

CONSEJO DE ESTADO**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN TERCERA****SUBSECCIÓN "A"****Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera**

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

Radicación : 25000232600020020160601
Expediente : 29.855
Demandante: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda.
Demandado: Corporación Autónoma de Cundinamarca –CAR-
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Sala de Descongestión), la cual declaró infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda.

1.- Antecedentes.-

Mediante escrito radicado el 31 de julio de 2002 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera), Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda., la primera actuando por conducto de su representante legal y la segunda a través de apoderado, formularon demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR-, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 0774 del 20 de junio de 2002, que se declare que las demandantes son las adjudicatarias de la licitación pública 02 de 2002, que se condene a la demandada a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la falta de adjudicación del citado proceso de selección y que se ordene cumplir la sentencia que ponga fin al proceso, en la forma prevista por los artículos 176 y 177 del C.C.A. (fls. 2 y 3, C. 1).

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- Mediante Resolución 0435 del 12 de abril de 2002, la CAR ordenó la apertura de la licitación pública 02 de 2002, cuyo objeto era seleccionar al contratista que prestaría los servicios de vigilancia y seguridad para la protección de todos los activos de la citada entidad.

2.2.- Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda. conformaron una unión temporal para participar en la mencionada licitación.

2.3.- La Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. obtuvo 1000 puntos en la evaluación preliminar, para el sector 1 y 985 puntos, para el sector 2, lo cual significaba que ocupaba el primer lugar para ambos sectores.

2.4.- En la etapa de observaciones, uno de los participantes del proceso de selección solicitó el rechazo de la oferta presentada por la unión temporal en cita, porque, en su opinión, en el acta 61 de la reunión extraordinaria de la junta de socios de 7-24 Ltda. “... *supuestamente el Representante Legal (sic) de esta sociedad solicitó de manera parcial que se facultara para celebrar la Unión Temporal con la empresa VIGIAS DE COLOMBIA SRL LTDA., excluyendo la participación de la Licitación (sic)*” (fl. 5, C. 1).

Por lo anterior, la propuesta de la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. -724 Ltda. fue eliminada del proceso de selección; sin embargo, en opinión de las demandantes la decisión de la administración fue equivocada, pues en el acta 61 de la junta extraordinaria de socios de 7-24 Ltda. quedó expresa constancia de que el punto 3 del orden del día versaba sobre la “*Autorización para presentar licitación y contratar*” y no solamente para celebrar el contrato de unión temporal, como lo sostuvo la administración

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

como fundamento para rechazar el ofrecimiento de las demandantes (fls. 2 a 7, C. 1).

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

La parte demandante citó como violados los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 29, 89, 90, 91, 123, 124, 209, 238, 267, 273 y 274 de la Constitución Política, 1 y siguientes de la Ley 153 de 1887, 2, 3, 77 y 79 del Código Contencioso Administrativo, 23, 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones y el acta de aclaraciones de la licitación pública 02 de 2002.

3.1.- La parte demandante afirmó que fue vulnerado el artículo 84 del C.C.A., porque el acto administrativo atacado fue proferido con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa y fue falsamente motivado con el fin de favorecer los intereses de otro oferente.

Además, en opinión de las demandantes, con la expedición del acto cuestionado se violaron los principios de igualdad, de eficacia y de imparcialidad, los cuales informan la función administrativa, pues, a pesar de que la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. informó en la audiencia de adjudicación que el acta de la junta de socios de 7-24 Ltda. reunía las condiciones previstas en el pliego, la entidad demandada desestimó sus argumentos indebidamente, en detrimento de los intereses económicos de las demandantes.

3.2.- Las demandantes citaron como violado el artículo 25 (numeral 5) de la Ley 80 de 1993, pero no concretaron ningún cargo a este respecto.

3.3.- Según las demandantes, el acto demandado vulneró los artículos 2 y 3 del C.C.A., porque desconoció el derecho que tenía la Unión Temporal Vigías de Colombia Ltda. – 724 Ltda. de ser la adjudicataria del proceso de selección, en detrimento de los principios de eficacia e imparcialidad de la actividad administrativa.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

3.4.- Igualmente, las demandantes señalaron como violado el artículo 30 (numerales 2 y 6) de la Ley 80 de 1993, pero no fundamentaron la acusación (fls. 7 a 11, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 29 de agosto de 2002, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al Director de la CAR y al agente del Ministerio Público, dispuso fijar en lista del negocio, solicitó los antecedentes administrativos del acto cuestionado y reconoció personería al apoderado de la demandante (fls. 15 y 16, C. Principal).

Por auto del 29 de mayo de 2003, el Tribunal ordenó vincular al proceso a Americana de Vigilancia Ltda. –AMERICAN VIG LTDA.- y a la Compañía de Seguridad Nacional –COMSENAL LTDA.-, adjudicatarias del proceso de selección, en calidad de litisconsortes necesarios (fl. 158, C. 1).

4.1.- La impugnación.-

4.1.1.- Dentro del término de fijación en lista, la CAR, por conducto de apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos y negó los demás.

Aseguró que la propuesta de la unión temporal integrada por las demandantes no cumplía la totalidad de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones de la licitación pública 02 de 2002.

Propuso las excepciones que denominó **“INEPTA DEMANDA”** e **“INDEBIDA DEMANDA”** (fls. 20 a 41, C. 1).

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

4.1.2.- Americana de Vigilancia Ltda. –AMERICAN VIG LTDA.- y la Compañía de Seguridad Nacional –COMSENAL LTDA.- guardaron silencio.

5.- Los alegatos de primera instancia.-

5.1.- La parte demandada planteó la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues para la fecha de interposición de la demanda el contrato que nació como resultado de la licitación pública cuestionada ya había sido celebrado, ya que el pliego de condiciones contemplaba que se debía suscribir dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la adjudicación.

Asimismo, señaló que la demanda era sustantivamente inepta, porque el demandante no allegó las constancias de notificación del acto administrativo demandado.

Adujo que la parte demandante carecía de legitimación en la causa para demandar, pues el poder otorgado por 7-24 Ltda. estaba desprovisto de la nota de presentación personal que exige el ordenamiento procesal.

Por otra parte, señaló que Vigías de Colombia S.R.L Ltda. no otorgó poder al abogado que interpuso la demanda, por lo cual “... *no existe legitimidad adjetiva de la mencionada demandante*” (fl. 203, C. 1).

Insistió en la legalidad del acto acusado (fls. 199 a 211, C 1).

5.2.- La parte demandante presentó sus alegatos de manera extemporánea.

5.3.- Los litisconsortes necesarios y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

6.- La sentencia recurrida.-

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Mediante fallo del 28 de octubre de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sala de Descongestión) puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

Para llegar a lo anterior, el Tribunal destacó que la acción promovida, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, es la idónea para analizar las pretensiones incoadas.

Precisó que la demanda fue interpuesta dentro de los treinta días (30) que contempla el artículo 87 del C.C.A. como término de caducidad de la acción y señaló que las demandantes y la demandada están legitimadas en la causa, por activa y por pasiva, respectivamente, para formular las pretensiones y para oponerse a ellas.

Decidió las excepciones propuestas por la parte demandada, para lo cual indicó que no era necesario aportar al proceso la constancia de notificación personal del acto acusado, por lo que desestimó la excepción de inepta demanda y añadió que el acta de la audiencia de adjudicación hace parte integral del acto administrativo de adjudicación, razón por la cual la excepción de indebida demanda no estaba llamada a prosperar.

Analizó los cargos formulados contra el acto administrativo demandando, iniciando por el de falsa motivación.

En opinión del Tribunal, el requisito contemplado en el numeral 3.3.4 de los pliegos de condiciones estaba orientado a determinar la capacidad de los oferentes y, por ende, la autorización debía ser expresa y no genérica, es decir, debía hacer *"... mención exacta del proceso licitatorio para el cual daba autorización para contratar en caso de adjudicación"* (fl. 231, C. Consejo); pero, como el acta de la junta de socios aportada al proceso para acreditar tal fin carecía de las señaladas exigencias, la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. incumplió la previsión de los pliegos.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

La Sala del Tribunal se abstuvo de estudiar los cargos denominados desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y violación de los artículos 24 (numeral 5) y 30 (numerales 2 y 6) de la Ley 80 de 1993, porque no fue expuesto concepto de violación para fundamentarlos.

Señaló el a quo que las demandantes no acreditaron violación de los artículos 2 y 3 del C.C.A.; por ende, desestimó las pretensiones de la demanda (fls. 212 a 236, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fls. 238 a 240, C. Consejo), con el fin de lograr la revocatoria de la sentencia recurrida y, en su lugar, que se accediera a las pretensiones de la demanda.

En sentir del recurrente, las exigencias previstas en los pliegos de condiciones se hallaban satisfechas por la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. - 7-24 Ltda., pues la junta de socios de esta última otorgó autorización al representante legal de la sociedad para conformar la citada unión temporal, con el fin de celebrar el respectivo contrato con la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por \$1.683'559.004.

Añadió el apelante que la autorización para suscribir el contrato no podía concederla la junta directiva de 7-24 Ltda., pues la obligación la iba a contraer la unión temporal y no una de sus integrantes; al respecto, dijo:

“Dicho de otra manera el numeral 3.3.4 esta (sic) redactado para una sociedad para (sic) el exclusivo caso de suscribir el contrato y solamente se puede hacer extensivo a las figuras de la unión temporal o consorcios para el evento de que la Junta (sic) u órgano directivo autorice a cada representante legal de las sociedades componentes para participar en la licitación” (fl. 239, C. Consejo).

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Cuestionó la decisión del Tribunal, por cuanto la sentencia afirmó que la autorización a la cual se ha hecho alusión debía ser expresa y no genérica. En opinión del recurrente, la apreciación del a quo constituye la introducción de un nuevo requisito que no estaba previsto en los pliegos de condiciones y que, además, estima infundado, pues la autorización fue presentada en la licitación pública 02 de 2002.

Reiteró que la propuesta presentada por las demandantes era la mejor (fls. 238 a 240, C. Consejo).

8.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-

Por auto del 20 de mayo de 2005 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 246, C. Consejo).

8.1.- La parte demandada reiteró su alegato de primera instancia (fls. 247 a 260, C. Consejo).

8.2.- La parte demandante reprodujo el escrito de sustentación de la apelación (fls. 261 a 263, C. Consejo).

El Delegado del Procurador guardó silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera – Sala de Descongestión), por cuanto la cuantía del proceso fue estimada,

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

razonadamente, en \$185'000.000 (fls. 3 y 4, C. 1). Para la época de interposición de la demanda¹, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera de \$8'470.000.00², monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Anotaciones previas.-

En los alegatos de conclusión de primera y de segunda instancia, el apoderado de la parte demandada cuestionó la “... **LEGITIMIDAD ADJETIVA DE LA PARTE DEMANDANTE**” (fls. 202, C. 1 y 251 C. Consejo), por cuanto el poder visible a folio 1 del cuaderno 1 no fue presentado personalmente por el otorgante, como lo exige el artículo 65 del C. de P.C., sino que sólo fue reconocido en su contenido, de modo que, en opinión de la demandada, 7-24 Ltda. “... carece de capacidad jurídica para comparecer al proceso” (fls. 203, C. 1 y 252, C. Consejo).

Por otra parte, señaló que Vigías de Colombia SRL Ltda. no otorgó poder al abogado que actuó en su representación, por lo cual “... no existe legitimidad adjetiva de la mencionada demandante” (ibídem).

Lo primero que debe anotar la Sala es que las supuestas irregularidades advertidas por la parte demandante son de estricta estirpe procesal, pues la legitimación procesal (*ad processum*) no es cosa distinta que la capacidad para ejercitar ciertos actos procesales; por ende, debe ser verificada en la sustanciación del proceso, a diferencia de la legitimación en la causa (*ad causam*) que constituye un presupuesto material o sustancial para obtener sentencia favorable a los intereses que defiende en el proceso y que, por lo

¹ 31 de julio de 2002, fl. 1, C. 1.

² Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

mismo, debe ser determinada al momento de dictar sentencia.

La legitimación procesal comprende la capacidad para ser parte y la debida representación, cuya carencia puede, eventualmente, viciar de nulidad la actuación procesal, cuando se presenta el supuesto contemplado en el artículo 140 (numeral 7) del C. de P.C.

Sin embargo, en este caso las presuntas irregularidades procesales debieron ser advertidas dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda, pero, como la parte demandada no lo hizo, quedaron subsanadas, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 140 del C. de P.C., en armonía con el artículo 143 –inciso sexto- ibídem.

III.- Acción procedente respecto de los actos previos.-

El inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), norma que se hallaba vigente para la fecha de interposición de la demanda (31 de julio de 2002), dispone 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”.*

La norma en cita introdujo, nuevamente³, la noción de actos previos o separables del contrato⁴ y añadió varios aspectos que merecen ser destacados: i) permitió varias opciones para ejercer su control por vía jurisdiccional, mediante tres clases de acciones, la de nulidad, la de nulidad

³ El texto original del artículo 87 del Decreto 01 de 1984 acuñaba la noción de actos separables del contrato, cuyo control se ejercía a través de las *“otras acciones”* previstas en el mismo código.

⁴ Sobre los actos previos o separables del contrato, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 14.827.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

y restablecimiento del derecho y la contractual propiamente dicha, ii) estableció como condición para incoar las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos separables, que el contrato no hubiera sido celebrado⁵, iii) la oportunidad para ejercer las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos separables del contrato, es decir, aquellos proferidos antes de la celebración del mismo, con ocasión de la actividad contractual⁶, fue fijada en 30 días, contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto, lo cual constituye una excepción a la regla general, puesto que se aplica un plazo de caducidad diferente al previsto para estas mismas acciones cuando se impugnan actos administrativos de naturaleza distinta⁷ y después de celebrado el contrato y iv) los actos precontractuales pueden ser impugnados mediante la acción contractual, pero con el único propósito de obtener la nulidad absoluta de éste, como resultado de la ilegalidad del acto demandado.

Las anteriores notas características fueron destacadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001, a través de la cual analizó la constitucionalidad de la norma en cita. Así se advierte de los siguientes apartes:

“La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y

⁵ En una reciente sentencia de esta subsección, la Sala analizó las distintas hipótesis que se pueden presentar respecto de la declaración de nulidad de los actos previos al contrato, con ocasión de la actividad contractual y el término de caducidad aplicable a cada caso específico (Consejo de Estado, Sala lo de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25.646).

⁶ Con la aclaración de que la actuación administrativa no siempre culmina con la celebración del contrato; sin embargo, desde 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que todos los actos previos proferidos con ocasión de la actividad contractual pueden ser demandados dentro de los treinta (30) días que prevé la norma, incluso aquel que declara desierta la licitación, porque éste también es proferido con ocasión de esa actividad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 2 de agosto de 2006, exp. 29.231).

⁷ Por regla general, los actos administrativos pueden ser demandados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso (artículo 136, numeral 2 del C.C.A.) y a través de la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (numeral 1 ibídem).

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, (sic) pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso sí a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio.

...

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

...

“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato” (subraya fuera del texto).

En una línea similar de entendimiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que el derecho del proponente a presentar la demanda por vía de la acción contractual persiste aunque se hubiere vencido el término de caducidad de los 30 días.

“... el perfeccionamiento del contrato estatal conlleva la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto previo y, en consecuencia, estableció que el acto previo deja de ser separable una vez firmado el contrato estatal, por lo cual podría ser demandado dentro

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

del curso de los dos (2) años siguientes mediante la acción contractual orientada a obtener la declaración de nulidad del contrato, caso en el cual debe demandarse también la nulidad del acto de adjudicación⁸.

Así, pues, la Corte Constitucional y esta Corporación han coincidido en señalar que la acción de nulidad y restablecimiento contra los actos previos subsiste siempre y cuando, por una parte, no haya sido celebrado el contrato que subyace de aquel acto administrativo y, por otra parte, no haya fenecido el término de los treinta (30) días que consagra el artículo 87 del C.C.A., en la forma en la que fue subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

Por el contrario, si el contrato ha sido celebrado antes de la expiración del mencionado término, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se extingue anticipadamente y se abre la posibilidad de que el demandante promueva la acción de controversias contractuales, con el fin de obtener la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la declaración de nulidad del acto previo; no obstante, recientemente esta subsección precisó que, para lograr el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios irrogados por la expedición del acto ilegal, se requiere que la acción contractual se ejercite dentro de los mismos treinta (30) días siguientes a la fecha de “comunicación, notificación o publicación” del acto, tal como lo consagra la norma en cita⁹; pero, si el término de los treinta (30) días ha finalizado y el demandante no ha interpuesto la acción contractual, la posibilidad de obtener el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios causados por la expedición del acto administrativo que se considera ilegal se extingue y el demandante sólo podrá pretender la declaración de nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto previo, dentro de los dos (2) años siguientes, contados a partir del perfeccionamiento del mismo o dentro de los cinco (5) años siguientes, si la vigencia del contrato es mayor, tal como lo prevé el numeral

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 28.479. En similar sentido ver: sentencia del 15 de febrero 2012, exp. 19.880 (Subsección “C”).

⁹ Esta precisión fue destacada recientemente por esta subsección en las ya mencionadas sentencias proferidas dentro de los expedientes 28.479 y 25.646, ambas del 13 de noviembre de 2013.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

10, letra e), del artículo 136 del C.C.A. (subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998).

En este caso, la parte demandante promovió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la declaración de nulidad del acto de adjudicación de la licitación pública 02 de 2002 de la CAR, cuyo objeto era "*... contratar la prestación de servicios de vigilancia y seguridad para la protección efectiva de todos los activos, tales como bienes muebles, documentos, enseres, etc y bienes inmuebles, así como de las diferentes sedes donde se encuentra el personal administrativo y sus usuarios, en todo el territorio de la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR*" (fl. 15, C. 2) y la condena al pago de los perjuicios que se afirman irrogados por la expedición del acto ilegal.

La Sala estima que la acción incoada es la correcta, pues dentro del expediente no se tiene noticia de que a la fecha de interposición de la demanda haya sido celebrado el contrato que debió surgir del citado proceso de selección; en efecto, a pesar de que la parte demandada advirtió que el contrato debió ser celebrado dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la adjudicación, lo cierto es que no probó que el contrato se haya celebrado. En cambio, es claro que la demanda fue promovida dentro de los treinta (30) días que consagra el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), para este tipo de acción.

En efecto, la adjudicación se produjo en audiencia pública el 20 de junio de 2002 (ver acta de la audiencia fls. 11 a 14, C. 2), de modo que, a partir del día siguiente, esto es, del 21 de junio de 2002, comenzó a correr el término de caducidad de los treinta (30) días de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Es de anotar que, para efectos de contar el término de caducidad, por tratarse de días, deben entenderse suprimidos los días feriados y los de

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

vacancia judicial, tal como lo disponen los artículos 62 de la Ley 4 de 1913¹⁰ y 121 del C. de P.C.¹¹, de tal suerte que, descontados los sábados, domingos y festivos, el término de los treinta (30) días venció el 2 de agosto de 2002, de manera que la demanda, presentada el 31 de julio del mismo año, fue promovida oportunamente.

IV.- Análisis del recurso.-

Mediante Resolución 0435 del 12 de abril de 2002, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR- ordenó la apertura de la licitación pública nacional 02 de 2002, cuyo objeto era contratar la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad para la protección efectiva de todos los activos, tales como bienes muebles e inmuebles, documentos y enseres de la citada entidad (fls. 161 y 162, C. 2).

La licitación estaba dividida en tres (3) sectores: el primero comprendía las sedes administrativas ubicadas en las zonas urbanas, el segundo abarcaba los parques forestales, viveros y represas ubicadas en las zonas rurales y el tercero era el de las plantas de tratamiento y las estaciones de bombeo ubicadas, igualmente, en zonas rurales, de modo que los participantes podían presentar ofertas para cualquiera de los sectores antes indicados (ver pliego de condiciones, fl. 140, C. 2).

Al proceso administrativo de selección se presentaron la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. (sectores 1 y 2), la Compañía de Seguridad Nacional –COMSENAL LTDA.- (sectores 1, 2 y 3), Americana de Vigilancia Ltda. -AMERICAN VIG LTDA.- (sector 1) y Seguridad y Vigilancia

¹⁰ “**ARTÍCULO 62.** En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

¹¹ “**ARTÍCULO 121. TÉRMINOS DE DÍAS, MESES Y AÑOS.** (Modificado por el artículo 1, numeral 65 del Decreto 2282 de 1989). En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos (sic) en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. “Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”.

Expediente 29.855
 Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Integral de Colombia Ltda. –SVI DE COLOMBIA LTDA.- (sector 1) (ver acta de cierre de la licitación y apertura de urna (fl. 11, C. 2).

El numeral 3.3.4. del pliego de condiciones señalaba que a la propuesta se debían aportar, entre otros documentos, el *“Original o copia autorizada del acta del órgano directivo de la sociedad proponente en el que conste la autorización dada a su Representante Legal para participar en la licitación y para suscribir el contrato, en el caso en (sic) que estatutariamente se requiera dicha autorización para contraer obligaciones en nombre de la sociedad”* (ver pliego de condiciones, fl. 143 vto. C. 2).

El 23 de mayo de 2002, la Junta de Licitaciones y Adquisiciones de la entidad, en compañía del comité evaluador, presentó los estudios preliminares de verificación de los requisitos mínimos exigidos a los proponentes y los informes de evaluación de las propuestas.

Después de elaborado el informe preliminar de evaluación, la única propuesta que resultó eliminada fue la presentada por Americana de Vigilancia -AMERICAN VIG LTDA.-, por cuanto su razón social se hallaba embargada. Las demás propuestas fueron habilitadas para la evaluación de los factores de escogencia, la cual arrojó los siguientes resultados (fls. 38 a 42, C. 2 y 431 a 435, C. 3):

Proponente	Sector	Puntaje/1000
Americana de Vigilancia Ltda. - AMERICAN VIG LTDA ¹² .-	1	980
Unión Temporal Vigías de Colombia SRL. Ltda. – 7-24 Ltda.	1	1000
	2	985
Seguridad y Vigilancia Integral de Colombia Ltda. – SVI, de Colombia Ltda.	1	964
Compañía de Seguridad Nacional – COMSENAL LTDA.-	1	952
	2	970
	3	940

¹² A pesar de que la propuesta fue rechazada, el informe preliminar la evaluó en los factores de ponderación y le asignó puntaje.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Varias observaciones fueron formuladas al informe preliminar de evaluación; particularmente, en lo que interesa al presente proceso, se destacan las observaciones formuladas a la oferta de la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda.

Uno de los participantes en el proceso de selección señaló que la propuesta presentada por la citada unión temporal debía ser rechazada, porque los pliegos de condiciones no fueron adquiridos por ambos integrantes sino por uno sólo de ellos; además, aseguró que el representante legal de 7-24 Ltda. carecía de capacidad para comprometer a la sociedad en la suscripción del contrato de unión temporal y para participar en la licitación, porque no contaba con la autorización expresa de la junta de socios.

Por otra parte, se cuestionó la propuesta de la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda., porque uno de sus integrantes presentó un balance que no correspondía a la realidad de la empresa a 31 de diciembre de 2001, sino a una transacción efectuada el 22 de febrero de 2002.

La entidad licitante acogió las anteriores observaciones y eliminó la propuesta de los demandantes, para lo cual señaló, en relación con la primera de ellas, que los pliegos de condiciones fueron adquiridos solamente por Vigías de Colombia SRL Ltda. antes de la constitución formal de la unión temporal; por ende, no fueron adquiridos por ésta y ello significaba que no se cumplió la totalidad de los requisitos para participar en el proceso de selección.

En relación con la segunda de las observaciones, la entidad licitante, después de confrontar el acta del 3 de mayo de 2002, de la junta extraordinaria de socios de 7-24 Ltda., con la exigencia del numeral 3.3.4 del pliego de condiciones, concluyó que no se cumplía el requisito previsto en dicho numeral, pues se requería autorización expresa y específica para dos actos: i) para la participación en el proceso de licitación y ii) para la celebración del contrato. En este caso, afirmó la entidad pública, “... al desarrollarse la reunión extraordinaria el Gerente General solicitó de manera parcial que se

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

facultara para celebrar la Unión Temporal con la empresa Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. en el contrato correspondiente con la CAR, excluyendo la participación en la licitación, la cual ni siquiera se identificó ni por su número ni por su objeto" (fl. 438, C. 3).

Respecto de la tercera de las observaciones, la entidad licitante señaló que la observación era atendible "... en la medida en que se trae una información correspondiente al año 2002, para aplicarla a la anualidad exigida que era la del año 2001. por (sic) lo anterior, es procedente la observación y constituye causal de rechazo de la propuesta" (fl. 445, C. 3).

Luego de resueltas la totalidad de las observaciones, el comité evaluador concluyó, como se dijo en precedencia, que se debía rechazar la oferta presentada por la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda., de modo que el resultado fue el siguiente (fl 447, C. 3):

"SECTOR UNO (1):

"AMERICANA DE VIGILANCIA LTDA:	980 PUNTOS
"S.V.I. DE COLOMBIA LTDA:	959 PUNTOS
"COMSENAL LTDA:	952 PUNTOS

"SECTOR DOS (2):

"COMSENAL LTDA:	970 PUNTOS
-----------------	------------

"SECTOR TRES (3):

"COMSENAL LTDA:	940 PUNTOS"
-----------------	-------------

El 20 de junio de 2002 se llevó a cabo la audiencia de adjudicación de la licitación y en ella los oferentes hicieron algunas críticas a las respuestas de las observaciones de los informes de verificación y de evaluación finales.

Particularmente, el representante de la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. manifestó su desacuerdo con la eliminación de su oferta, para lo cual rearguyó los fundamentos esbozados por la entidad licitante en el escrito de respuesta a las observaciones. Precisó que en los pliegos de condiciones no estaba contemplado que la compra de éstos

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

tuviera que realizarla cada uno de los integrantes de la unión temporal, pues, precisamente, de la compra de los pliegos por parte de alguno de los interesados nace el interés jurídico de conformar la unión temporal, luego de verificar las condiciones de participación.

Por otra parte, sostuvo que del acta de la Junta Extraordinaria de socios de 7-24 Ltda. se desprende que su gerente fue revestido de facultades plenas para participar en el proceso de selección.

Asimismo, señaló que la transacción de incremento de capital no se efectuó en 2002, sino en 2001, por tal razón la operación no aparecía reflejada en el balance general de 2001.

La entidad licitante aceptó las observaciones relacionadas con la compra de los pliegos y la información consignada en el balance general aportado a la propuesta; pero desestimó la relacionada con la autorización de la Junta de Socios de 7-24 Ltda., para participar en el proceso de selección, de modo que la propuesta de la Unión Temporal Vigías de Colombia Ltda. - 7-24 Ltda. quedó eliminada de manera definitiva por el incumplimiento de este último aspecto (fls. 485 a 489, C. 3).

Mediante Resolución 0774 del 20 de junio 2002, el Subdirector de Planeación y Desarrollo de la CAR adjudicó los tres (3) sectores materia del proceso de selección, así: el sector uno (1) a Americana de Vigilancia Ltda. -AMERICAN VIG LTDA-, y los sectores dos (2) y tres (3) a COMSENAL LTDA. (fls. 533 a 543, C. 3 y 15 a 27, C. 2).

En el recurso de apelación, los demandantes insisten en que el requisito previsto en el numeral 3.3.4 del pliego de condiciones se hallaba satisfecho; no obstante, antes de precisar si se hallaba satisfecho o no, la Sala observa que durante el procedimiento de selección se vulneró el derecho fundamental del debido proceso de la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. - 7-24 Ltda. y, a pesar de que la demanda no formuló un cargo

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

específico planteando tal situación, la jurisprudencia de esta Corporación¹³ ha sostenido que, cuando el juez constata que un acto administrativo ha sido proferido con violación del citado derecho constitucional fundamental, debe declarar su nulidad, incluso de manera oficiosa¹⁴, pues un acto administrativo no puede subsistir o quedar revestido de la presunción de legalidad que lo acompaña cuando en su expedición se ha incurrido en el desconocimiento del mencionado principio que constituye la base de la actuación de la administración y la piedra angular del Estado Social de Derecho. Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la justicia rogada, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política al debido proceso.

Para resolver la contienda, la Sala considera pertinente precisar algunos aspectos relacionados con la posibilidad de subsanar algunos de los requisitos y documentos requeridos por los pliegos de condiciones en el proceso de selección, particularmente, lo relacionado con los requisitos habilitantes, en primer lugar, porque el Tribunal de primera instancia entendió que la falta de autorización del representante legal de una de las integrantes de la unión temporal afectaba la capacidad jurídica del proponente (requisito habilitante) y, en segundo lugar, porque el tema aún ofrece dificultades en la práctica de la actividad contractual del Estado, según lo ha podido percibir esta Corporación.

1.- La posibilidad de subsanar requisitos y documentos.-

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

La actividad contractual del Estado encarna propiamente el ejercicio una función administrativa que está concebida como instrumento para cumplir las más altas finalidades del Estado, entre ellas, la promoción de la prosperidad general (artículo 2 de la Constitución), a través de la satisfacción o la prestación eficiente y continua de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y deberes consagrados en el texto constitucional (ibídem, en armonía con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993); por consiguiente, se debe desarrollar: (i) con estricta observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho, entre ellos, los de legalidad, de igualdad, del debido proceso y de la buena fe y (ii) con sujeción a los postulados que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución), a los principios generales del derecho y a los del derecho administrativo y, específicamente, a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, tal como dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

Estos principios están presentes en las distintas etapas de dicha actividad administrativa (precontractual, contractual y postcontractual) y a ellos se debe acudir ante cualquier situación que se pueda presentar, entre otras cosas, al momento de interpretar las reglas del Estatuto General de Contratación o cuando exista algún vacío normativo que se requiera llenar, pues tales criterios sirven de guía para garantizar el cumplimiento y la prevalencia de las finalidades a las cuales se ha hecho alusión.

Particularmente, en el marco de la actividad contractual el principio de transparencia tiene distintas manifestaciones que, por cierto, han sido decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación, entre las cuales se cuentan la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: (i) los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y (ii) las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y aseguren la escogencia objetiva del contratista (artículo 24, numeral 5, literales a y b, de la Ley 80 de 1993).

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Surge de dichas preceptivas una primera distinción entre los requisitos que miran las condiciones de los oferentes, denominados requisitos habilitantes, y los que califican la propuesta (no al proponente) que son los llamados factores de escogencia y que, por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación.

Del principio de transparencia surge el deber de selección objetiva que, para la fecha en la cual fue adelantado el proceso de selección sub – júdece, se hallaba consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

A la luz de la citada normatividad, el deber de selección objetiva se concretaba cuando: (i) la escogencia del contratista y, por ende, la adjudicación del contrato se realizaba al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella perseguía (satisfacción del interés público), sin tener en consideración motivaciones de orden subjetivo, verbigracia, razones afectivas o de intereses personales, (ii) el ofrecimiento más favorable era aquel que resultaba ser el más ventajoso para la entidad, luego de realizar la ponderación precisa, detallada y completa de los factores de escogencia previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tales como el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos, los plazos y el precio y (iii) la favorabilidad sólo podía ser determinada con fundamento en todos los factores previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia y no sólo con algunos de ellos, como el menor precio ofrecido o el plazo más reducido.

El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aunque este último conservó el criterio general que informa el deber de selección objetiva, esto es, que la escogencia se realice a la oferta más favorable a la entidad pública y a los intereses que ella busca, desprovisto de razones de afecto o de interés particular y, en general, de cualquier consideración subjetiva, el legislador modificó las formas de concreción del mencionado deber para hacer más específicos los postulados que garantizan su cumplimiento.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Bajo esta óptica, el recién mencionado artículo 5: (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados¹⁵, (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia¹⁶), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje.

La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados.

¹⁵ Específicamente, se hace alusión al requisito de experiencia que en los procesos de selección de consultores (concurso de méritos con y sin precalificación) puede ser objeto de calificación, pues en estos casos la materia de proceso es la escogencia de un contratista con específicos conocimientos técnicos en relación con una determinada disciplina y en estos casos la experiencia juega un papel fundamental para su selección.

¹⁶ Selección abreviada por subasta inversa, para la compra de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Lo anterior constituye una manifestación de los principios de igualdad y de la libre concurrencia que se deriva de aquél, pues garantiza que todas las personas que reúnan ciertas condiciones mínimas (adecuadas y proporcionales) señaladas en el pliego puedan participar en el procedimiento administrativo en igualdad de condiciones, al margen de que algunos de los oferentes gocen de mayor capacidad de contratación, de mayor fortaleza financiera (mejores índices de liquidez, menores índices de endeudamiento y mayor cobertura de intereses) o de mayor experiencia, pues lo que determina quién será el vencedor del proceso será el que tenga la mejor oferta, es decir, la que resulte mejor calificada en los factores ponderables. Para lo anterior, la norma señala que la entidad estatal efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello, sin que los requisitos habilitantes puedan otorgar puntaje, salvo en algunos procesos de selección, como se anotó párrafos atrás.

Ahora bien, en virtud del principio de economía, el artículo 25 (numeral 15) de la Ley 80 de 1993 previó que las autoridades no pueden exigir “... sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo que en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales” y añadió que “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 servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos” (subraya fuera del texto).

Esta última parte de la norma fue adicionada por el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación ..."¹⁷, salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.

La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado¹⁸, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.

Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), "*... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc. ...*"¹⁹ (subraya fuera del texto), por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje.

¹⁷ Sin embargo, el enunciado que trae la norma no significa que los oferentes puedan subsanar las falencias en cualquier momento. Debe entenderse que son las entidades las que pueden requerir al oferente, en cualquier momento, hasta la adjudicación (salvo en el caso de la subasta) y, desde luego, ellas deben fijar un término prudencial para que el oferente allegue los documentos solicitados; pero, si la falencia es detectada en la audiencia de adjudicación, lo obvio es que se suspenda para que el proponente los allegue en el término prudencial que indique la entidad.

¹⁸ Haciendo referencia a los requisitos y documentos necesarios para la comparación de las propuestas.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25.804.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un *ítem*, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.

Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado.

No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

condiciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993).

Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones.

En efecto, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dice que *“La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección ...”*, de modo que si un oferente no cumple esos requisitos mínimos de participación (habilitantes), sencillamente no debe acudir al proceso de selección; de hacerlo, su propuesta no puede ser estimada.

Por ejemplo, si un oferente no goza de capacidad jurídica (referida a la capacidad legal específicamente), porque es incapaz absoluto o relativo, no hay forma de que pueda participar en el proceso de selección y tampoco es posible de que pueda subsanar esa carencia, pues, por más que quiera, no puede convertirse en capaz por su sola voluntad.

La capacidad legal es un requisito cuyo cumplimiento se exige tanto para participar (requisito habilitante) en el proceso de selección, tal como lo establece el citado artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, como para contratar, según lo contempla el artículo 6 de la Ley 80 de 1993; por ende, el interesado debe contar con plena capacidad jurídica (capacidad legal) desde el momento en el que presenta su oferta, sin que sea viable que la complete

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

durante el desarrollo del proceso de selección, ya que, como requisito de habilitación, se requiere que sea satisfecho para participar.

Igual sucede con los demás requisitos habilitantes; entonces, si el oferente no tiene la capacidad financiera mínima para participar en el proceso de selección, no hay forma de que pueda subsanar su insuficiencia, pues no sería viable que el participante elevara sus índices de liquidez o que disminuyera sus índices de endeudamiento para cumplir la condición habilitante.

Lo mismo sucede con la experiencia. Si, por ejemplo, el pliego de condiciones exige una experiencia mínima específica de 5 años y el oferente no tiene más de 4 años de experiencia, no hay forma de que pueda subsanar tal falencia y, en consecuencia, su propuesta no puede pasar a la siguiente fase del proceso de selección, es decir, a la de evaluación, porque no satisface las condiciones mínimas de participación.

Ahora, si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, como se dijo anteriormente, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.

En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

Lo anterior, por cuanto, además de lo anotado en párrafos anteriores, al momento de presentar su oferta el participante se obliga irrevocablemente con la administración a que, de adjudicársele el proceso celebrará el contrato, de suerte que es en ese instante cuando se comienza a estructurar

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

el proyecto de negocio jurídico al que las partes (administración y oferente) pretenden llegar. Eso se traduce en que si, por ejemplo, al momento de presentar la propuesta el oferente carecía de capacidad legal y, a la sazón, resulta adjudicatario, no hay forma de que pueda exigírsele suscribir el contrato, pues para la fecha en que se obligó a ello no tenía la aptitud jurídica para contraer obligaciones.

Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “*subsananar*”, enmendar o rectificar.

Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala–.

Así, por ejemplo, en aquellos casos en que se tiene duda acerca de las condiciones de experiencia mínima del oferente, la entidad estatal está en la obligación de requerirlo para que aclare o subsane allegando las certificaciones que permitan constatar o precisar la información consignada en la propuesta, para que, de esta forma, quede debidamente acreditada la condición mínima exigida.

Puede suceder también que, a pesar de que el oferente sea plenamente capaz no haya acreditado fehacientemente su capacidad jurídica; en ese

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

caso, la entidad debe solicitar al oferente que allegue el documento idóneo que acredite su condición.

Igual sucede cuando la entidad tienen dudas acerca de la capacidad organizacional, caso en el cual tiene la obligación de solicitar al participante los documentos faltantes y estrictamente necesarios que permitan verificar, por ejemplo, el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de los activos, etc.

Ahora, es importante anotar que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, por regla general el cumplimiento de los requisitos habilitantes, es decir, de las condiciones mínimas para participar en el proceso de selección es certificado por el Registro Único de Proponentes –RUP–, de modo que la entidad no está facultada para solicitar documentos adicionales al oferente con el pretexto de constatar la información que allí se encuentra consignada y los demás participantes no pueden discutir, en el proceso de selección, la veracidad de los datos que constan en el mencionado registro²⁰, según lo dispone expresamente el artículo 6 (numeral 6.1) *ibídem*²¹, salvo las excepciones consagradas en la misma ley.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010, rad. 1.992.

²¹ “6.1. *De la calificación y clasificación de los inscritos.* Corresponderá a los proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

La calificación y clasificación certificada de conformidad con el presente artículo será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

“No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

“Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o modificación que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.

“La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento” (subrayas fuera del texto).

Pero, si la administración encuentra inconsistencias en la información del RUP debe actuar en la forma prevista por el numeral 6.3 de la misma norma, el cual dice:

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Hoy día, en los únicos eventos en los cuales la entidad pública se encuentra facultada para verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes es en los casos donde no se exige estar inscrito en el RUP para poder participar en el proceso de selección, es decir, en los casos exceptuados por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

En algunos pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que la oportunidad para subsanar las inexactitudes o falencias de aquellos requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas que se presentan en el curso de la licitación pública es la señalada en el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que dispone: “... De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones [o términos de referencia]²², se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” (subraya fuera del texto), de manera que es en ese momento cuando las entidades deben requerir a los oferentes para que subsanen las deficiencias o las falencias que se presenten en cuanto a los documentos y requisitos que por su naturaleza son subsanables, según lo anotado en precedencia y para solicitar al oferente las ilustraciones y justificaciones que se consideren necesarias para llevar a feliz término el proceso de selección, como sucede, por vía de ejemplo, cuando se le pide explicación respecto de una oferta que tiene visos de precios artificialmente bajos, etc; sin embargo, la experiencia indica que, en la práctica, no siempre se observa que en los pliegos de condiciones esté prevista esta etapa, pues las entidades muchas veces optan por rechazar *in limine* la oferta sin permitir a los oferentes la

“Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del Registro, que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la clasificación y calificación del inscrito, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de treinta (30) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP”.

²² El término entre corchetes fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

posibilidad de subsanar los requisitos y documentos “*subsanables*” y tan sólo permiten formular las observaciones después de estar elaborados los informes de verificación y evaluación (numeral 8 de la norma en cita), pero sin permitirles, en esta nueva oportunidad, enmendar las falencias advertidas en los requisitos y documentos subsanables, conducta que es violatoria del debido proceso administrativo consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

A este respecto, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación:

“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo *in limine* de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará ‘a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

“De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

“En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué ‘solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?”²³ (subraya fuera del texto).

En el caso que analiza la Sala, la propuesta presentada por la unión temporal integrada por los demandantes fue rechazada porque, en sentir de la entidad licitante, no se ajustaba a la totalidad de las condiciones establecidas en el pliego, en la medida en que la autorización del representante legal de 7-24 Ltda. no era suficiente para constituir la unión temporal y, potencialmente, para celebrar el contrato objeto de la licitación; sin embargo, la entidad demandada no tuvo en cuenta que el documento que estimaba inexacto no era necesario para la comparación o la

²³Sentencia del 26 de febrero de 2014, citada en precedencia.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

confrontación de las propuestas, porque se refería exclusivamente a la facultad del representante legal para obligar a la persona jurídica en el contrato de unión temporal en la presentación de la oferta y en el contrato que de pronto se celebraría, pero no guardaba relación con la oferta o con los aspectos susceptibles de ponderación, cuya aclaración implicara poner en ventaja a la unión temporal integrada por los demandantes, en relación con los demás participantes, de modo que se trataba de un aspecto, por su naturaleza, subsanable y, por consiguiente, la entidad debió requerir al oferente para que, dentro de la oportunidad prevista por el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aclarara las inexactitudes o falencias que, en su sentir, presentaba el documento de autorización de la junta de socios.

Es de anotar que, contrario a lo que adujo la CAR y a lo que sostuvo el tribunal de primera instancia, la falta de claridad en la autorización otorgada por la junta de socios de 7-24 Ltda. a su representante legal en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona moral como requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

En efecto, una cosa es la capacidad jurídica o de goce, la cual dice relación con aptitud inherente a todas las personas para ser titulares de derechos (artículo 14 de la Constitución), otra la capacidad legal que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona y otra la figura de la representación que consiste en la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otro.

En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 señala que tienen capacidad para contratar las personas legalmente capaces conforme a las disposiciones vigentes, los consorcios y las uniones temporales. La norma indica, además, que las sociedades nacionales y extranjeras deben acreditar que su duración no sea inferior a la del plazo del contrato y un año más.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Esta preceptiva debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 8 de la misma Ley 80 y con las demás normas²⁴ que contemplan restricciones para contratar con el Estado (inhabilidades e incompatibilidades), las cuales se hallan instituidas para preservar el principio de la moralidad administrativa.

Asimismo, quien aspire contratar con el Estado debe estar inscrito en el RUP, salvo las excepciones que el ordenamiento jurídico consagra.

En suma, toda persona legalmente capaz o sujeto de derecho al que el ordenamiento jurídico le ha otorgado la posibilidad de celebrar contratos con el Estado, que no se halle incurso en la causales de inhabilidad o de incompatibilidad que el ordenamiento jurídico prevé y que se halle inscrita en el RUP (en los casos en los que lo requiere el ordenamiento jurídico) tiene capacidad jurídica para participar en los procesos de selección y eventualmente para contratar con el Estado; pero, no constituye falta de capacidad jurídica y de ejercicio que el representante legal de las sociedades tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, pues la representación difiere de la capacidad legal en la medida en que aquélla no es más que una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer la capacidad legal de quienes no pueden adquirir derechos o contraer obligaciones por sí mismas.

Lo anterior significa que el hecho de que el representante legal de una persona moral tenga restricciones para obligarla no implica que la sociedad carezca de la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, no afecta su capacidad legal, por ende, no influye en el requisito de habilitación para participar en el proceso.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado sobre las diferencias que existen entre las mencionadas figuras y ha señalado que la falta de capacidad es un defecto insubsanable, en tanto se trata de un

²⁴ Como la Ley 610 de 2000, la Ley 828 de 2003, la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1150 de 2007, que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Las leyes enunciadas, a excepción de la primera, no se hallaban vigentes para la fecha del proceso de selección sub júdice.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

requisito habilitante para participar en el proceso de selección²⁵, que debe cumplirse y acreditarse al momento de presentar la propuesta, tal como se explicó a atrás, mientras que, en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, *“... la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, (sic) es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta ...”*²⁶.

Así, pues, la falta de acreditación de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y obligar válidamente a la persona jurídica es subsanable, incluso, por ratificación del acto, en los términos del artículo 884 del C. de Co.²⁷, para lo cual, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección, la entidad *“...bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual²⁸), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta”*²⁹.

En este caso, la Sala observa que el documento allegado por la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. - 7-24 Ltda. era suficiente para tener por acreditada la autorización requerida en el numeral 3.3.4 de los pliegos de condiciones; pero, en todo caso, si la entidad consideraba que el documento no era suficientemente claro debió requerir al oferente, en la oportunidad dispuesta en la Ley 80 de 1993 (artículo 30, numerales 7 y 8), para que lo aclarara o explicara garantizando así la realización del debido proceso.

El numeral 3.3.4 de los pliegos de condiciones exigía, entre otros documentos (se transcribe como aparece a folio 146 vto, C. 2):

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 8 de febrero de 2012, exp. 20.688.

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ “La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.”

²⁸ Artículo 5, párrafo 1º de la Ley 1150 de 2007.

²⁹ Sentencia del 8 de febrero de 2012, cit.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

“Original o copia autorizada del acta del órgano directivo de la sociedad proponente en el que conste la autorización dada a su Representante Legal para participar en la licitación y para suscribir el contrato, en el caso en que estatutariamente se requiera dicha autorización para contraer obligaciones en nombre de la sociedad”.

Según se observa en el certificado de existencia y representación legal de 7-24 Ltda., el gerente o su suplente requerían autorización, entre otras cosas, “*PARA CELEBRAR CUALQUIER ACTO O CONTRATO CUYA CUANTIA SEA O EXCEDA DE CIENTO CINCUENTA (150) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES EN LA FECHA DEL CORRESPONDEINTE ACTO O CONTRATO...*” (fl. 5 vto, C. 2).

Por lo anterior, el 3 de mayo de 2002 se reunió la junta extraordinaria de socios de 7-24 Ltda., con el fin de satisfacer la mencionada condición del pliego de condiciones. La reunión, según consta en el acta 61, se desarrolló así (se transcribe como aparece a folio 19, C. 3):

“En Bogotá, a los tres (3) días del mes de Mayo del año 2002, siendo las siete de la mañana se reunieron en las instalaciones de la empresa 7-24 Ltda. los miembros de la Junta de Socios. Doctores FABIO NOVOA ROJAS, JULIO PONCE DE LEÓN y Coronel @ IVAN F. RODRIGUEZ M.

“A continuación la asamblea aprobó el siguiente orden del día para esta reunión:

- “1. Verificación del quórum.
- “2. Elección del presidente y secretario.
- “3. Autorización para presentar licitación y contratar.
- “4. Propositiones de los accionistas.
- “5. Lectura y aprobación del acta de reunión.

“1. Verificación del quórum.

“Se verificó el quórum y se dejó constancia de la asistencia de los tres principales.

“2. Elección de Presidente y Secretario

“Fue nombrado como presidente el Coronel @ IVAN F. RODRIGUEZ M. y como secretario el señor BORIS AGUILAR.

“3. El Gerente General solicita que se faculte para celebrar la unión temporal con la empresa Vigías de Colombia S.R.L. Ltda., en el contrato correspondiente con la siguiente entidad por el valor previsto así:

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

“Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR, por un valor anual de 1.683'539.004.oo

“Los miembros de la Junta analizan la solicitud y aprueban dando su autorización.

“4. Propositiones de los accionistas
“OMITIDO

“5. Lectura y aprobación del acta de la reunión.

“Se dio lectura y se aprobó sin observaciones, el Presidente levantó la sesión siendo las 8:00 a.m.”.

Como se puede observar, la junta extraordinaria de socios tenía como finalidad autorizar al Gerente General de la sociedad para participar en una licitación pública y para contratar y, en efecto, en desarrollo de la reunión lo facultó para conformar la unión temporal con Vigías de Colombia SRL Ltda. y para contratar con la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca por un valor anual de \$1.683'539.004.

El hecho de que no se haya mencionado expresamente en el acta de la junta de socios el proceso de selección o que la redacción del documento fuera ambigua no implicaba que la autorización fuera insuficiente, pues la limitación estatutaria, según el certificado de existencia y representación de la sociedad, se refería únicamente a la cuantía del acto y no a la naturaleza del mismo, de modo que el requisito previsto en los pliegos se hallaba satisfecho con sólo mencionar la cuantía por la cual se autorizaba contratar, la persona con la cual se proyectaba conformar la unión temporal y la entidad frente a la cual se obligarían en un probable vínculo contractual, elementos que se distinguen claramente en el acta en mención.

Con todo, si la entidad pública tenía dudas, debió otorgar la posibilidad de subsanar el documento, por ratificación o por la aclaración del acto jurídico, en la oportunidad prevista por los numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; pero, como no lo hizo, soslayó el debido proceso administrativo consagrado y amparado por el artículo 29 de la Constitución, razón por la cual el acto administrativo cuestionado surgió viciado de nulidad.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

En efecto, para la Sala no cabe duda de que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar si son sancionatorios o no.

Una de esas garantías que hace parte del debido proceso administrativo es el derecho a que el procedimiento se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el cual, en el campo de las actuaciones administrativas, está estrictamente ligado con el principio de legalidad, en la medida en que el servidor público no sólo debe cumplir las funciones asignadas, sino que debe hacerlo en la forma determinada por el ordenamiento jurídico.

Como se ha venido diciendo, los procedimientos de selección de contratistas son esencialmente reglados y ello implica que la actuación y la decisión deben adoptarse, por parte del servidor público competente y después de agotadas las distintas etapas que, en conjunto, integran el proceso.

En ese sentido, el debido proceso proscribe las decisiones de plano, es decir, sin fórmula de juicio o con pretermisión de alguna de las etapas del procedimiento definido por la ley, porque esto atenta contra el legítimo derecho que le asiste al administrado de participar, en los momentos oportunos, para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate.

En este caso, se estructura la violación del mencionado derecho fundamental, porque, como se dijo, no se dio la posibilidad a la parte demandante de que, en la etapa procesal prevista por los citados numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aclarara o explicara el contenido del documento respecto del cual tenía dudas y mucho menos se le dio la oportunidad de que, en últimas, lo subsanara por ratificación.

2.- La mejor propuesta.-

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala³⁰ ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir adelante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En este caso quedó demostrado que el acto administrativo de adjudicación es nulo; por consiguiente, resta por analizar si la propuesta de los demandantes era la mejor y la más conveniente para los intereses de la entidad pública.

Según la prueba que obra en el proceso y que, por cierto, proviene de la misma entidad demandada, en la evaluación preliminar efectuada para comparar las diferentes propuestas la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. fue calificada con el máximo puntaje, es decir, 1.000 puntos de 1.000 posibles para el sector 1 y 985 puntos de 1.000 posibles para el sector 2, mientras que Americana de Vigilancia Ltda., la cual resultó favorecida con la adjudicación para el sector 1, fue calificada con 980 puntos y Comsenal Ltda. que resultó vencedora para el sector 2, fue calificada con 970 puntos, es decir, por debajo de la calificación obtenida, para ambos sectores, por la

³⁰ Ver, entre otras: sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056; sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 14169; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783; sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13.355; y sentencia del 19 de septiembre de 1994. exp. 8.071, entre otras.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

unión temporal integrada por las demandantes, lo cual significa que si la propuesta presentada por ésta no hubiera sido descalificada ilegalmente habría ganado ampliamente el proceso de selección, por ser la propuesta más favorable para los intereses de la administración, determinada por la ponderación de los factores previstos en los pliegos.

Por lo anterior, la Sala considera que se vulneró el derecho que le correspondía a la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. – 7-24 Ltda. de ser adjudicataria del proceso de selección y que, por ende, debe ser indemnizada por los perjuicios que le fueron causados como consecuencia del desconocimiento de tal derecho.

IV.- Indemnización de perjuicios.-

Las demandantes solicitan que se condene a la demandada al pago de:

a.- Ciento ochenta y cuatro millones cuatrocientos mil trescientos veintiséis pesos (\$184'400.326) M/cte, correspondientes al veinte por ciento (20%) de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, respecto del valor total de la oferta económica.

b.- Ciento cinco mil pesos (\$105.000) M/cte, por el valor de la prima de la garantía de seriedad de la oferta.

c.- Quinientos mil pesos (\$500.000) M/cte, por el valor del pliego de condiciones.

d.- Los intereses sobre las anteriores sumas, liquidados a la tasa de interés corriente bancario.

La Sala considera que de las pretensiones de condena antes enunciadas la única que está llamada a prosperar es la del reconocimiento y pago de la utilidad que las demandantes pretendían obtener con la ejecución del

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

contrato, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, cuando se deja de adjudicar un proceso de selección o se adjudica a quien no corresponde, se causa un daño a quien debió ser favorecido y que la valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado (pérdida de oportunidad)³¹.

Por el contrario, las pretensiones orientadas a obtener el reconocimiento de los gastos en que incurrieron las demandantes para adquirir la póliza de seriedad del ofrecimiento y para comprar los pliegos de condiciones no tienen vocación de éxito, pues es evidente que para percibir la utilidad derivada de la ejecución del contrato, necesariamente debieron incurrir en tales gastos.

No se accederá al reconocimiento del interés bancario corriente sobre la suma materia de la condena, pues no pueden causarse intereses compensatorios, propio de las obligaciones a plazo, por una obligación que sólo surge a partir de la ejecutoria de esta sentencia. Como se precisará más adelante, la suma correspondiente será actualizada y sobre el valor histórico (sin actualizar) se liquidará un interés técnico del 6% anual, en la forma señalada por la jurisprudencia de esta Corporación.

Según se desprende de la prueba aportada al proceso, el valor total de la propuesta presentada por la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. - 7-24 Ltda. ascendía a novecientos veintidós millones un mil seiscientos veintiocho pesos (\$922'001.628), por un plazo de seis (6) meses; sin embargo, la propuesta económica no discriminaba entre los costos directos de personal, los gastos de administración, los de supervisión, los imprevistos y la utilidad y no existe forma de calcular con certeza el porcentaje de este último rubro.

³¹ A este respecto, ver, por ejemplo, sentencia proferida por esta Subsección el 18 de julio de 2012, exp. 19.258.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Los demandantes alegan que la utilidad estaba proyectada en un veinte (20%) sobre el valor total de la propuesta económica; sin embargo, dentro del proceso no existe elemento de juicio que sustente esta afirmación y, además, por otra parte, la Sala considera que el porcentaje de utilidad señalado por los actores es desbordado, si se tiene en cuenta que, para estructurar la propuesta desde el punto de vista económico, a éste se tendría que sumar el porcentaje de los costos indirectos (administración y supervisión) y el de los imprevistos, lo cual implica que, fuera de los costos directos había que sumar un 30 o 40% más.

Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración³², un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.

Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887³³ (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales. Es de anotar que los gastos de administración e imprevistos no pueden ser reconocidos, porque al no ejecutarse el contrato no se incurrió en ellos.

Así, pues, estima la Sala que el monto de la utilidad proyectada era de **CUARENTA y SEIS MILLONES CIEN MIL OCHENTA Y UN PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$46.100.081.40)**, que equivalen al cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta económica.

³² El Decreto 73 del 18 de enero de 2002 contempla el 10% sobre los costos directos, por concepto de gastos de administración y de supervisión en los servicios de vigilancia y seguridad privada.

³³ “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó (sic) materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

El monto de la utilidad esperada se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE³⁴, para lo cual se tendrán en cuenta, como índice inicial, el correspondiente a la fecha en que, hipotéticamente, terminaría el plazo de ejecución del contrato (25 de diciembre de 2002, fl. 49, C. 2)³⁵ y, como índice final, el del mes anterior a la fecha de esta providencia. Para hacer la actualización, se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_f = V_h \times \frac{\text{Índice final (octubre de 2014)}}{\text{índice inicial (diciembre de 2002)}}$$

Donde V_f es el monto actualizado de la utilidad, V_h es el valor a actualizar y los índices son los indicados en el párrafo precedente; así, aplicando la fórmula, se tiene:

$$V_f = \$46.100.081.40 \times \frac{117.68}{71.40}$$

$$V_f = \$75'981.198.58$$

Sobre la suma histórica sin actualizar se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6%) anual, entre la fecha en que se debió percibir la utilidad y la de esta providencia (142.05 meses), conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C., lo cual arroja la suma de \$32'742.582.81

Total suma actualizada más interés técnico: CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS (\$108'723.781.39) M/CTE.

³⁴ Los índices de precios al consumidor fueron tomados de la página web <https://www.dane.gov.co/index.php/precios-e-inflacion/indice-de-precios-al-consumidor>. Consulta realizada el 7 de noviembre de 2014.

³⁵ Según se observa de la prueba allegada al expediente, el contrato debía ser suscrito dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la adjudicación, de modo que ello debió ocurrir hipotéticamente el 26 de junio de 2002 (numeral 5.1 de los pliegos de condiciones) y a partir de ese momento debió comenzar a correr el plazo de ejecución de seis meses (6) que terminaría el 25 de diciembre del mismo año, fecha en la cual se debía causar la utilidad esperada.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

V.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

Primero.- REVÓCASE la sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión.

Segundo.- DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 0774 del 20 de junio de 2002, proferida por el Subdirector de Planeación y Desarrollo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR-, "*Por la cual se adjudica la Licitación Pública No. 02 de 2002*".

Tercero.- CONDÉNASE la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR- a pagar, a los integrantes de la Unión Temporal Vigías de Colombia SRL Ltda. - 7-24 Ltda. la suma de **CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS (\$108'723.781.39) M/CTE.**, por concepto de la utilidad dejada de percibir por la falta de adjudicación de la licitación pública 02 de 2002, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Para el cumplimiento del fallo **DESE** aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Expediente 29.855
Actor: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y otro.

Quinto.- EXPÍDANSE copias de esta sentencia, con destino a las partes, con las precisiones establecidas por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto.- Sin condena en costas.

Séptimo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA