por la EDIS (fls. 135, 140 y 151, cdno. pp).

3. Sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal declaró no probada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, declaró probada la excepción de caducidad de la acción respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1032 del 8 de septiembre de 1993 y por lo tanto negó tal pretensión; declaró no probada la excepción de caducidad de la acción en lo que concierne a la pretensión de declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Corretaje No. 023 del 20 de septiembre de 1993, se inhibió para emitir una decisión sobre las pretensiones de declaratoria de nulidad de los pronunciamientos contenidos en el Acta de 8 de septiembre de 1993 del Comité Asesor de la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS y en el Memorando No. DJ-04-1237 del 31 de agosto de 1993 de la División Jurídica de la misma Empresa y negó las demás pretensiones de la demanda (fls. 264 a 281, cdno. ppl).

La decisión del **a-quo** obedeció a que consideró, en primer lugar, que no hubo indebida acumulación de pretensiones, puesto que se reunían los requisitos legales para ello y como lo había aceptado la jurisprudencia, era posible acumular pretensiones típicamente contractuales con pretensiones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, "(...) como lo es la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación de una licitación o de un concurso de méritos".

En segundo lugar, consideró que la acción estaba caducada en cuanto a la impugnación del acto de adjudicación, acto precontractual cuyo control judicial



procede "(...) por la vía de las acciones típicas o propias, es decir, contempladas en la ley con miras a la información de la legalidad de tales actos, cuales son en derecho colombiano la acción de simple nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (...)" y en este caso específico la acción que procedía era esta última, cuyo término de caducidad, según lo dispuesto por el artículo 136 del CCA, es de 4 meses contados a partir de la fecha en que se puso en conocimiento a través de los diferentes mecanismos que la ley contempla para ello, según el caso; como la Resolución No. 1032 del 8 de septiembre de 1993 se puso en conocimiento de las sociedades demandantes el 20 de septiembre de ese año y contra él no cabía recurso alguno de modo que cobró ejecutoria a partir de esa fecha, la caducidad de la acción para obtener su nulidad se configuró el día 21 de enero de 1994 y cuando se presentó la demanda el 29 de abril de 1994, ya había precluido la oportunidad para ello.

Adujo el Tribunal que no era procedente la acumulación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la acción contractual con la finalidad de ubicar en esta última el término de caducidad de la primera, pues "*La viabilidad procesal de dicha acumulación no puede tener como consecuencia la transmutación de una acción por otra y la aplicación a la primera de las normas rectoras de la caducidad de las segundas*". **Contrario sensu**, consideró que la acción contractual no estaba caducada pues no habían transcurrido dos años entre la celebración del contrato y la presentación de la demanda.

En relación con los otros "actos" demandados, Acta de 8 de septiembre de 1993 del Comité Asesor de la **Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS** – contentiva de la evaluación y estudios comparativos de las ofertas en el concurso público de méritos con la recomendación de adjudicación- y Memorando No. DJ-04-1237 del 31 de agosto de 1993 de la División Jurídica de la misma entidad – con el análisis jurídico realizado respecto de las ofertas-, consideró el **a-quo** que éstos no contienen decisiones administrativas que les comuniquen la calidad de actos administrativos impugnables judicialmente.

En cuanto a las pretensiones anulatorias del numeral 1.8.2 de los Términos de Referencia del Concurso, consideró el Tribunal que no estaban llamadas a prosperar, pues debía ser interpretado conjuntamente con el numeral 1.8.3 de los mismos Términos y a la luz de las disposiciones legales pertinentes, según las



cuales las sociedades corredoras de seguros debían estar inscritas tanto en la Cámara de Comercio como en la Superintendencia Bancaria, cada una de las cuales tenía a su cargo ciertas funciones de certificación, por lo cual resultaban complementarias y por lo tanto la exigencia del mencionado numeral, sobre presentación de la certificación de existencia y representación de las sociedades expedida por la Cámara de Comercio "(...) no puede ser tomada en el simple sentido textual de la misma, (...) ella debe entenderse referida al calificativo usual que se le asigna a dicho certificado", pero sin entender que sea sustitutiva de la certificación que sobre existencia y representación de esta clase de sociedades le corresponde expedir a la Superintendencia Bancaria. En consecuencia, consideró el Tribunal que el requisito del numeral 1.8.2 no violaba normas superiores y, por lo tanto, no estaba viciado de nulidad.

Respecto de la pretensión de nulidad absoluta del contrato de corretaje demandado por haber sido celebrado con quien no presentó la mejor oferta, consideró el juez de primera instancia que el cargo por dicha ilegalidad se derivaba del acto de adjudicación y del numeral 1.8.2 de los Términos de Referencia demandados y como respecto del primero no procedía análisis de legalidad alguno por haber caducado la acción y en cuanto al segundo se concluyó su legalidad, esta pretensión tampoco estaba llamada a prosperar.

No se probaron tampoco irregularidades alegadas –mas no explicadas– en el procedimiento de selección que precedió a la celebración del contrato, el cual tampoco podía ser analizado por haber caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que procedía contra el acto de adjudicación.

Y en cuanto al contrato mismo, los defectos que se plantearon respecto de los requisitos de pago de impuestos y publicación, no constituyen vicios de validez y no es cierto que el contrato careciera de cláusulas de obligatoria estipulación, lo que por otra parte tampoco sería constitutivo de causal de nulidad.

4. El Recurso de Apelación.

Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que en su lugar fueran despachadas favorablemente las pretensiones; como sustentación del



recurso, expuso que la acción no había caducado como lo declaró el Tribunal, toda vez que el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos estatales serán absolutamente nulos cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, por lo tanto procedía la acción contractual del artículo 87 del CCA, cuyo término de caducidad es de 2 años; lo anterior, por cuanto el acto de adjudicación puede ser impugnado o bien a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de 4 meses (artículo 77 de la Ley 80 de 1993) o a través de la acción contractual de nulidad, con su término de caducidad de 2 años; "(...) ya que lo que en rigor debe hacerse es demandarla a través de la acción contractual conforme lo regula el mismo art. 77 inc. 2 del estatuto contractual cuando dispone que los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del CCA". (fls. 312 y 326, cdno. ppl).

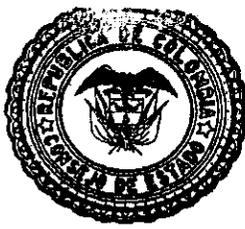
5. Actuaciones en la segunda instancia.

5.1. Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar y emitir concepto respectivamente, término dentro del cual las partes guardaron silencio y este último no intervino (fls. 511 y 324, cdno ppl).

5.2. El 12 de diciembre de 2007, la Señora Consejera **Myriam Guerrero de Escobar** manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, en virtud de haber participado, como integrante de la Sala de Decisión y en su condición de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la discusión y aprobación de la sentencia de primera instancia del presente proceso, con ponencia suya del 5 de marzo de 1998, impedimento que fue aceptado mediante Auto del 26 de febrero de 2008 (fls. 341 y 343, cdno ppl).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, con base en las siguientes consideraciones, en las que se analizará, en primer lugar, la competencia de esta Corporación para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la



sentencia de primera instancia y, posteriormente, los problemas jurídicos planteados en el proceso: i) si la acción incoada en la demanda era la procedente -excepción de indebida acumulación de pretensiones- y si estaba o no caducada total o parcialmente -excepción de caducidad de la acción- y en caso de ser procedente, se analizará ii) si los actos administrativos y el contrato acusados están realmente viciados de nulidad.

I- Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el Decreto 597 de 1988), la Sala es competente para conocer del presente proceso, toda vez que se trata del recurso de apelación interpuesto en proceso iniciado mediante demanda en ejercicio de la acción contractual, respecto de la cual para tener vocación de segunda instancia la cuantía cuando aquella fue presentada debía ser al menos de \$ 9'610.000,00 y, en el presente caso, el monto de las pretensiones ascendió a \$ 172'752.500,00 por concepto de daño emergente.

II- Cuestión previa:

Observa la Sala que entre las pretensiones que se adujeron en la demanda, se encuentra la de declaratoria de nulidad del "Acta de Junta Directiva en que se calificaron las propuestas" del 8 de septiembre de 1993 y el Memorando de la División Jurídica de la entidad demandada, mediante el cual se descalificó a las sociedades demandantes por considerar que no habían acreditado su existencia y representación.

Al respecto, la Sala comparte lo decidido por el *a-quo*, en el sentido de que los anteriores no constituyen verdaderos actos administrativos, en la medida en que no se trata de manifestaciones unilaterales de voluntad de una autoridad estatal en ejercicio de función administrativa mediante la cual se cree, modifique o extinga una situación jurídica, razón por la cual no resulta posible su impugnación judicial.

El acta a la que se alude en la demanda es la del Comité Calificador, que se encarga de evaluar las ofertas de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, otorgarles un puntaje y recomendar la



adjudicación a la oferta más favorable, ordinariamente la que ocupó el primer lugar en dicho puntaje. No obstante, este Comité no decide ni su recomendación es obligatoria, sino que constituye una etapa necesaria y previa a la verdadera decisión de fondo, que es aquella mediante la cual se finaliza el proceso de selección mediante la adjudicación del respectivo contrato o la declaratoria de desierto del procedimiento, decisión que le corresponde al jefe o representante de la entidad, razón por la cual, a lo sumo, se podría afirmar que se trata de actos preparatorios.

Lo mismo puede predicarse del Memorando Jurídico, en la medida en que el mismo tan sólo está informando sobre el concepto de tal naturaleza emitido en relación con el cumplimiento de los requisitos legales exigidos en los términos de referencia a los participantes en el concurso de méritos, pero sin que tal concepto constituya una decisión definitiva respecto de la adjudicación del contrato.

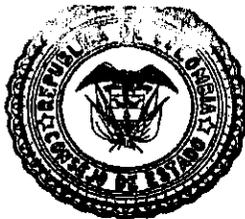
En consecuencia, no resulta procedente pronunciamiento alguno respecto de estos actos impugnados.

III- La acción incoada y su caducidad.

Observa la Sala que las pretensiones de la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, apuntan a obtener la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos precontractuales -cláusula de los términos de referencia y acto de adjudicación- y de un contrato estatal fruto de un procedimiento de selección adelantado por la entidad demandada.

Efectivamente, las sociedades demandantes participaron en un concurso público de méritos mediante la presentación de sus respectivas ofertas, las cuales, luego de ser evaluadas, fueron descalificadas aparentemente por carecer de un requisito exigido en los Términos de Referencia y en consecuencia, el contrato le fue adjudicado a otro proponente a pesar de no haber ocupado el primer lugar de calificación, la firma **Rehacer y Cía Ltda.**, con quien finalmente se celebró.

Consta lo anterior en el plenario, al que fue aportada copia auténtica de los siguientes documentos públicos, contenidos en el cuaderno 2:



- 1) Resolución No. 1032 del 8 de septiembre de 1993, de adjudicación del Concurso Público de Méritos No. 002 de 1993, cuyo objeto era seleccionar uno o varios corredores de seguros para la **Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS**, acto mediante el cual se adjudicó el concurso a la firma **Rehacer y Cía. Ltda.**, respecto de "(...) *todos los ítems contenidos en los términos de referencia*" (fl. 59).
- 2) Acta del 8 de septiembre de 1993 del Comité Asesor creado para la evaluación de las ofertas de licitaciones, concursos y contratos, correspondiente a la reunión efectuada para evaluar "(...) *los estudios comparativos del Concurso Público de Méritos EDIS 002 de 1993 para contratar el corretaje de seguros de acuerdo con lo previsto en el Código Fiscal*" (fl. 39).

En esta acta consta que presentaron propuesta las siguientes firmas, quienes obtuvieron el puntaje anotado a continuación:

- Valencia e Iragorri	805
- Delima Cía. Ltda.	682
- Seguranza	639
- Productora de Seguros Ltda.	506
- Saíz y Cía. Ltda.	504
- Rehacer y Cía. Ltda.	463
- Sosegueros Ltda.	408
- Aguisán Ltda.	397
- Rueda y Barrera Ltda.	333

Se registró en el Acta que las firmas **Valencia e Iragorri**, **Delima Cía. Ltda.**, **Seguranza**, **Productora de Seguros Ltda**, **Saíz y Cía. Ltda.**, y **Aguisán Ltda.**, no llenaron los requisitos legales, quedando calificadas las firmas **Rehacer y Cía Ltda.**, **Sosegueros Ltda.** y **Rueda y Barrera Ltda.**, y se recomendó la adjudicación a la primera de estas 3, por contar con el puntaje más alto.

- 3) Memorando DJ-04-1237/93 del 31 de agosto de 1993, dirigido por la División Jurídica de la EDIS a su Gerente, en el cual informa sobre el estudio jurídico efectuado a las propuestas presentadas en el Concurso



Público de Méritos No. 002 de 1993, Corretaje de Seguros; en este documento, se consignó que el incumplimiento de requisitos por parte de las firmas **Valencia e Irigorri, Delima Cía. Ltda., Seguranza, Productora de Seguros Ltda, Saíz y Cía. Ltda., y Aguisán Ltda.**, no era subsanable y se adjuntó cuadro en el cual se registró que tales firmas no cumplieron con el requisito de certificado de existencia y representación de la sociedad en los siguientes términos (fls. 62 y 66):

- "Aguisán Ltda.: No cumple. Falta duración sociedad. Facultades representant. legal".
- "Delima Cía Ltda.: No cumple. Folios 6-8. Anexa certificado de inscripción. Facultades del repres. Legal".
- "Valencia Irigorri Ltda.: No cumple presenta certific. de inscripción de documentos folios 128-129. Falta facultades del gerente".
- "Seguranza: No cumple. No anexa certific. de existencia y represent. Anexa certif. de inscrip. de documentos folios 16 al 19".
- "Saíz y Cía. Ltda.: No cumple. Presenta certific. de inscripción documentos folios 5 a 7".

3.1. Impugnación del acto de adjudicación demandado:

Al respecto, observa la Sala que la Resolución de Adjudicación No. 1032 fue expedida el día 8 de septiembre de 1993, es decir con anterioridad a la promulgación de la Ley 80 de 1993, la cual se produjo el día 28 de octubre de 1993, momento a partir del cual dicha ley resultaba aplicable en la contratación del Distrito Capital, según lo dispuesto por el Decreto 1421 del 21 de julio de 1993 en el Parágrafo de su artículo 144¹; en consecuencia, la expedición de tal acto se regía por lo dispuesto en el anterior Código Fiscal de Bogotá, contenido en el Acuerdo 06 de 1985; pero aún si dicho acto administrativo de adjudicación hubiere

¹ El mencionado Parágrafo dispone que "Las normas del estatuto general de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto".



sido proferido en vigencia de la Ley 80 de 1993, se observa que el artículo 78 de la misma dispuso que *"Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación"*, y dado que el acto de adjudicación determina la culminación del procedimiento de selección, estaba por lo tanto sujeto a la normatividad que regía cuando el mismo se inició.

No obstante, para la época en la cual se presentó la demanda, esto es el 29 de abril de 1994, ya había entrado a regir la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 77 estableció en su Parágrafo 1º que *"El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo"*, Código que en su artículo 136 –antes de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998- establecía que el término de caducidad de la mencionada acción era de 4 meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

Sin embargo, también estaba vigente el artículo 44 de la misma Ley 80 de 1993, que consagra las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales y que establece:

*"Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
(...)*

4º Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten".

Por su parte, el artículo 87 del C.C.A., consagra la acción relativa a controversias contractuales, en virtud de la cual puede elevarse en la demanda entre otras, la pretensión de declaratoria de nulidad del contrato estatal, acción cuya caducidad según lo dispuesto por el artículo 136 del mismo Código –antes de la reforma de la Ley 446 de 1998-, era de 2 años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento.

Con base en estas disposiciones, la parte actora consideró que era perfectamente posible presentar la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales y pedir en ella la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación,



como causal, a su vez, de nulidad del contrato de corretaje celebrado por la entidad demandada con otro de los oferentes y como consecuencia de estas declaraciones, que se la condenara a celebrar el contrato con quien fue el mejor oferente en el respectivo proceso de selección y a indemnizarle los perjuicios ocasionados.

Sobre el punto, es necesario advertir que las distintas acciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo son medios de acceso a la jurisdicción dispuestos por el legislador en consideración a la finalidad perseguida por el eventual demandante y al origen del daño por el cual pretenda reclamar; no son de arbitraria escogencia por aquel, deben corresponder exactamente a la que legalmente proceda.

Es por ello que si la finalidad perseguida es exclusivamente la de preservar el ordenamiento jurídico ante la presencia de un acto administrativo que lo vulnera, la acción procedente será la de simple nulidad contemplada en el artículo 84, la cual precisamente por esa finalidad carece, en principio, de término de caducidad y puede ser intentada por cualquier persona, puesto que se trata de la defensa del ordenamiento jurídico objetivamente considerado, la cual resulta válida en todo momento, puesto que representa en últimas una defensa del interés general involucrado en dicha regulación.

Pero si lo que busca el demandante es la defensa de un derecho o interés particular afectado, vulnerado, violado o desconocido por un acto administrativo, la acción será la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del mencionado Código, la cual sí exige esta legitimación en la causa -quien se crea afectado por el acto administrativo- y cuenta además con un término legal de caducidad, en consideración a la necesidad de brindarles certeza a las actuaciones administrativas frente a los intereses particulares sobre los cuales ellas recaen y a las situaciones jurídicas por ellas creadas, de modo que transcurrido el plazo otorgado por la ley para su impugnación judicial, ya no será posible cuestionar su validez y adquirirán firmeza y estabilidad, dando de esta manera prelación al interés general sobre el particular.

También dentro de estas acciones se encuentra la del artículo 87 del estatuto procesal administrativo, relativa a las controversias contractuales, mediante la cual



"...cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (...)"

Y en relación con los actos administrativos que la Administración puede proferir durante toda la actividad contractual, es necesario tener en cuenta la época en la que tales decisiones hayan sido tomadas para establecer cuál era el mecanismo de impugnación judicial que procedía, dado que si bien frente a los actos propiamente contractuales –es decir aquellos proferidos después de la celebración del contrato y hasta su liquidación- ha sido relativamente pacífica la aceptación de su control a través de la acción contractual, el régimen legal respectivo no siempre ha sido explícito y claro en relación con los actos producidos antes o después de la celebración y ejecución del contrato, por lo que ha sido labor de la jurisprudencia interpretar el punto.

En efecto, se observa que el artículo 87 del Decreto-Ley 01 de 1984, consagró la acción relativa a controversias contractuales y dispuso que *"los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código"*; por su parte, el artículo 136, establecía, en su inciso 8º, que *"Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato"*, impugnación que, en consecuencia, procedía a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho².

Estas disposiciones sobre actos separables desaparecieron a raíz de la modificación efectuada al Código por el Decreto-ley 2304 de 1989, por cuanto este Decreto no hizo alusión alguna a los actos administrativos que pudieran estar involucrados en las controversias de índole contractual de la Administración.

No obstante, como el artículo 87 modificado por aquel decía que podían solicitarse otras declaraciones y condenaciones, se dedujo a partir de allí, que cuando se tratara de actos administrativos proferidos con posterioridad a la celebración del

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 1988, Expediente 4925. M.P.: Antonio J. de Irisarri Restrepo.

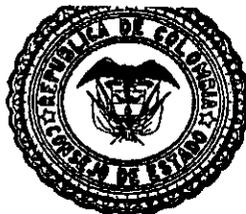


contrato, que serían los actos propiamente contractuales, su impugnación podía hacerse a través de la acción contractual, más no así en relación con los actos administrativos proferidos antes de su celebración o luego de su finalización; se aplicó entonces la teoría de los actos separables a los que ya había aludido el legislador en oportunidad pasada, los cuales serían controlables a través de las acciones ordinarias de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho consagradas en los artículos 84 y 85 del CCA.³

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 77 que *"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo"* y que **el acto de adjudicación** *"(...) no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo"*, aclarando que *"Para el ejercicio de las acciones contra actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina"*.

Finalmente, la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, al establecer expresamente que *"Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato"*, siendo éste el estado actual de la legislación en cuanto corresponde a los mecanismos de impugnación judicial de los actos precontractuales.

³ Al respecto, se pueden consultar las siguientes providencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Auto del 6 de abril de 1987, Expediente 5050; Sentencias del 18 de octubre de 1989, Expediente 5655, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 6 de diciembre de 1990, Expediente 5165, M.P.: Carlos Gustavo Arrieta; del 16 de octubre de 1990, Expediente 5949, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo; del 16 de mayo de 1991, Expediente 5931, M.P.: Julio César Uribe Acosta; Auto de Sala Plena del 10 de mayo de 1991, Expediente C-171, M.P.: Dolly Pedraza de Arenas.



Volviendo al presente caso, se observa que la demanda fue presentada el 24 de abril de 1994, es decir cuando había entrado a regir ya el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y antes de que la Ley 446 de 1998 hubiera modificado el artículo 87 del CCA., lo cual significa que para esa época la ley establecía que el acto de adjudicación podía impugnarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con las reglas del CCA, cuyo artículo 136 establecía el término de caducidad de tal acción en 4 meses, contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto.

Según lo anterior, el mecanismo idóneo para obtener el restablecimiento del derecho que hubiere sido violado con el acto de adjudicación, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Efectivamente, se advierte que lo querido por los demandantes en el presente caso es obtener la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación que consideran ilegal, pero no con la finalidad de defender el ordenamiento jurídico objetivamente considerado frente a la presencia de una decisión ilegal, sino como medio para obtener el restablecimiento del derecho a la adjudicación del contrato, que consideran conculcado o desconocido, o la indemnización de los perjuicios que consideran haber sufrido con ocasión de la expedición del acto demandado, por lo tanto la reclamación han debido presentarla en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual:

"Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...)".

No obstante, es evidente que para la época en que se presentó la demanda ya habían transcurrido los 4 meses que la ley establecía para la impugnación judicial de la decisión administrativa en cuestión, dado que el acto de adjudicación, contenido en la Resolución No. 1032, es del 8 de septiembre de 1993 mientras que la demanda fue presentada el 29 de abril de 1994.



3.2. La acción contractual de nulidad absoluta del contrato:

Ahora bien, la Sala considera que lo anterior no era óbice para intentar la acción contractual y en ejercicio de ella pedir la declaratoria de nulidad del contrato resultante de la adjudicación, alegando como causal de la misma la ilegalidad del acto que le sirvió de fundamento, puesto que así lo permiten los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

El primero, consagra como causal de nulidad absoluta de los contratos estatales la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.

El segundo, establecía, en el texto vigente para ese entonces, que la nulidad absoluta del contrato podía ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público o por cualquier persona⁴.

En consecuencia, bien podían los demandantes presentar la demanda en ejercicio de la acción que escogieron.

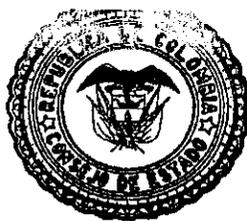
Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el hecho de que una acción sea procedente en determinado caso, no implica necesariamente que las pretensiones aducidas deberán prosperar.

3.3. Las pretensiones:

3.3.1. Declaratoria de nulidad del acto de adjudicación.

No obstante considerar la Sala que la demanda era procedente en ejercicio de la acción incoada, puesto que cualquier persona podía pedir la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato administrativo alegando la nulidad de los actos que le sirvieron de fundamento, también estima que no son procedentes ni tienen vocación de prosperidad la pretensión anulatoria del acto administrativo de adjudicación ni la de restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios que se hubieren solicitado, los cuales no pueden ser concedidos a favor de los

⁴ Al respecto, es necesario tener en cuenta que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo fue modificado por la Ley 446 de 1998, y según su tenor actual, la nulidad absoluta del contrato puede ser pedida por el Ministerio Público "...o cualquier tercero que acredite un interés directo ...".



demandantes, puesto que incumplieron con la carga procesal de presentar la demanda en ejercicio de la acción que correspondía ejercer, dentro del plazo legal para ello.

Efectivamente, se tiene que la ley consagró como una de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la declaratoria de nulidad de los actos que les sirvan de fundamento, lo que ha sido interpretado por la doctrina como la posibilidad de acumular pretensiones, no sólo mediante la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual para pedir la declaratoria de nulidad del contrato y alegando como sustento de la misma la ilegalidad del acto de adjudicación que le sirvió de fundamento sin demandar éste directamente, sino también mediante la presentación de la demanda solicitando la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de la misma, la del contrato resultante:

“En las controversias que giren en torno a los actos previos dictados en la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato no será necesario demandar éste, aunque nada se opone [a] que la pretensión anulatoria de aquellos se acumule con la de nulidad absoluta de dicho contrato (parágrafo art. 77, ley 80); como también se estima viable la acumulación de la pretensión anulatoria del acto de adjudicación con la de nulidad del contrato, aunque formalmente parezca indebida, porque en tal hipótesis la acción principal, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del consejo de Estado, será la última, ya que la primera, en el fondo, no será otra cosa que el supuesto para la formulación de la aludida pretensión anulatoria del convenio. En este mismo sentido se ha dicho que podrá pedirse directamente la nulidad del contrato alegando esas irregularidades o ilegalidades en el acto de adjudicación o en el proceso selectivo previo, sin que tenga que pedirse expresamente la nulidad de estos extremos”⁵.

No obstante, la Sala considera que lo anterior, aplicado en la época en que fue presentada la demanda en el presente proceso, debe interpretarse bajo el entendido de que al acumular las pretensiones no se estuvieron desconociendo las normas procesales y por lo tanto de orden público que establecen los términos de caducidad de las distintas acciones, ya que fue la Ley 446 de 1998 en su artículo 32 –que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo–, la que dispuso que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente puede invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato; pero antes de entrar a regir esta modificación, la ley expresamente establecía la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del

⁵ BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Señal Editora, 7ª ed., 2009. pgs. 350 y 351.



acto de adjudicación en los términos del CCA, es decir con aplicación del plazo de caducidad de 4 meses contemplado en su artículo 136, de tal manera que quien se sintiera lesionado en un derecho suyo por ese acto administrativo de adjudicación, debía demandarlo en ejercicio de tal acción y dentro de este término, para obtener el restablecimiento de su derecho.

Admitir lo contrario implicaría, así mismo, aceptar que la norma sobre caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que legalmente procedía contra el acto de adjudicación, podía ser desconocida o ignorada por el interesado y que éste podía escoger entre las varias acciones a su disposición para lograr la defensa de sus derechos -de nulidad y restablecimiento del derecho, con 4 meses de caducidad, o acción contractual con 2 años de caducidad-, lo cual resulta absolutamente ajeno y extraño a la naturaleza de esta clase de disposiciones procesales, de obligatorio cumplimiento.

Por otra parte, observa la Sala que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, lo que consagra como causal de nulidad del contrato estatal es que **se haya declarado la nulidad** de los actos administrativos que le sirvieron de fundamento, es decir que la norma presupone la existencia de tal declaratoria, fruto obviamente de otro proceso judicial previo en el cual hubiese sido demandado el respectivo acto, en ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso; es por ello precisamente que, a su vez, el artículo 45 *ibidem* establece que el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato cuando se configure esta causal de nulidad absoluta, es decir cuando surja una sentencia anulatoria de un acto previo que le sirvió de fundamento al negocio jurídico; de modo que una interpretación exegética, conduciría a rechazar la posibilidad de que la validez de tales actos precontractuales se pudiese analizar conjuntamente en el proceso en el cual se estudiere estudiando la validez del contrato al que dieron lugar; no obstante, una interpretación armónica de esta norma con la contenida en otras disposiciones, como lo es el actual artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que dispone, como ya se vio, que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del mismo, permite admitir la procedencia de aducir, como causal de nulidad del contrato, **la ilegalidad** de los actos precontractuales que le sirvieron de fundamento, pero sin que resulte procedente en tal caso, ni la declaratoria de



nulidad de los mismos ni la condena a perjuicio alguno derivado para el demandante de esa ilegalidad, salvo que en la misma demanda se hubiere efectuado la impugnación del acto de manera oportuna, teniendo en cuenta los términos de caducidad para ello.

Y en este punto debe tenerse en cuenta cuál es la finalidad del control de legalidad de los contratos estatales -y en general de cualquier contrato- a través de las causales de nulidad de los mismos, puesto que es claro que dicha finalidad no es la salvaguarda de los intereses de quienes participaron en los procesos de selección que los precedieron, sino que la nulidad del contrato constituye una sanción que el ordenamiento jurídico contempla para aquellos eventos en los cuales el mismo ha sido celebrado con desconocimiento y vulneración de normas que imponen ciertas condiciones y requisitos para el nacimiento del negocio jurídico y en cuyo cumplimiento está involucrado el interés público o general, previendo como consecuencia de tal declaratoria que las cosas vuelven al estado en que se encontraban *ab-initio*, con las consecuentes restituciones entre las partes a que haya lugar, según el caso; en palabras de la doctrina:

"Es evidente la oportunidad de clasificar diferentemente la carencia de efectos, según que dependa de defectos *intrínsecos* o de circunstancias *extrínsecas* al negocio jurídico en sí considerado; ponderables, los primeros, en el momento mismo en que el negocio surge o debe tomar vigor; los segundos, en cambio, sólo sobre el negocio concluido y perfecto (...). El criterio discriminador es el ahora enunciado. Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales (...), o carezca de alguno de los presupuestos necesarios (...) al tipo de negocio a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo (...) que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica (...) y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios (...)"⁶.

Por otra parte, se tiene que si bien es cierto cualquier persona podía demandar la nulidad absoluta del contrato en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 87 del C.C.A., y al mismo tiempo pedir otras declaraciones y condenas como consecuencia de dicha declaratoria, según se desprende de los términos de la norma legal en cita, lo cierto es que debe tratarse de quien tenga un interés pecuniario que de manera directa o indirecta se vea afectado por dicho contrato,

⁶ BETTI, Emilio; Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Comares, 2008. Pg. 405.



como sucede con los contratantes mismos, sus herederos o cesionarios, los acreedores de las partes, para que vuelvan al patrimonio de éstas los bienes que en virtud del contrato nulo habían salido de él, etc., ya que, como dice la doctrina,

"Este es el principio general, porque la nulidad como sanción de la contravención a las leyes prohibitivas o imperativas de orden público, establecidas para asegurar el mantenimiento de la buena fe y de la justicia y equidad en las transacciones que aseguran el orden social y económico entre los individuos, ha sido prescrita en razón de un interés público superior al simple interés privado a que puede inmediatamente afectar"⁷. (Las negrillas son de la Sala).

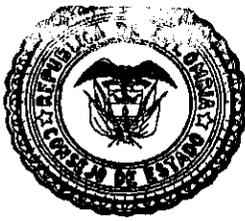
Por lo expuesto, se reitera que la acción de nulidad contractual no puede constituir un mecanismo para evadir el correcto ejercicio de las acciones consagradas por la ley a disposición de los afectados por las distintas actuaciones de la Administración; en consecuencia, la Sala considera que estuvo bien declarada la caducidad de la acción como lo hizo el Tribunal **a-quo** en relación con la pretensión anulatoria del acto de adjudicación, pues al momento de presentación de la demanda, su ilegalidad en los términos de la ley, sólo podía alegarse como causal de nulidad absoluta del contrato.

La situación actual:

Las anteriores consideraciones, que resultan perfectamente predicables en el caso concreto que aquí resuelve la Sala en la presente providencia, a la luz del régimen legal aplicable, el cual se determina por las normas vigentes al momento de la celebración del correspondiente contrato, ameritan una aclaración adicional en relación con aquellos eventos sucedidos con posterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó, como ya se dijo, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, se observa que la Ley 446 de 1998 introdujo importantes variaciones al régimen de las acciones procedentes ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia contractual, por cuanto estableció, en relación con los actos precontractuales, es decir aquellos proferidos antes de la celebración del contrato, que los mismos son demandables "*(...) mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta*

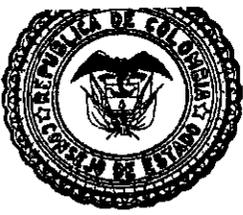
⁷ CLARO SOLAR, Luis; Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, T. XII. De las Obligaciones. III. Imprenta Nascimento, Santiago de Chile, 1939. pg. 606.



(30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”, a lo cual añadió dicha norma legal que la interposición de estas acciones no interrumpe el procedimiento administrativo de licitación ni la celebración y ejecución del contrato; así mismo, agregó la disposición en cita, que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

Las anteriores disposiciones, como es bien sabido, tienden a proteger los procedimientos de selección y contratación estatales, para blindarlos ante ataques injustificados que pueden afectar de manera directa el correcto funcionamiento de la Administración y en forma refleja el cumplimiento de los cometidos estatales y la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado, al entorpecer la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para ello, mediante la presentación de demandas temerarias cuyo único resultado sea precisamente el de afectar el buen desarrollo de la actividad contractual; para minimizar el riesgo de que ello suceda, el legislador decidió establecer un término apremiantemente corto -30 días- dentro del cual tales actos administrativos pueden ser demandados individualmente, bien sea en ejercicio de la acción de nulidad -que como es bien sabido corresponde a una acción pública que puede ser ejercida por cualquier persona en la sola defensa del ordenamiento jurídico, razón por la cual constituye una excepción este término para atacar los actos precontractuales, dado que en general el ejercicio de esta acción no se encuentra sometido a límite temporal alguno-, o bien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad principal es la de obtener la nulidad del acto y la consiguiente reparación de los daños sufridos con ocasión del acto administrativo que se demanda, acción frente a la cual, se produjo una disminución del término de caducidad común o general de 4 meses, regulado en el artículo 136 del CCA.

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la



reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.

Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia⁸ mediante la interpretación armónica de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual o **una vez celebrado el contrato** –lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso-, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de las posibilidad de cuestionar judicialmente su validez.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; para el exacto cumplimiento de este mandato constitucional, resulta indispensable otorgar a las víctimas de tales daños la posibilidad real de reclamar judicialmente su reparación a través de los mecanismos procesales apropiados, es decir, mediante el ejercicio de las distintas acciones dispuestas para acceder a la jurisdicción, dependiendo del origen del daño –acto administrativo, contrato estatal, hechos, omisiones u operaciones administrativas- acciones respecto de las cuales, no obstante, puede el legislador disponer la forma y el plazo para ejercerlas, así como podrá consagrar los términos de caducidad que considere apropiados.

⁸ Constitución Política, Art. 229.- “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.



En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

- 1°. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;
 - 2°. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;
 - 3°. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.
 - 4°. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.
- Contrario sensu*, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria



de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante.

3.3.2. Declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

Volviendo al caso *sub examine*, encuentra la Sala que la acción contractual dirigida a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato fue ejercida oportunamente, puesto que a la fecha de presentación de la demanda no habían transcurrido los dos años del término de caducidad de la acción.

Sin embargo, estima la Sala que, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda que originó el presente proceso, así como las razones expuestas, si bien es procedente el estudio de la validez del contrato demandado con fundamento en la causal aducida, esto es la ilegalidad del acto administrativo que le sirvió de fundamento, lo cual implica analizar así mismo la validez de esa decisión administrativa, lo que no resulta admisible es la pretensión de restablecimiento o indemnizatoria elevada como consecuencia de la declaratoria de nulidad que se pidió en la demanda.

Aparte de lo anterior, se observa que aún en el evento en que procediera la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y la condena a la entidad demandada a indemnizar perjuicios, en el presente caso no sería posible, toda vez que no se configuró la ilegalidad de la adjudicación aducida en la demanda, como se explica a continuación.

IV- La ilegalidad del Numeral 1.8.2 de los Términos de Referencia:

El tenor literal de la disposición acusada, es el siguiente (fls. 73 y 74, cdno. 2):

"1.8. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.



La propuesta deberá contener los siguientes documentos:

(...)

1.8.2. Certificado de existencia y representación legal de sociedad, expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal, en el cual se acredita que la sociedad ha sido constituida por lo menos seis (6) meses antes de la fecha de apertura del presente Concurso de Méritos y que el término de la duración de la sociedad no sea menor al término de la intermediación y un año más. Este certificado deberá haber sido expedido con un máximo de noventa (90) días calendario de antelación al cierre del Concurso y contendrá expresamente el objeto de la sociedad y facultades del Representante Legal".

Por su parte, el numeral 1.8.3 siguiente, exigía:

"1.8.3. Original o fotocopia autenticada del certificado de inscripción de la firma corredora de seguros en la Superintendencia Bancaria, en la que conste la actividad que desarrolla, el cual deberá haber sido expedido con un máximo de noventa (90) días calendario de antelación al cierre del Concurso".

Según los argumentos de la demanda, el numeral 1.8.2 sería ilegal, pues habría exigido un requisito que resultaría contrario a las disposiciones relativas a la certificación de la existencia y representación de las sociedades corredoras de seguros, en la medida en que estableció que la certificación fuese la expedida por la Cámara de Comercio, cuando esa función sería exclusiva de la Superintendencia Bancaria.

Al respecto, se observa que el proceso de selección al que corresponde tanto el numeral de los términos de referencia como el acto administrativo de adjudicación acusados, se adelantó en septiembre de 1993, es decir que no resulta aplicable el Decreto 1421 de 1993, Estatuto Orgánico de Bogotá, el cual en su artículo 144 dispuso que *"Las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas"* y en el parágrafo de la norma puntualizó que *"las normas del Estatuto General de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto"*, dado que la Ley 80 de 1993 fue promulgada el 28 de octubre de 1993; en consecuencia, el procedimiento de selección al que alude el presente proceso se regía por las normas del Código Fiscal de Bogotá contenidas en el Acuerdo Distrital No. 06 de 1985.



En el artículo 233 del referido Acuerdo, se establecían las reglas con sujeción a las cuales debía adelantarse el procedimiento de licitación pública y sobre el pliego de condiciones, establecía:

"1. La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones para la aprobación de la junta directiva que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa:

a. Las especificaciones de los bienes, servicios u obras objeto del contrato proyectado.

b. La cantidad y calidad de dichos bienes, servicios u obras.

c. Las calidades que se exijan a las personas que deseen licitar y los medios para comprobarla.

d. El lugar, sitio, día y hora en que se abra y cierre la licitación

e. Las condiciones y forma de cumplimiento por el contratista y las modalidades y forma de pago. Cuando el pago deba hacerse con recursos del crédito, deberá consignarse expresamente que éste se hará bajo condición de perfeccionamiento del empréstito correspondiente o deberá exigirse al proponente la formulación de oferta de financiación.

f. Las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la cuantía y término de la garantía de seriedad de la misma.

g. El término dentro del cual se hará la adjudicación una vez cerrada la licitación y el plazo para la firma del contrato efectuada aquella, la constitución de garantías, el pago del impuesto de timbre y publicación en el Registro Distrital, los cuales deberán señalarse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato.

h. La minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de Ley.

i. El número mínimo de participantes hábiles exigido para que la licitación no sea declarada desierta, el cual no podrá ser inferior a dos (2).

j. Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación.

k. La posibilidad de presentar alternativas o desviaciones.

l. La posibilidad de presentar propuestas parciales.

m. La posibilidad de efectuar adjudicaciones parciales.

n. La posibilidad de presentar propuestas conjuntas.



ñ. La facultad que se reserva la entidad interesada de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar, y de una vez adjudicada contratar o no contratar”.

Y específicamente en relación con los concursos públicos de méritos -sistema de selección que según el artículo 458 del citado Acuerdo Distrital debía adelantarse para la selección de los intermediarios de seguros de las entidades de la Administración Distrital-, el artículo 257 del aludido Código Fiscal establecía los requisitos que debían contener las bases del concurso, así:

“Las bases del concurso deben contener:

1. Los términos de referencia en los cuales se defina el objeto y alcance de cada uno de los aspectos que deben cubrir el estudio o las obras.
2. Información que debe presentarse en las propuestas técnicas y económicas.
3. Número mínimo de propuestas que se requerirán para no declarar desierto el concurso.
4. Las bases de metodología de calificación de las propuestas técnicas, indicando el puntaje de calificación que se distribuirá entre los siguientes aspectos:
 - a. Enfoque general del estudio o de las obras y la metodología para desarrollarlos de acuerdo con el alcance de los términos de referencia.
 - b. Organización que dará a los trabajos.
 - c. Cronograma de ejecución de los estudios o de las obras.
 - d. Experiencia general de la firma.
 - e. Experiencia en estudios u obras similares durante los últimos (5) años.
 - f. Experiencia de los profesionales presentados para ejecutar las consultorías o las obras.
 - g. El puntaje máximo posible debe sumar mil (1.000) puntos”.

Las anteriores son las exigencias mínimas que el pliego de condiciones -o términos de referencia, en los concursos públicos de méritos- debía contener; pero aparte de las mismas, existían otros requisitos que debían cumplir las entidades en sus procedimientos de contratación; por ejemplo, el artículo 201 establecía la



manera de acreditar la existencia y representación legal, ordenando que *"Cuando los oferentes fueren personas jurídicas deberán acreditar su existencia y representación mediante los documentos exigidos por la Ley"* y además que para poder contratar, *"(...) las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán haber sido constituidas por lo menos seis (6) meses antes de las fechas de apertura de la respectiva licitación o concurso de méritos o de la celebración del convenio, según el caso y acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un (1) año más"*, lo cual obviamente conducía a que las entidades en sus pliegos de condiciones o términos de referencia incluyeran exigencias y requisitos tendientes a dar cumplimiento a estas disposiciones, de obligatoria aplicación para ellas.

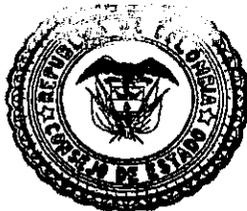
Por otra parte, es necesario recordar que el pliego de condiciones o los términos de referencia, corresponden a un documento que elabora la entidad pública interesada en contratar, para que rija tanto el procedimiento de selección como el futuro contrato, pues contiene las disposiciones a las cuales se tienen que sujetar todos los actores de la licitación o concurso -entidad y proponentes- y así mismo, los términos del negocio jurídico que se celebrará como resultado de la respectiva adjudicación; y la entidad, dejando a salvo los aspectos expresamente regulados y por lo tanto de obligatoria inclusión en los pliegos de condiciones o términos de referencia, cuenta con amplia libertad para la configuración de los mismos, pues es a ella a quien le corresponde establecer la descripción y especificaciones del objeto a contratar; definir en general cómo se tramitará el procedimiento; fijar los plazos de apertura y cierre; establecer los criterios y las ponderaciones de los mismos para la evaluación de ofertas y adjudicación; señalar los requisitos de participación; así como todas aquellas disposiciones que considere necesarias para realizar una selección objetiva; le corresponde entonces, *"(...) concretar los requisitos, reglas, condiciones y exigencias que estime oportunos, de acuerdo con las circunstancias de cada proceso de selección en concreto"*⁹.

Sobre este asunto, ha dicho reiteradamente la jurisprudencia¹⁰:

"El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de la misma ley, consagra el deber que tiene la Administración

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Expediente 18.059. M.P.: Alier E. Hernández Enríquez

¹⁰ Sentencia del 24 de septiembre de 2009. Expediente 17.760. Actor: Ana Esmeralda Medina.



Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierto de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista¹¹.

Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia que, a su turno, debe orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituye un presupuesto de la legalidad de la contratación pública, desde su misma génesis o formación.

A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.¹²

Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de "*ley de la licitación*" y "*ley del contrato*"¹³, en cuanto que sus disposiciones no sólo regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, sino que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación.

Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o

¹¹ Como anota CASSAGNE "*Los pliegos de las licitaciones y concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario.*" Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 50.

Como lo ha manifestado de antaño la Sala, los pliegos contienen dos tipos de normas, unas definen las condiciones jurídicas y técnicas que regirán la futura relación contractual, y las otras las condiciones jurídicas y técnicas exigidas a los candidatos y los criterios de selección del contratista.

¹² Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹³ "*Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado "la ley del contrato" por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación*" (Dromi, José Roberto, *La licitación Pública*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196)



calificación de sus ofertas; unos y otros deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

Los primeros permiten y determinan la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; los segundos posibilitan la selección de la mejor propuesta, esto es están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, lo cual excluye, de suyo, que factores ambiguos o elementos subjetivos puedan tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹⁴, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso; su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la Administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta plasmados en los pliegos de condiciones para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, de forma tal que se pueda escoger aquel que resulte más favorable para los fines e intereses de la entidad estatal.

En suma, resulta menester que los criterios de selección que se consagren en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la Administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a proponer; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones.

De ahí que la Sala considere que si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de

¹⁴ El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".



referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato.¹⁵

Es por esto que, por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que debe efectuar la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que le posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (Cfr. artículos 24 numeral 5, apartes b y c; 25 numeral 3 y ss.; y 26 numerales 1 y 3, entre otros, de la Ley 80 de 1993).

Por eso el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80, ordena que la entidad interesada, en la fase de planeación, elabore los correspondientes pliegos de condiciones en los cuales deben detallarse, especialmente, los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, que permitan ofrecimientos de igual naturaleza.

Así pues, resulta indiscutible el carácter obligatorio que para las entidades estatales reviste el numeral 5 del artículo 25 de la citada Ley 80, de conformidad con el cual en los pliegos de condiciones o términos de referencia:

"a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

"b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

"c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

"d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

"e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

"f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

"Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en

¹⁵ Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.



este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados."

De lo dicho y de conformidad con la norma legal transcrita, no puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores que no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la Administración, toda vez que ello contraría principios de la contratación pública como los de planeación, de transparencia y el deber de selección objetiva".

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que la entidad demandada en el presente caso contaba con una amplia libertad para la configuración del pliego de condiciones o de los términos de referencia a través de cuyo contenido podía exigir válidamente a los proponentes que decidieren participar en el concurso público de méritos, los documentos que considerara necesarios para verificar la información que sobre ellos resultaba indispensable a la hora de adjudicar el respectivo contrato de intermediación, al tiempo que, por su parte, los respectivos oferentes estaban en la obligación de dar cumplimiento a todas las exigencias efectuadas en los aludidos términos de referencia.

Y en este punto es necesario recordar que uno de los principios que deben informar y orientar los procedimientos administrativos de selección de contratistas por parte de las entidades estatales es el de igualdad, de conformidad con el cual todos los proponentes participantes en dichos procesos deben ser objeto del mismo tratamiento, de tal manera que las exigencias y requisitos que se incluyan en los respectivos pliegos o términos de referencia deberán verificarse en igualdad de condiciones respecto de todos los oferentes y éstos, a su vez, están obligados a darles cumplimiento en la misma forma, sin que pueda existir un tratamiento diferencial o discriminatorio que implique exigir el cumplimiento de ciertos requisitos a unos proponentes y no a otros, o exigirlo respecto de algunos requisitos y no de todos los que se incluyeron como necesarios en el pliego de condiciones o en los términos de referencia; en consecuencia, las exigencias que se efectúen deben operar en las mismas condiciones para todos los participantes en el proceso de selección y las consecuencias que se deriven de su inobservancia deben así mismo ser idénticas para todos ellos.



Volviendo al presente caso, se observa que efectivamente, como lo sostuvo la parte actora, las sociedades corredoras de seguros, por su misma naturaleza, estaban sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera- y su existencia y representación legal, por expresa disposición del ordenamiento jurídico, debía ser certificada por dicha Superintendencia; sin embargo, esto no implicaba que ellas no debieran, así mismo, estar inscritas en el Registro Mercantil, como sociedades comerciales que son; y dicho registro es llevado por las Cámaras de Comercio, instituciones que tienen a su cargo también una función de certificación en relación con el mismo y con las anotaciones que en él consten, como las relativas a la fecha de constitución de la sociedad y el término de duración de la misma, datos estos últimos que tal y como ya se vio, constituyen una información que necesariamente debía ser obtenida por la entidad contratante, pues así lo ordenaba en forma expresa el Código Fiscal de Bogotá en relación con los procesos de selección y contratación de las entidades sujetas a sus normas.

Se trata entonces de dos ópticas desde las cuales se analiza la configuración de las sociedades participantes en el proceso de selección: i) desde su condición de sociedades comerciales, con todas las obligaciones que atañen a cualquier persona que ejerza una actividad de tal naturaleza y, desde la perspectiva de la especialidad de dicha actividad, en cuanto por tratarse del corretaje de seguros, tienen una regulación, control y vigilancia especiales por parte de la entidad encargada de ello, que en este caso lo era la Superintendencia Bancaria.

Al respecto, el artículo 86 del C. de Co., establece entre las funciones de las Cámaras de Comercio, en su numeral 3, la de "*Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, como se prevé en este Código*"; a su turno, el artículo 19 *ibidem* establece que es obligación de todo comerciante matricularse en el registro mercantil (num. 1) e inscribir en el mismo todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad (num. 2); a su vez, el numeral 8 del artículo 20 del referido Código establece que el corretaje es un acto de comercio y el artículo 28, que deben inscribirse en el registro mercantil las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como, entre otros, los corredores, dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades, todo lo cual significa que los oferentes que participaron en el concurso público de méritos tramitado por la



entidad demandada, estaban obligados a matricularse en la Cámara de Comercio y a inscribir los actos y documentos cuya inscripción en el registro mercantil dispone la ley para los comerciantes en general.

Por otra parte, el artículo 1347 del C. de Co., definió a los corredores de seguros como aquellas "(...) *empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador*"; por su parte, el artículo 1348 del mismo estatuto dispuso que "*Las sociedades que se dediquen al corretaje de seguros estarán sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y deberán tener un capital mínimo y una organización técnica y contable, con sujeción a las normas que dicte al efecto la misma Superintendencia*", a propósito de lo cual acota el artículo 1349 *ibidem*, que "*La sociedad corredora de seguros deberá inscribirse en la Superintendencia Bancaria, organismo que la proveerá de un certificado que la acredite como corredor, con el cual podrá ejercer las actividades propias de su objeto social ante todos los aseguradores y el público en general*".

A su vez, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto Ley 663 de 1993-, vigente para la época en que se adelantó el concurso de méritos a que se refiere el presente proceso¹⁶, sometió a la vigilancia e inspección de la Superintendencia Bancaria a los corredores de seguros (num. 2 del artículo 325) y le atribuyó a dicha Superintendencia la función de expedir las certificaciones sobre la existencia y representación legal de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, de acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las mismas (numeral 3 del artículo 325).

Podría pensarse entonces, que a través de esta norma especial y posterior contenida en el Estatuto Financiero y que reguló una materia que ya se encontraba establecida en el artículo 86 del Código de Comercio, se produjo la derogatoria de este último; sin embargo ello no es así, por cuanto de la sola lectura del artículo 86 mencionado, se deduce que en él no sólo se les atribuye a las Cámaras de Comercio la función de certificar sobre la existencia y

¹⁶ El Decreto 663 es del 2 de abril de 1993 y fue publicado en el Diario Oficial No. 40.820 del 5 de abril del mismo año.



representación de las personas sometidas a registro sino sobre todos los actos, libros y documentos que deben ser inscritos allí por expresa exigencia legal, mientras que la norma del Estatuto Financiero, le atribuyó a la Superintendencia Bancaria la función de certificar, únicamente, la existencia y representación de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.

En consecuencia, si efectivamente se dio una derogatoria del artículo 86 del Código de Comercio con ocasión de la expedición del numeral 2º del artículo 325 del Decreto 663 de 1993, la misma fue sólo parcial, y se refiere exclusivamente a la función de certificación sobre la existencia y representación de aquellas sociedades que se encuentren sometidas a la inspección y vigilancia permanentes de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- por cuanto en adelante es esta la entidad encargada de expedir tal certificación, subsistiendo la función radicada en cabeza de las Cámaras de Comercio de certificar sobre todos los demás actos, libros y documentos que por exigencia legal deben ser inscritos en dichas entidades.

Ahora bien, la certificación a cargo de la Superintendencia Bancaria era necesaria para establecer la posibilidad jurídica de que las sociedades que se presentaron como corredoras de seguros, efectivamente ejercieran tal actividad, por cumplir con los requisitos exigidos para ello, circunstancia que está llamada a verificar precisamente la entidad encargada de la vigilancia y control de las personas dedicadas a dicha labor de corretaje de seguros; los artículos 1350 y 1351 del C. de Co., establecen:

"ARTICULO 1350. CONDICIONES NECESARIAS PARA LA INSCRIPCION. Para hacer la inscripción de que trata el artículo anterior [se refiere a la inscripción en la Superintendencia Bancaria] la sociedad deberá demostrar que sus socios gestores y administradores son personas idóneas, de conformidad con la ley y el reglamento que dicte la Superintendencia Bancaria y declarar, bajo juramento, que ni la sociedad, ni los socios incurrn en las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas por los literales a) a d) del artículo 13 de la Ley 65 de 1966.

ARTICULO 1351. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO. Solo podrán usar el título de corredores de seguros y ejercer esta profesión las sociedades debidamente inscritas en la Superintendencia Bancaria, que tengan vigente el certificado expedido por dicho organismo".



De otro lado, las Superintendencias Bancaria y de Industria y Comercio, conjuntamente con la Comisión Nacional de Valores, expidieron la Circular Externa No. 01 del 3 de noviembre de 1983, en la cual se refirieron específicamente a las obligaciones de los vigilados por estas entidades frente al registro mercantil y la Superintendencia Bancaria, estableciendo lo siguiente:

"Con el ánimo de hacer claridad en lo que respecta con las obligaciones que deben cumplir las entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria o al que ejerce la Comisión Nacional de Valores, frente al Registro Mercantil, por virtud de lo previsto en los Decretos 410 de 1971, 125 de 1976, 2920 de 1982 y 3227 del mismo año, hemos considerado conveniente hacer las siguientes precisiones:

1. Matricula Mercantil. Dispone el artículo 19 del Código de Comercio que "Es obligación de todo comerciante: Matricularse en el registro mercantil". El mismo estatuto preceptúa: Artículo 33 "La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año". Por matrícula se entiende "el registro que deben efectuar las personas que ejercen profesionalmente el comercio y sus establecimientos. La matrícula debe renovarse anualmente". (Resolución No. 1353 de 1983, artículo 1º, párrafo Superintendencia de Industria y Comercio).

Atendida la calidad de comerciales que la ley ha reconocido a las actividades que realizan las entidades sujetas al referido control por parte del Estado, y teniendo en cuenta que quienes las ejecutan profesionalmente detentan la calidad de comerciantes, resulta entonces incuestionable la obligatoriedad que tienen todas las entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria o al de la Comisión Nacional de Valores para:

- a) Matricularse como personas jurídicas ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar de su domicilio.
- b) Matricular sus establecimientos de comercio dentro de los cuales, obviamente, se comprenden sus sucursales y agencias, en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde se decreta su apertura.
- c) Renovar dentro de los tres primeros meses de cada año la matrícula mercantil tanto de la persona como de sus establecimientos.

No debe olvidarse que entre Matrícula e inscripción existen diferencias sustanciales que justifican que todos los comerciantes, sin distingo alguno, cumplan con la obligación legal que les demanda la primera frente a las Cámaras de Comercio (artículos 19 y 33 del Código de Comercio), y a la vez no se sustraigan del imperativo de allegar ante la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores la documentación referente a su existencia y representación legal, conforme lo exigen el Decreto 125 de 1976 (artículo 1º literal d) y los Decretos 2920 y 3227 de 1982 (artículos 27 y 7º., respectivamente), para los efectos de expedir las certificaciones correspondientes. Algunos de los elementos diferenciadores que sustentan la afirmación hecha son:

- La matrícula, y por contera su renovación, tiene como fundamento teleológico dar noticia a terceros sobre la condición del comerciante; sobre aquellos datos o hechos personales y patrimoniales del profesional del comercio que deben ser transparentes para la comunidad.



La inscripción, entre tanto, apunta a hacer oponible el respectivo acto, contrato o documento ante terceros, de manera que no puedan éstos sustraerse a los efectos que de aquellos se derivan (artículo 901 del Código de Comercio).

- La matrícula debe renovarse anualmente, al paso que la inscripción se hace por una sola vez (Artículo 33 ibídem).

- La falta de inscripción se sanciona -como se desprende de lo antes expuesto- con la inoponibilidad a terceros, mientras que la pretermisión de la obligación de matrícula, o su renovación, acarrea multa de hasta diez mil pesos (\$10.000.00) (artículo 37 ejusdem), la cual se impondrá por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Documentos a inscribir en el registro mercantil. Obligación correlativa a la matrícula es, para todo comerciante, la de "inscribir en el registro mercantil, todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad" (artículo 19 del Código de Comercio). Conviene en este punto precisar el alcance del artículo 1º, literal d del Decreto 125 de 1976, que asignó a la Superintendencia Bancaria la función de "llevar de acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades sometidas a su inspección y control permanentes, y con el fin de expedir las certificaciones sobre su existencia y representación legal, el registro público correspondiente".

Indudablemente no debe entenderse el precepto normativo transcrito como la exoneración, para las entidades sujetas a inspección estatal, de una obligación que para ellas nace autónomamente en el artículo 19, numeral 2 del estatuto mercantil, por el hecho de ser comerciantes.

El Decreto 125 de 1976, cuyo alcance no es otro que el de fijar la estructura administrativa de la Superintendencia Bancaria -según la ley de facultades correspondiente- y que, como tal, no puede entenderse modificadorio del régimen de las obligaciones del profesional del comercio, asignó competencia a esta agencia del Estado para llevar un registro sobre documentos que acrediten la existencia y representación legal de las entidades que vigila, con el fin de expedir certificaciones sobre estas materias; pero, en manera alguna, sustrajo de la competencia de las Cámaras de Comercio la función que la ley les asignó de llevar el registro mercantil (artículo 86 numeral 3º del Código de Comercio).

Así las cosas, la facultad y obligación de certificar que tiene la Superintendencia Bancaria -sobre la existencia y representación legal de las compañías vigiladas- posee un alcance eminentemente probatorio, más no suple el sistema de publicidad mercantil a cargo de las cámaras de comercio, de tal suerte que la oponibilidad frente a terceros de los actos sujetos a registro sólo se surte mediante la inscripción de los mismos en las entidades precisadas.

Por consiguiente, todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o por la Comisión Nacional de Valores, deben cumplir en su totalidad con la obligación legal de inscribir ante las cámaras de comercio del país los documentos que han sido sometidos a la formalidad del registro, entre los que cuentan:

- a) Los documentos en que conste la constitución de la compañía.
- b) Las reformas estatutarias, para lo cual deberá acreditarse el documento en que el ente estatal respectivo las haya autorizado (artículo 159, Código de Comercio).



- c) Los documentos contentivos del nombramiento de representantes legales y sus respectivos suplentes; esto es, presidentes, gerentes, directores, vicepresidentes, subgerentes, etc., para lo cual se adjuntará el acta de la diligencia de posesión surtida ante la Superintendencia Bancaria o la Comisión Nacional de Valores, según el caso.
- d) El nombramiento y la remoción de revisores fiscales.
- e) La designación de Juntas Directivas, para lo cual deberá acreditarse la posesión, en los términos del literal C del presente numeral.
- f) Los actos en que conste la decisión de apertura de sucursales o agencias, previa la autorización de la entidad estatal competente.
- g) Los actos en virtud de los cuales se confiera, modifique o revoque la administración de los bienes o negocios del comerciante.
- h) Los Libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asamblea y juntas de socios, así como los de juntas directivas.
- i) Los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación esté sujeta a registro mercantil.
- j) Los demás actos, contratos, documentos y providencias judiciales y administrativas cuyo registro mercantil ordene la ley.

3. Certificados. Atendido el alcance probatorio fijado por el artículo 1º, literal (d), del Decreto 125 de 1976, y consecucionalmente por los artículos 27 del Decreto 2920 de 1982 y 7º, del Decreto 3227 del mismo año, la existencia y representación legal de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o la Comisión Nacional de Valores se probará con certificación emanada del ente estatal que ejerza el control respectivo; sin embargo, la existencia y representación legal de las empresas vigiladas que se mencionan a continuación, como también la inscripción de los restantes actos sujetos a la formalidad registral, se probará con certificado de la cámara de comercio correspondiente:

- a) Las sociedades, en general, cuyo objeto social comprenda el desarrollo de las actividades reguladas por la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979. Las anónimas que contemplen en su objeto, más no en forma exclusiva, dichas actividades.
- b) Las agencias de seguros.

Así mismo, compete exclusivamente a las Cámaras de Comercio certificar sobre los revisores fiscales y miembros de juntas directivas de las referidas sociedades, como también de los demás actos, contratos y documentos sometidos a la formalidad del registro mercantil.

Quando se trate de actos atinentes a la existencia y/o la representación legal de las entidades vigiladas de que trata esta circular, exceptuadas las señaladas en los literales a y b del presente numeral, las Cámaras certificarán el cumplimiento del registro de los documentos relacionados con tales cuestiones, solamente para acreditar su inscripción (artículo 30 del Código de Comercio), más se abstendrán de otorgar medio de prueba sobre existencia y representación (artículo 117 del Código de Comercio), que se repite, sólo se probará con certificado de la Superintendencia Bancaria o la Comisión Nacional de Valores". (Las subrayas son de la Sala).

En consecuencia, considera la Sala que tal y como lo sostuvo el Tribunal Administrativo *a-quo*, las certificaciones a cargo de una y otra entidad no se excluyen sino que se complementan, son distintas, sirven para diferentes



finalidades y son necesarias para obtener una completa información acerca de esta clase de oferentes, de tal manera que no se puede afirmar que lo pedido en el numeral 1.8.2 demandado, sea violatorio de alguna norma legal de las que se afirma como infringidas en la demanda, pues claramente dicho numeral especificó que el "certificado de existencia y representación" de la Cámara de Comercio era para acreditar "(...) que la sociedad ha sido constituida por lo menos seis (6) meses antes de la fecha de apertura del presente Concurso de Méritos y que el término de la duración de la sociedad no sea menor al término de la intermediación y un año más. Este certificado (...) contendrá expresamente el objeto de la sociedad y facultades del Representante Legal", pues a renglón seguido, en el numeral 1.8.3 se exigió también la necesaria certificación a cargo de la Superintendencia Bancaria, sobre la inscripción de los proponentes como corredores de seguros, atendiendo a la competencia legal de esta entidad para certificar sobre la existencia y representación de tales sociedades.

Por lo tanto se comparte lo expuesto por el **a-quo**, cuando afirmó:

"(...) la expresión utilizada en el ítem 1.8.2 que se analiza, no puede ser tomada en el simple sentido textual de la misma, para entender que la Certificación expedida por la Cámara de Comercio y requerida según aquel como documento de la propuesta, es sustitutiva de la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria y que también se requiere como documento de la propuesta. Si en el ítem 1.8.2 se utiliza la expresión "Certificado de existencia y representación legal de la sociedad, expedido por la Cámara de Comercio...", ella debe entenderse referida al calificativo usual que se asigna a dicho Certificado. Tampoco podría entenderse que del hecho de no haberse expresado textualmente en el ítem 1.8.3 que la certificación solicitada y proveniente de la Superintendencia Bancaria es la de existencia y representación, se desprenda que ésta no es apta o adecuada legalmente para demostrar tal existencia y representación".

De acuerdo con lo anterior, los proponentes dentro del concurso público de méritos estaban llamados a cumplir con "todos" los requisitos exigidos en los términos de referencia y en virtud de su calidad de comerciantes con dedicación a la actividad del corretaje de seguros, debían conocer suficientemente la diferencia existente y en todo caso la obligatoriedad de cumplir tanto con el registro e inscripción ante la Cámara de Comercio como ante la Superintendencia Bancaria, y que el uno no era supletorio del otro.

Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos



que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987¹⁷, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: *"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"*; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores.

Sin embargo, se observa que no es este el caso que se analiza en el **sub-lite**, puesto que se trataba de un concurso público de méritos en el cual se estaba adjudicando la función de intermediación entre la entidad estatal y la aseguradora o aseguradoras con las cuales se tenían contratados o se iban a contratar los seguros que la amparaban frente a diversos riesgos que podían afectar sus bienes e intereses, por lo cual al corredor de seguros elegido le correspondería determinar los riesgos asegurados -o asegurables- y verificar el estado de los mismos; asesorar a la entidad en cuanto a la mejor forma de asegurarlos y participar en la elaboración y trámite de los procedimientos administrativos de contratación de esos seguros; efectuar el trámite de las reclamaciones, etc.¹⁸, todo

¹⁷ Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

¹⁸ En los Términos de Referencia se indicaron como obligaciones y deberes del corredor:

"2.7.1 Mantener actualizado un programa de seguros que contenga amparos básico, amparos adicionales necesarios, cláusulas especiales, determinación de las tasas, prima, deducibles y descuentos y demás posibilidades dentro de la contratación de seguros, aplicación de límite de pérdida máxima posible, análisis de valores asegurables de la Empresa.

2.7.2 Visitar periódicamente los sitios en los cuales se encuentran los bienes asegurados.

2.7.3 Presentar cuando la Empresa así lo solicite, un programa sobre reducción o eliminación de riesgos.

2.7.4 Poner a disposición de la Empresa, copias anuales de las pólizas que pueda legalmente ofrecer con adiciones y anexos.

2.7.5 Mantener durante la vigencia del contrato una oficina en la ciudad de Bogotá.



a nombre de la Administración y frente a esas aseguradoras, labor que exigía, por lo tanto, que se tratara de personas con suficiente experiencia en esa actividad, cuestión que debía verificarse, entre otros aspectos, mediante la constatación del tiempo mínimo de constitución de la respectiva sociedad, que en el presente caso se exigió que no fuera inferior a 6 meses con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección -numeral 1.8.2 de los Términos de Referencia-; como también exigía esa tarea que se garantizara que el favorecido con la adjudicación estaría dedicado a esa actividad por lo menos durante la duración del contrato de intermediación y un tiempo adicional que se considerara adecuado -en este caso se estimó apropiado exigir un año más-, circunstancia que debía acreditarse con el tiempo de duración previsto estatutariamente para la sociedad, información que

2.7.6 Inspeccionar riesgos.

2.7.7 Examinar las condiciones del riesgo y asesorar a la Empresa en la selección del amparo que más convenga a sus intereses, explicándole su extensión y sus exclusiones, en forma tal que la Empresa tenga conocimiento de sus derechos y obligaciones.

2.7.8 Comunicar a la Empresa sobre la vigencia de los seguros existentes.

2.7.9 Asesorar a la Empresa respecto a la celebración y desarrollo del Contrato de Seguros en todas sus etapas; esto es, en la solicitud del seguro, en la expedición de la póliza, en el pago oportuno de la prima, en la variación de los riesgos y su consiguiente notificación a la Compañía, en el aviso del siniestro, en la protección del salvamento, en la presentación de la reclamación, en la valorización de la pérdida y en general, en todo lo concerniente a la correcta ejecución del contrato de seguros.

2.7.10 Cumplir rigurosamente las normas e instrucciones de la Superintendencia Bancaria.

2.7.11 A guardar la reserva sobre todas las informaciones que la Empresa considere reservadas.

2.7.12 Suministrar a la Empresa los informes mensuales sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales con sus recomendaciones a este respecto. Dichos informes debe enviarlos dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes al Interventor de los Contratos de Seguros de la Empresa.

2.7.13 El oferente con la presentación de su propuesta, acepta todas las obligaciones y funciones establecidas y se compromete al cumplimiento de todas las demás que presente en su oferta.

2.8 DEBERES DEL CORREDOR

2.8.1. Identificar y analizar racionalmente los riesgos que puedan afectar el patrimonio de la EDIS.

2.8.2 Instruir imparcial y objetivamente a la EDIS sobre las características comerciales y financieras de las Compañías Aseguradoras, para que la Empresa esté en capacidad de seleccionar su asegurador o aseguradores.

2.8.3 Presentar a la Empresa recomendaciones en cuanto a las características de cobertura en lo técnico, administrativo y económico que se encuentren disponibles en el mercado asegurador.

2.8.4 Colaborar con el Interventor de los Contratos de Seguros de la EDIS en la estructuración técnica de los programas de seguros, de acuerdo con los requerimientos y necesidades de la Empresa.

2.8.5 Gestionar ante las Compañías de Seguros la renovación y actualización del programa de seguros.

2.8.6 efectuar labores de revisión y control de documentos emitidos por las aseguradoras y solicitar las modificaciones correspondientes.

2.8.7 Inspeccionar y supervisar con la coordinación del Departamento de Seguridad Industrial, por lo menos una vez al año, los bienes de la Empresa, prestar asesoría sobre medidas de prevención adecuadas para minimizar los riesgos.

2.8.8 Tramitar en forma oportuna todo lo relacionado con los reclamos y procurar obtener siempre las indemnizaciones justas en el menor tiempo posible.

2.8.9 Controlar los vencimientos de las pólizas y presentar con treinta (30) días de anticipación un resumen del programa de seguros al Interventor de los Contratos de Seguros de la EDIS, para el estudio y aprobación de las modificaciones necesarias.

2.8.10 Elaborar estadísticas de siniestralidad y resúmenes periódicos sobre estado y costo de las diferentes pólizas de seguros contratadas.

2.8.11 Dictar cursos de entrenamiento y capacitación sobre seguros y seguridad industrial, que tengan relación con las diferentes pólizas contratadas, según necesidades del asegurado.

2.8.12 Prestar asesoría jurídica y técnica sobre los seguros contratados por la Empresa, cuando se requiera.

2.8.13 Las demás que el oferente desee ofrecer y las que requiera la Empresa".



aparece inscrita en el respectivo certificado de existencia y representación que expide la Cámara de Comercio.

Al respecto se observa que las Especificaciones Técnicas de los Términos de Referencia (fls. 79 y sgtes., cdno. 2) indicaban que el concurso público de méritos era para la *"Asesoría y manejo en la colocación y los trámites inherentes a las pólizas necesarias para el adecuado cubrimiento contra los riesgos a que estén expuestos los bienes e intereses de la empresa, que conforman su programa de seguros y de las reclamaciones que se originen por la ocurrencia de siniestros que afecten a los mismos"*; por otro lado, el numeral 2.4 reguló lo concerniente a la duración del futuro contrato:

"2.4 DURACION DE LA INTERMEDIACION.

2.4.1 La intermediación que llegare a adelantarse como consecuencia de la adjudicación del presente concurso, tendrá una duración de dos (2) años renovables por el mismo término, contados a partir de la comunicación que en tal sentido le envíe la Empresa, término que las partes podrán renovar de común acuerdo por periodos anuales sin que en su totalidad excedan de cinco (5) años, cuando así lo manifiesten expresamente dentro de los quince (15) días hábiles anteriores a su vencimiento inicial o al de la última renovación. En este caso la renovación se celebrará de acuerdo con las normas legales vigentes".

Y en cuanto a los factores de evaluación de las ofertas se incluyó, en el numeral 2.6 de los aludidos términos de referencia, el de la experiencia de la sociedad corredora, factor al cual se le asignó un puntaje de 100 sobre 1000; otro factor de calificación fue el de experiencia con entidades públicas, al que también se le asignó un puntaje de 100 sobre 1000, lo cual da un total de 200 puntos para la experiencia que pudieren acreditar los proponentes, cuestión suficientemente indicativa de la importancia que revestía la antigüedad de su constitución como sociedades dedicadas a la actividad de intermediación de seguros; adicionalmente, en el numeral 2.6.4.1 se indicó en relación con la experiencia de la sociedad corredora: *"Experiencia de la sociedad en todos y cada uno de los ramos que constituyen el programa de seguros de las empresas en el sector público y privado"*.



Como se puede observar, los referidos no eran requisitos menores, puramente accesorios o carentes de utilidad para la comparación y evaluación de las ofertas como quiera que correspondían a informaciones relevantes de cara al objeto del contrato a celebrarse y de su propia naturaleza; necesarios para verificar la satisfacción de las normas distritales pertinentes que establecían exigencias mínimas y obligatorias en relación con el tiempo de constitución de los oferentes personas jurídicas y los plazos previstos estatutariamente para su duración, así como indispensables para poder asignar los puntajes previstos para esos criterios de selección, informaciones éstas de las cuales dan cuenta, precisamente, los correspondientes certificados que competía –y compete- expedir a las respectivas Cámaras de Comercio, certificados cuya presentación fue exigida a todos los oferentes por la demandada EDIS a través de los Términos de Referencia elaborados para regir el concurso público de méritos adelantado para la selección de sus corredores de seguros.

Lo expuesto lleva a concluir que no se comprobó en el **sub-lite** la ilegalidad que se le atribuyó al referido numeral 1.8.2 de los términos de referencia que rigieron el Concurso Público de Méritos No. 002 de 1993.

V- Los cargos de nulidad absoluta del contrato:

Según la demanda, el Contrato de Corretaje celebrado entre la EDIS y la firma Rehacer y Cía. Ltda. Corredores de seguros, sería violatorio de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 302 del Código Fiscal Distrital¹⁹ y estaría incurso en la causal de nulidad enlistada en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En la sustentación de los cargos, la parte actora sostuvo que de manera ilegal, la firma contratista acreditó su existencia y representación con certificado de la Cámara de Comercio y a pesar de ello se le adjudicó el contrato, por lo que tal adjudicación habría sido ilegal; en consecuencia, el contrato resultante estaría viciado de nulidad absoluta; en este aspecto, los cargos contra el contrato demandado giran en torno a la ilegalidad del acto de adjudicación por la incorrecta evaluación de las ofertas, al haber sido erróneamente descalificadas las de las sociedades demandantes y haber sido favorecida una que no cumplía con los

¹⁹ El artículo 302 del Código Fiscal -Acuerdo 06 de 1985- contiene las causales de nulidad absoluta y relativa de los contratos, y en el numeral 2º de las absolutas, estableció que los contratos son absolutamente nulos cuando contravengan normas de derecho público.



requisitos legales ni había sido tampoco la de mayor puntaje y, por lo tanto, la más favorable.

De otro lado, sostuvo que el contrato sería nulo también por violación de las normas de Derecho Público en que debía basarse la entidad para contratar, contenidas en el Acuerdo Distrital 6 de 1985.

La Sala considera que estos cargos tampoco están llamados a prosperar, por las siguientes razones:

5.1. En primer término, se observa que las causales de nulidad contractual son de estricta consagración legal, razón por la cual resulta improcedente alegar causales de nulidad contenidas en otros ordenamientos, como el Acuerdo Distrital 6 de 1985, aducido en la demanda.

5.2. En segundo lugar, estima la Sala que resulta improcedente alegar como causal de nulidad de un contrato celebrado el día 20 de septiembre de 1993 (fl. 48, cdno. 2), una causal de nulidad incluida en la Ley 80 de 1993, que fue promulgada el 28 de octubre de 1993²⁰ -fecha en la cual, según el Estatuto de Bogotá, se inició su vigencia para las entidades distritales sometidas a sus disposiciones-, es decir una causal de nulidad que no existía cuando se suscribió el contrato en cuestión, puesto que, como es bien sabido, cuando se pregona la existencia de una causal de nulidad de determinado acto o negocio jurídico, lo que se está afirmando es que el mismo nació viciado, es decir que desde su mismo origen adolece de las condiciones legales mínimas de validez exigidas para esa clase de actos o negocios, lo cual implica que la verificación del cumplimiento de dichas condiciones deba hacerse confrontándolo con las que en el momento de su surgimiento exigía la ley²¹.

Y lo cierto es que para la época de celebración del negocio jurídico al que se refiere la presente controversia, las causales de nulidad absoluta que regían para

²⁰ Diario Oficial No. 41.094

²¹ El artículo 38 de la Ley 153 de 1887, también dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.



los contratos celebrados por la entidad demandada, eran las consagradas en el Decreto-ley 222 de 1983²² en su artículo 78:

"ARTICULO 78. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA -

Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:

- a. Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto.
- b. Cuando contravengan normas de derecho público.
- c. Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal.
- d. Cuando se hubieren celebrado por funcionarios que carezcan de competencia o con abuso o desviación de poder.

PARAGRAFO. Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanan por ratificación de las partes".

No obstante lo anterior, aún en el evento en que se pudiera alegar la nulidad del acto de adjudicación como fundamento de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato demandado, se observa que su ilegalidad no fue demostrada, puesto que -aparte de lo ya analizado en relación con la aplicación del numeral 1.8.2 de los Términos de Referencia- en relación con el cargo según el cual la sociedad contratista fue favorecida con la adjudicación a pesar de que habría acreditado su existencia y representación en forma ilegal, tal afirmación carece de soporte probatorio, toda vez que de conformidad con el cuadro de evaluación que obra en el plenario (fl. 66, cdno. 2), la firma **Rehacer y Cía. Ltda. Corredores de Seguros** sí cumplió con la entrega tanto del certificado de la Cámara de Comercio como de la certificación de la Superintendencia Bancaria; según certificado de existencia y representación enviado al proceso por la Superintendencia Bancaria a solicitud del Tribunal **a-quo**, la sociedad Rehacer y Cía. Ltda., es una persona jurídica vigilada por dicha Superintendencia, legalmente constituida en 1992, registrada ante esa entidad según certificado de inscripción No. 108 del 21 de abril de 1992 y autorizada para ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación

²² El inciso 4º del artículo 1º del Decreto-ley 222 de 1983, establecía que "Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también a los Departamentos y Municipios".



a título de intermediario entre el asegurado y el asegurador (fl. 200, cdno 2); y en el plenario obra así mismo, copia debidamente autenticada por la entidad demandada, en donde reposa el original (fl. 279, cdno. 2), del certificado de existencia y representación de la sociedad **Rehacer y Cía. Ltda. Corredores de Seguros**, expedido el **31 de agosto de 1993** por la Superintendencia Bancaria, lo que significa que dicha firma ostentaba la calidad y autorización necesarias para ejercer la actividad de corredor de seguros en la época de adjudicación y celebración del contrato con la EDIS –septiembre de 1993- y así lo acreditó ante esta entidad, sin que por otra parte se haya probado en el plenario que dentro del respectivo proceso de selección dicha firma hubiere dejado de acreditar su existencia y representación con el correspondiente certificado de la Superintendencia Bancaria, puesto que ni siquiera obra copia de su propuesta.

5.2. En segundo lugar, se observa que el numeral 1.4 de los Términos de Referencia que rigieron el Concurso Público de Méritos 002 de 1993, estableció (copia auténtica de documento público, fl. 71, cdno. 2):

"1.4. PRESENTACION DE LAS OFERTAS

1.4.1. **Se requiere que la oferta contenga todos los documentos** y cumplir con todos los requisitos exigidos en los términos de referencia, en la forma y contenido que se solicita, **lo cual es requisito indispensable para que la EDIS entre a estudiar y evaluar la parte jurídica y técnica de la oferta correspondiente**". (Negrillas fuera del texto original).

Por su parte, el numeral 1.13. de dichos Términos, dispuso (fl. 77, cdno. 2):

"1.13. ELIMINACION DE PROPUESTAS.

1.13.1. Habrá lugar a eliminación de propuestas en los siguientes casos:

1.13.1.1. El incumplimiento de cualquier requisito esencial, **o la no presentación de los documentos en los términos establecidos.**

1.13.1.2. Cuando el proponente se encuentre inhabilitado, tenga incompatibilidad, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 202, 203, 204 y 207 del Código Fiscal Distrital" (Las negrillas son de la Sala).

Y tal y como ya se vio en otro aparte de esta providencia, el numeral 1.8 de los mismos Términos, estableció los documentos que **debía** contener cada propuesta, entre los cuales se hallaban tanto el certificado expedido por la Cámara de



Comercio -denominado "de existencia y representación" en general, pero que es contentivo de una serie de distintas informaciones y datos sobre los comerciantes inscritos en el Registro Mercantil- como el certificado a cargo de la Superintendencia Bancaria:

"1.8. CONTENIDO DE LA PROPUESTA.

La propuesta deberá contener los siguientes documentos:

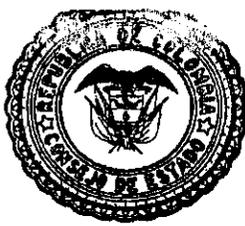
(...)

1.8.2. Certificado de existencia y representación legal de sociedad, expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal, en el cual se acredita que la sociedad ha sido constituida por lo menos seis (6) meses antes de la fecha de apertura del presente Concurso de Méritos y que el término de la duración de la sociedad no sea menor al término de la intermediación y un año más. Este certificado deberá haber sido expedido con un máximo de noventa (90) días calendario de antelación al cierre del Concurso y contendrá expresamente el objeto de la sociedad y facultades del Representante Legal".

"1.8.3. Original o fotocopia autenticada del certificado de inscripción de la firma corredora de seguros en la Superintendencia Bancaria, en la que conste la actividad que desarrolla, el cual deberá haber sido expedido con un máximo de noventa (90) días calendario de antelación al cierre del Concurso".

La denominación que la entidad les haya dado a los certificados que están a cargo de las mencionadas entidades, no muta su naturaleza ni la competencia que a cada una de ellas les corresponde en relación con lo que pueden o no certificar, como parte de sus funciones; de modo que independientemente de que en el numeral 1.8.2 se hubiere dicho que se requería el certificado "de existencia y representación" de la Cámara de Comercio, lo cierto es que sí se aclaró lo pretendido con el mismo: la constatación del tiempo de constitución de la respectiva sociedad y de su término de duración, para verificar que tuviera una antigüedad de por lo menos 6 meses de anterioridad a la fecha de apertura del concurso de méritos y que su duración no sería inferior al término de intermediación y un año más.

De la misma manera, si bien en el numeral 1.8.3 no se manifiesta expresamente que el certificado que expide la Superintendencia Bancaria es el de existencia y representación de las sociedades sometidas a su vigilancia, ello no quiere decir que deje de tener tal naturaleza y lo importante es que se haya solicitado, pues con ello se cumple el requisito de acreditación de la existencia y representación de los corredores de seguros que participaron en el concurso.



5.3. En cuanto a la violación de normas de derecho público por parte del contrato demandado, observa la Sala que el demandante manifestó que se trataba (fl. 64, cdno. 1), de un lado, de las "(...) *normas que regulan el procedimiento de concurso asegurando la selección objetiva de la propuesta mejor calificada, normas en las que se incluye aquella que prescribe la forma en que se prueba la existencia y representación de las personas jurídicas*".

Como se puede apreciar, se trata en este caso del mismo cargo de ilegalidad que se adujo frente al acto de adjudicación, relacionado con la descalificación de varios oferentes debido al incumplimiento de un requisito de los Términos de Referencia, por cuanto considera la parte actora que se habrían desconocido las normas sobre certificación de la existencia y representación de las sociedades corredoras de seguros, en la medida en que se exigió que se presentara tal certificación expedida por la Cámara de Comercio, cuando la competente para ello era la Superintendencia Bancaria; y dado que ya se manifestó sobre el punto, la Sala se remite a lo expuesto en capítulo anterior.

De otro lado, la demandante adujo la violación de las normas "(...) *que determinan las solemnidades a que los contratos tanto administrativos o privados de la Administración (...) están sometidos para considerarse como válidamente realizados, al tenor del artículo 1741 del Código Civil (...)*", enunciando las siguientes (fl. 71, cdno. 1):

"Arts. 217 y 218, que en su orden determinan que todo contrato debe estar garantizado y que las garantías deben ser aprobadas.

Art. 220, que determina la obligación de pago de los impuestos por parte del contratista.

Art. 221, que ordena la publicación del contrato en el registro distrital.

Art. 241, que como ya se explicó, determina que el concurso de méritos busca escoger a la mejor oferta en igualdad de condiciones.

Art. 284, que establece como cláusulas obligatorias de los contratos independientemente de si son administrativos o privados y en lo que al contrato **sub lite** se refiere:

"... las relativas a caducidad administrativa ... garantías, multas, penal pecuniaria...".

Numerales 1.1.1. y 1.4.1. de los Términos de Referencia.



Dichas normas de derecho público fueron total o parcialmente violadas por la **EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS 'EDIS'** al celebrar el contrato de corretaje, contrato de derecho privado de la administración, con la sociedad **REHACER Y CIA LTDA. CORREDORES DE SEGUROS**, fruto del acto de adjudicación contenido en la Resolución número 1032 del 8 de septiembre de 1993, puesto que dicho contrato omitió el cumplimiento de las exigencias fijadas por las citadas normas".

En relación con el primer cargo, es claro que su análisis pasa por el estudio de validez del acto de adjudicación, puesto que es éste el que culmina el procedimiento de selección y, por lo tanto, sería la decisión afectada por las irregularidades que en el mismo se hubieran podido presentar; toda vez que sobre el punto de la impugnación del acto de adjudicación ya se pronunció la Sala, a dicho pronunciamiento se remite.

En cuanto al cargo de omisión de requisitos en el contrato mismo, se observa que no es cierto que no se hubieren pactado las cláusulas de caducidad, multas, garantías y cláusula penal pecuniaria, lo cual se constata con la sola lectura del documento contentivo del negocio jurídico (fls. 43 a 48, cdno. 2); pero aún en el evento en que las mismas no hubieren sido incluidas en el contrato, ello tampoco vulneraría su validez, en la medida en que se trata de cláusulas que no resultaban de forzosa estipulación, tratándose como se trata de un contrato de derecho privado de la Administración, a la luz de las disposiciones vigentes para cuando se celebró; pero que de haberlo sido, se habrían entendido incluidas, por expresa disposición legal²³.

Respecto de los requisitos de constitución y aprobación de garantías así como de publicación del contrato, como lo sostuvo el **a-quo**, se trata de requisitos posteriores y extrínsecos al mismo, que por lo tanto no afectan su validez y se relacionan es con su ejecución, de tal manera que aún en el evento en que se hubiera omitido el cumplimiento de tales requisitos, ello sería insuficiente para declarar la nulidad del contrato demandado.

²³ Artículos 65 y 68 del Decreto Ley 222 de 1983, que regulaban la cláusula presunta de caducidad y la cláusula presunta de garantías, respectivamente, en aquellos casos en los que no se hubieren pactado siendo obligatorias, de tal manera que se entenderán incluidas. Estos artículos resultan aplicables al contrato en cuestión, toda vez que conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 1° del mismo Estatuto, sus normas sobre tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como los principios de modificación, interpretación y terminación unilateral, se aplicarían también a los departamentos y municipios.



Conclusión:

Las consideraciones que se dejan expuestas, resultan suficientemente demostrativas de que el Tribunal acertó en su decisión, razón por la cual la Sala procederá a confirmarla.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de marzo de 1998.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ