



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 88001-23-31-000-2010-00046-01 (42326)
Demandante: SUTEC S.A. y otros
Demandado: DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Temas: *Descriptor: Alcance del recurso de apelación – Requisitos habilitantes de la oferta y que otorgan puntaje – Declaración de desierta - Constitución de empresa de servicios públicos domiciliarios mixta. Restrictor: La constitución de empresas de servicio público domiciliario mixtas se rige por el derecho privado – Son aplicables los principios de la administración pública a las decisiones unilaterales de la entidad pública en la escogencia del socio – contratista.*

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 25 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la que prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. SINTESIS DEL CASO

Las empresas demandantes presentaron oferta de contrato asociadas bajo la figura de Unión Temporal en la convocatoria nº 001 de 2010, adelantada por el ente territorial demandado, cuyo objeto era la selección de un socio estratégico, para conformar una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta que se encargara del alumbrado público y semaforización de San Andrés. El Departamento declaró desierta la convocatoria, argumentando que las compañías integradas en la Unión Temporal incumplían con cuatro requisitos plasmados en el documento de condiciones para participar. En primera instancia, el *a quo* estudió los cuatro motivos por los que se declaró desierta la convocatoria. Sin embargo, la entidad demandada, en sustento del recurso de apelación, presentó cargos únicamente contra dos de tales motivos.

2.1. La demanda.

El 29 de septiembre de 2010, en ejercicio de la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho**, las sociedades **SUTEC S.A.** (constituida en la República Argentina y con sucursal en Colombia denominada “SUTEC COLOMBIA S.A.”), **TESC INGENIERÍA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.** “TESC S.A.” (antes WARTECH S.A.), **SOLUCIONES DE INGENIERIA Ltda.**, y **SERINGEL S.A. E.S.P.**, interpusieron demanda en contra del **Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina** (en adelante, el Departamento) con la pretensión de que¹: **(i)** se **declare** la nulidad de la resolución No. 001615 del 19 de abril de 2010, con la que el Gobernador del Departamento declaró desierta la convocatoria nº 001 de 2010, así como la nulidad de la resolución No. 002949 del 13 de julio de 2010, que confirmó la anterior; **(ii)** como consecuencia, se condene a pagar diez mil trescientos diez millones novecientos treinta y cinco mil quinientos sesenta y cinco pesos (\$10.310'935.565), por la utilidad esperada y dejada de percibir, la experiencia específica dejada de registrar en el RUP, las expensas y los demás valores que resulten probados dentro del proceso; y que **(iii)** la sentencia se proferida y cumplida conforme a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

Como **fundamentos de hecho** de sus pretensiones, la parte actora sostuvo lo siguiente:

2.1.1.- La Gobernación del Departamento expidió la Resolución 000688 del 19 de febrero de 2010, por medio de la cual se ordenó la apertura de la convocatoria pública de oferentes 001 de 2010, cuyo objeto consistía en la *“Selección de los Socios Estratégicos que conformarán con el Departamento (...), una Sociedad Anónima de Economía Mixta, encargada de prestar los servicios de alumbrado público y semaforización del Departamento.”*

2.1.2.- En atención a aquel llamado, las sociedades que aquí componen la parte demandante presentaron propuesta bajo la Unión Temporal *“Alumbrado y Semaforización de San Andrés Isla”*. (en adelante, UT Alumbrado) Así mismo, la Unión Temporal *“Iluminaciones Archipiélago de San Andrés Isla”* postuló su oferta.

¹ F. 1 a 28, c. 1.

2.1.3.- El 8 de abril de 2010, la oficina asesora jurídica del Departamento manifestó que las propuestas allegadas reunían los requisitos de admisibilidad jurídica.

2.1.4.- El comité evaluador, en comunicación del 31 de marzo de 2010 –publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”–, expuso las evaluaciones económica y técnica de las ofertas, que quedó así:

	U. T. Alumbrado y Semaforización	U.T. Iluminaciones Archipiélago de San Andrés
Eval Económica	400	300
Eval Técnica	600	200
Total	1000	500

2.1.5.- Como respuesta a las observaciones realizadas por la otra oferente, el 15 de abril de 2010, el comité evaluador adicionó 100 puntos a la asignada en su propuesta. Empero, en el aspecto jurídico la evaluación conceptuó que debían rechazarse ambas propuestas.

2.1.6.- Acogiendo lo señalado por el comité evaluador, el Departamento profirió la Resolución 01615 del 19 de abril de 2010, con la que declaró desierta la convocatoria pública. Esta decisión fue confirmada por la Resolución 002949 del 13 de julio de 2010, en la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora.

En la motivación de las resoluciones 01615 y 002949 de 2010 se expuso que: **(i)** la UT Alumbrado no acudió a la visita programada a los sitios de intervención y, quien dijo hacerlo, no contaba con poder debidamente diligenciado, por falta de presentación personal, ni mostró el certificado de existencia y representación legal de las oferentes; **(ii)** la representante legal SUTEC S.A. carecía de facultades para suscribir la conformación de la UT Alumbrado; **(iii)** los estados financieros de la firma SUTEC S.A. no eran válidos, porque fueron presentados por un revisor fiscal no-residente en Colombia; y **(iv)** la sociedad Soluciones de Ingeniería Ltda. no contaba con el tiempo mínimo de duración, dispuesto en el pliego de condiciones, para conformar la UT Alumbrado.

2.1.7.- Las sociedades demandantes controvirtieron estos puntos invocando, entre otros, los artículos 6º y 23 a 25 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

2.2. Trámite procesal relevante

2.2.1.- El 19 de octubre de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina **admitió** la demanda².

2.2.2.- Una vez notificada la parte demandada, y dentro del término dispuesto para ello, **contestó** la demanda³. Solicitó la desestimación de las pretensiones debido a que: **(i)**

² F. 33-34, c.1, posteriormente corregida a instancias del actor mediante el auto del 23 de noviembre de 2010 (f. 46, c.1).

³ F. 49-58, c.1

la asistencia a la visita de obra sin poder para acudir, otorgado conforme a lo establecido en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil (CPC), constituye una afectación a los proponentes que sí acudieron debidamente representados, conforme a lo dispuesto en el pliego de condiciones; **(ii)** si en el acta de la visita no se enunció reparo alguno sobre la autorización exhibida por el representante de la demandante, se debió a se presentó luego de que fuera suspendida; **(iii)** según el certificado de existencia y representación legal de SUTEC Colombia S.A., su representante legal tenía facultades para representar a la firma únicamente “*en la ciudad donde funcione la sociedad*”, es decir, en Bogotá, por lo que no podía hacer negocios en el Departamento; **(iv)** únicamente el representante legal de la sociedad argentina SUTEC S.A., Jorge Enrique Guerra Moreno, estaba autorizado para otorgar poder en representación de la misma, por lo que la habilitación al señor Espinosa Rodríguez era inválida, según artículo 65 del CPC; **(v)** los estados financieros debían ser suscritos por un revisor fiscal que residiera de modo permanente en Colombia, según el artículo 472 del Código de Comercio, pero la empresa SUTEC S.A. los presentó firmados por un contador público de nacionalidad argentina, que residía en dicho país; y **(vi)** era imperativo, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, que al momento de presentar las propuestas, y no a modo de promesa futura, la sociedad Soluciones de Ingeniería Ltda. cumpliera con el período de permanencia prometido en el documento de conformación de la UT Alumbrado.

2.2.3.- En la etapa de **alegos de conclusión en primera instancia**, la parte demandante se refirió a lo que consideró probado en el proceso y concluyó que sus pretensiones debían ser estimadas favorablemente⁴. Tanto la parte demandada como el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

2.2.4.- El 21 de julio de 2011, la Secretaría del Tribunal allegó al proceso copia auténtica de la sentencia⁵ que la misma Corporación profirió dentro del proceso con radicación número 88001-23-31-003-2010-00008-00 en la acción de nulidad simple interpuesta en contra de la ordenanza N° 025 del 25 de noviembre de 2009, “[p]or medio de la cual se le otorgan facultades pro tempore al Gobernador del Departamento (...) para participar en la creación y constitución de una Sociedad de Economía Mixta del orden departamental, que operará como entidad descentralizada para la prestación del servicio de alumbrado público”. En esa decisión se declaró la nulidad del acto acusado, porque no respetó los lapsos entre debates que debían surtir al interior de la asamblea departamental.

2.3. La sentencia apelada.

El 25 de agosto de 2011, el Tribunal Administrativo de San Andrés Providencia y Santa Catalina profirió sentencia de **primera instancia**⁶ en el que resolvió:

⁴ F. 75-84, c.1

⁵ F. 92-94, c. 1.

⁶ F. 102-117 c. ppal.

«PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución N° 01615 del 19 de abril de 2010 “por medio de la cual se declara desierto el proceso de convocatoria pública de oferentes No. 001 de 2010, cuyo objeto es la selección de los socios estratégicos que conformarán con el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, una sociedad de economía mixta denominada “Empresa Departamental de Servicios Públicos S.A.”, encargada de prestar los servicios públicos de alumbrado público y semaforización, en la isla de San Andrés” y de la Resolución No. 002949 de 13 de julio de 2010, que confirmó la anterior.

SEGUNDO: NIÉGASE el restablecimiento del derecho solicitado por las firmas demandantes SUTEC S.A., TESC INGENIERÍA TECNOLOGÍA y CONSTRUCCIONES S.A., antes WARTECH S.A., SOLUCIONES DE INGENIERÍA LIMITADA y SERINGEL S.A. E.S.P., integrantes de la Unión Temporal Alumbrado y Semaforización San Andrés Isla.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda (...).

El Tribunal motivó el fallo desarrollando cada uno de los cargos interpuestos en contra de las decisiones de la administración, dándole la razón a la actora al considerar que estas no estuvieron ceñidas al derecho.

2.3.1.- La Corporación de primera instancia estimó que la autorización conferida al señor Gerardo Watson Cantillo, por parte del representante legal de la sucursal en Colombia de SUTEC S.A., era suficiente para que este pudiera concurrir válidamente en nombre de la oferente. En tal medida, señaló que la interpretación jurídica vertida en los actos acusados era equivocada, puesto que el poder “no es otra cosa que la autorización dada a un intermediario para que actúe en nombre o representación de una persona interesada en la gestión de un negocio o de una actuación judicial o administrativa”. Esto, aunado a lo prescrito por el artículo 25 núm. 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 24 de la Ley 962 de 2005, hace que los actos emitidos por el Departamento sean irregulares y violatorios de los principios de transparencia, selección objetiva y economía.

2.3.2.- Por otra parte, el Tribunal sostuvo que las apreciaciones jurídicas esgrimidas por la demandada no se ajustaron al contexto legal. Con fundamento en los artículos 99 y 471 del Código de Comercio, los estatutos sociales de la sociedad SUTEC S.A., los documentos de constitución de la UT Alumbrado y el acta n° 291 del directorio de SUTEC S.A., en la que se autorizó y confirió poder amplio y suficiente para presentar la propuesta en la convocatoria a Jorge Enrique Guerra Moreno, entre otros, concluyó que el razonamiento de la demandada fue incorrecto, restrictivo y contrario a las facultades expresamente conferidas a las mencionadas personas.

2.3.3.- El Tribunal también consideró desacertada la decisión de la administración departamental de descalificar la propuesta presentada por la UT Alumbrado, basada en que el revisor fiscal de SUTEC S.A. debía residir permanentemente en Colombia. En criterio del a quo, si bien es cierto que el artículo 472 del Código de Comercio:

“... exige a las sociedades extranjeras que establezcan sucursales en Colombia la designación de un revisor fiscal, persona natural, con residencia permanente en Colombia, tal exigencia obedece al deber de sometimiento de dichas sociedades a las mismas normas que rigen para las sociedades colombianas y a la necesidad de contar con mecanismos de control en materia contable y tributaria que permitan analizar y

evaluar las operaciones realizadas por la sucursal independientemente de su matriz y determinar sus ingresos y utilidades que tributariamente son considerados como de fuente nacional.

Tal requisito lo cumple la sociedad Sutech S.A., tal como se desprende del certificado de existencia y representación anexado y visible a folios 50-52 de la propuesta.”

Agregó que debe tenerse en consideración el artículo 263 del Código de Comercio, conforme al cual las sucursales no son personas jurídicas diferentes de su matriz. En esa medida, al presentarse la sucursal de SUTEC S.A. en Colombia, sus estados financieros no podían ser otros que los de la matriz, tal como fueron registrados y declarados en la República Argentina.

2.3.4.- Por último, el Tribunal coincidió con la apreciación del demandante en el sentido de que la vigencia de la sociedad Soluciones de Ingeniería Ltda. es un aspecto atinente a la capacidad para contratar cuya verificación *“no obedece a los criterios objetivos de selección, por cuanto no sólo no estaba establecido como requisito habilitante en el pliego de condiciones, sino que la norma en que respalda la administración su decisión lo exige para la etapa de celebración del contrato”*.

2.3.5.- Sobre el resarcimiento solicitado, y pese a que el Tribunal tuvo por cierto que la oferta de la UT Alumbrado fue la mejor, estimó que, como la ordenanza que habilitaba a la administración del Departamento a seleccionar los socios de una futura sociedad de economía mixta había sido declarada nula, la conformación de la misma era imposible, situación que hacía improcedentes las reclamaciones económicas formuladas en la demanda.

2.4. Recurso de apelación

El 22 de septiembre de 2011 la parte demandada interpuso oportunamente **recurso de apelación** contra la anterior decisión con el propósito de que sea revocado y, en su lugar, se mantenga la legalidad de los actos administrativos impugnados, entendiéndose que estos fueron expedidos con apego al derecho⁷. Solicitud que sustentó en dos de los puntos en los cuales se enfoca esta controversia.

2.4.1.- Sobre la inasistencia de un representante válido a la diligencia de visita en el lugar de las obras, el Departamento insistió en que dicho requisito tenía una importancia fundamental en la escogencia del socio de la administración, porque *“tenía como fin que los interesados obtuvieran una apreciación directa y pudieran considerar en su PROPUESTA el lugar en donde se realizarían las obras en aspectos tales como limitaciones temporales, transporte, mano de obra, equipos requeridos y demás factores que le permitieran prever la mejor manera de realizar las labores”* propias del contrato. En esa medida, señaló que el ingeniero que dijo ir en nombre de la UT Alumbrado:

“... se presentó al segundo día de continuarse la visita que había sido suspendida, no cumpliendo por consiguiente con la obligatoriedad de la visita, por ende, atendiendo a los fines de dicha visita y al hecho de la consecuencia que en el mismo pliego se prevé

⁷ F. 119-123, c. ppal.

al no darle cumplimiento a dicho numeral, esto es la exclusión de los proponentes, es argumento de peso que [no se puede] desconocer”.

2.4.2- Enfatizó que la duración de la sociedad Soluciones de Ingeniería Ltda. fue prevista, según el certificado de existencia y representación que allegó con la oferta, hasta el año 2024. Como la vigencia mínima de la sociedad que se formaría entre la Unión Temporal proponente iba hasta el 2036, y siendo requisito habilitante e insubsanable que quienes hicieran parte de la UT tuvieran un período de duración igual al del contrato más un año, esta compañía no cumplía con las exigencias correspondientes. Agregó que “[...] *el cumplimiento de los requisitos establecidos deben ser exigidos al momento de la presentación de las ofertas, ya que el aceptar el argumento de este Honorable Tribunal conllevaría a (sic) la imposibilidad legal y reglamentaria que tienen las entidades estatales para reconocer y hacer efectivas situaciones jurídicas consolidadas con posterioridad a la presentación de la oferta”.*

2.5. Tramite en segunda instancia

El recurso fue admitido el 25 de enero de 2012. Posteriormente, con auto del 25 de abril del mismo año, se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, los cuales guardaron silencio en esta etapa.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito

3.1.1.- La Sala **es competente** para conocer del presente asunto, en tanto la controversia versa sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sobre actos administrativos en los que se declaró desierta una convocatoria pública de oferentes⁸, proferidos por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, entidad pública cuya actividad contractual es objeto del juzgamiento de esta jurisdicción, en concordancia con los artículos 82 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), y los artículos 2 y 75 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, esta Corporación **es competente** por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en un proceso que, por su cuantía, tiene vocación de doble instancia⁹.

3.1.2. La acción interpuesta fue **oportunamente** interpuesta teniendo en cuenta que la decisión de no reponer el acto administrativo de declaratoria de desierta fue notificada

⁸ Sobre la acción procedente contra los actos administrativos que declaran desierto el procedimiento de escogencia de contratistas, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 2 de agosto de 2006. Rad. 50001-23-31-000-2004-00377-01(30141).

⁹ Según el artículo 132 – numeral 3 del C.C.A., vigente al momento de la presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación, debía superar los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2010 equivalían a \$154'500.000. De acuerdo con el artículo 20 – numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010, la estimación de la competencia por el factor cuantía se establece a partir de la totalidad de la cuantía de las pretensiones, que en este caso fue tasada en la suma de \$10.310'935.565.

al representante legal de la UT Alumbrado el 21 de julio de 2010¹⁰, con lo que el plazo perentorio –de 4 meses- no se había vencido para el 29 de septiembre de 2010, fecha en que se presentó la demanda.

3.1.3. Por último, los integrantes de la UT Alumbrado están **legitimados en la causa por activa** en este caso al haber presentado propuesta de contrato en el procedimiento de selección que fue declarado desierto. A su turno, el Departamento está **legitimado por pasiva** por ser la autoridad que profirió los actos demandados.

3.2. Cuestiones a resolver

De acuerdo con lo expuesto, la cuestión a dilucidar radica en determinar si los actos administrativos demandados son lícitos al haber declarado desierta la convocatoria pública de oferentes en la que participó la UT Alumbrado por considerar que (i) el ingeniero asistente a las visitas de obra no contaba con poder debidamente diligenciado para representar a la sucursal en Colombia de la empresa SUTEC S.A. y; (ii) que el término de duración acreditado por la sociedad Soluciones de Ingeniería Ltda. era insuficiente comparado con la duración de la sociedad que se conformaría a través del contrato a celebrar, y por lo tanto no podía considerarse la propuesta.

3.3. Hechos probados

Conforme a los elementos de convicción legalmente recaudados y pertenecientes al expediente, la Sala tiene por probados estos hechos relevantes para la resolución del conflicto planteado:

3.3.1. El Departamento, a través de la resolución 000688 del 19 de febrero de 2010 (f. 1-2, c. 3), abrió la convocatoria pública de oferentes nº 001 de 2010 cuyo objeto fue *“la selección de los socios estratégicos que conformarán con el Departamento (...), una sociedad anónima de economía mixta, encargada de prestar los servicios de alumbrado público y Semaforización del Departamento (...).”* Dentro de los considerandos de este acto se hizo referencia a la autorización conferida por la Asamblea del Departamento a través de la Ordenanza Departamental nº 025 del 29 de noviembre de 2009.

3.3.2. En el documento denominado *“CONDICIONES PARA LOS OFERENTES”* (f. 3-86, c.3), el Departamento fijó los lineamientos de participación de los aspirantes a constituir la sociedad anónima de economía mixta.

En el apartado 1.7 del documento se fijó un término de duración de la sociedad de economía mixta de 25 años, contados a partir de la fecha de su constitución e inscripción de la misma.

Aparte, en el apartado 3.2.3.1. de las *Condiciones para Oferentes* se determinó que:

“(...) Será responsabilidad de los Socios Estratégicos, visitar el sitio de las obras donde se viene prestando el servicio de alumbrado público y los sitios señalados para la

¹⁰ F. 161, c. 3.

expansión del servicio, y en las intersecciones señaladas para la instalación de la Semaforización, sitios estos que se encuentran señalados en los estudios elaborados por el Departamento, la visita será obligatoria y de ella se dejará constancia escrita, la no asistencia a la misma será causal de exclusión del o los proponentes, la visita será por cuenta y riesgo del proponente así como los costos y gastos que demande la misma.

Para la visita de obra, se requiere que quien asista en representación de los proponentes acredite su asistencia con un poder debidamente diligenciado, y debe tener título de ingeniero eléctrico con matrícula profesional, y estar legalmente residenciado en la isla, de conformidad con las normas que en materia de control de circulación y residencia rigen en el Departamento (...).

Además, se establecieron unas causales de rechazo de la propuesta en el numeral 2.6.1 de las *Condiciones para Oferentes*, dentro de las que se menciona que la propuesta será rechazada:

“7. Cuando no se presente el documento de constitución del uno o el otro, o el objeto del consorcio sea diferente al que será objeto de la contratación resultante de este proceso, o uno (sic) de las personas jurídicas no cumpla con el término de constitución de persona jurídica”.

3.3.3. El 2 de marzo de 2010, el Departamento certificó que cuatro personas, a nombre de empresas interesadas en participar en el procedimiento de selección, visitaron los sitios en donde se llevaría a cabo las labores de semaforización y el alumbrado público de San Andrés Islas (f. 166-167, c. 2). Por la empresa SUTEC Colombia S.A. compareció el señor Gerardo Watson Cantillo, quien –conforme al acta– se presentó directamente en el sitio de las obra y exhibió un documento con el membrete de dicha compañía, sin presentación personal, dirigido al Departamento (f. 168, c. 2), con el que Jorge Enrique Guerra Moreno, actuando como representante legal de SUTEC COLOMBIA S.A., le había conferido autorización para que, en nombre y representación de dicha compañía, asistiera a las visitas y reuniones desarrolladas en el proceso de convocatoria pública de oferentes No. 001 de 2010.

3.3.4. A la convocatoria concurren dos propuestas por parte de: (i) la Unión Temporal Iluminaciones del Archipiélago de San Andrés Isla (en adelante, UT Iluminaciones) y; (ii) la UT Alumbrado. De los documentos que conformaron la propuesta presentada por la UT Alumbrado (c. 3) interesa reseñar lo siguiente:

3.3.4.1. Según su documento de conformación (f. 12-15, c.3), la UT Alumbrado fue compuesta por cuatro empresas: (i) Wartech S.A. (ii) Servicios Ingeniería Eléctrica S.A. E.S.P. (Seringel), (iii) Soluciones de Ingeniería Ltda. y (iv) SUTEC S.A. a través de su sucursal SUTEC COLOMBIA S.A. En la cláusula décima quinta del pacto consorcial, fue designado el ingeniero Alfonso Herrera Arias, mientras que el ingeniero Lizardo Enrique Espinosa Rodríguez figuró como representante legal suplente, y agregó:

“Con la firma de este documento, los representantes de las empresas que conforman esta Unión Temporal, entregan poder absoluto y suficiente al representante legal, sin limitaciones, con carácter irrevocable, para presentar la propuesta a la Convocatoria que se menciona en la Cláusula Segunda¹¹ de este documento y comprometer a través de

¹¹ Se refiere al objeto del consorcio: participar en la convocatoria y en caso de ser favorecidos participar en la proporción dispuesta en el documento.

ella a todos los integrantes de esta Unión Temporal y para firmar todos los documentos, recibir notificaciones, recibir y responder requerimientos en nombre del grupo proponente y realizar todas las gestiones necesarias para la legislación y conformación de la empresa de economía mixta”.

3.3.4.2. Junto con la oferta se allegó el certificado de existencia y representación legal de la sociedad “Soluciones de Ingeniería Ltda.” emitido por la Cámara de Comercio de San Andrés el 23 de marzo de 2010 (f. 56-58, c. 3). En lo concerniente a la vigencia de la mencionada persona jurídica, la certificación indicó: **“VIGENCIA: QUE LA PERSONA JURÍDICA NO SE HALLA DISUELTA. DURACIÓN HASTA EL 8 DE JUNIO DE 2024”.**

3.3.4.3. Igualmente, SUTEC COLOMBIA S.A. presentó en su certificado de existencia y representación legal en donde consta (f. 50-52, c. 3) su naturaleza de sucursal de la sociedad SUTEC S.A. domiciliada en Argentina. En este medio de convicción, se indicó que el señor Jorge Enrique Guerra Moreno era el representante legal principal, mientras que la señora Débora Luz Guerra Moreno aparecía como representante legal suplente. Estos tenían, entre otras, la facultad de: **“A. REPRESENTAR LA SOCIEDAD ANTE LOS SOCIOS, ANTE TERCEROS Y ANTE TODA CLASE DE AUTORIDADES DONDE FUNCIONE LA SUCURSAL”.**

3.3.5. Los comités de evaluación económico (f. 87-90, c.2), técnico (f. 91-93, c.2) y jurídico (f. 94-95, c. 2) certificaron que ambas propuestas eran admisibles y cumplían con los estándares fijados en las condiciones de participación fijadas en la convocatoria.

3.3.6. Tanto la UT Alumbrado como la UT Iluminación formularon observaciones tendientes a descalificar a su respectivo contrincante. Al responder estos señalamientos, el comité jurídico evaluador de la convocatoria sostuvo que debían rechazarse las ofertas (f. 106-121, c. 2).

La propuesta presentada por UT Alumbrado fue excluida en esta instancia, con base en numeral 3.2.3.1 del capítulo tercero de las *Condiciones para Oferentes*, porque: **(i)** el documento presentado por Gerardo Anderson Watson Cantillo en la visita realizada no podía considerarse un poder, sino una autorización, y no se había surtido la presentación personal del otorgante, ni había entregado certificado de existencia y representación de la sociedad representada; **(ii)** conforme a un certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, que obraba en el expediente, los representantes legales de Sutech Colombia S.A., “[...] sólo tienen facultades para **“representar a la sociedad ante los socios, ante terceros y ante toda clase de autoridades en la ciudad donde funcione la sucursal”**, lo que indica que por fuera de la ciudad de Bogotá estos representantes carecen de facultades para actuar en nombre de la persona jurídica referida”.

El comité jurídico evaluador de la convocatoria sostuvo, además, que la propuesta de la UT Iluminación había incurrido en la causal de rechazo contenida en la parte final del numeral 7 del ítem 2.6.1 de las *Condiciones para Oferentes*, debido a que se había comprobado que el término de duración de la Sociedad SOLUCIONES DE INGENIERIA LTDA. llegaba hasta el 8 de Junio de 2024, en tanto la sociedad de economía mixta que se pretendía constituir operaría por 25 años, es decir, hasta el año 2035.

3.3.7. Posteriormente, la entonces Gobernadora encargada del Departamento respondió a las objeciones de la nueva evaluación jurídica por parte de la UT Alumbrado. Señaló que ésta se ajustaba a a derecho y comunicó su decisión de acogerla en su totalidad (f. 127-128, c. 2).

3.3.8. El 19 de abril de 2010, la Gobernación Departamental expidió la Resolución nº 1615 (f. 132-139, c. 2), con la que resolvió “[d]eclarar [d]esierto el proceso de convocatoria pública de oferentes No. 001 de 2010 (...)”. En su motivación reprodujo los considerandos del comité jurídico evaluador.

3.3.9. El 13 de julio de 2010, mediante la Resolución 2949 (f. 155-160, c.2), la Gobernación Departamental resolvió el recurso de reposición interpuesto por la U.T. Alumbrado (f. 140-154, c.2) en contra de la Resolución 1615 del 19 de abril de 2010, confirmándola en su totalidad. Decisión que fundamentó en el poder vinculante del pliego de condiciones dentro de los procedimientos de selección de contratistas¹² y en el artículo 6º de la Ley 80 de 1993. Sostuvo que las condiciones establecidas en el pliego debían “*cumplirse al momento de presentación de la propuesta y no a futuro o como promesa futura, salvo que el mismo pliego lo hubiese establecido, lo que no se contempló en este caso*”.

3.4. Análisis sobre la competencia del juzgador en segunda instancia

3.4.1.- La entidad demandada fue la única parte que interpuso recurso de apelación en este proceso, y su argumentación en contra de la decisión de instancia trató solamente dos (2) de los cuatro (4) aspectos que la sentencia desarrolló como fundamentos de la decisión de nulidad de los actos administrativos demandados bajo la causal de falsa motivación¹³.

3.4.2.- La Sala procede pues a dictar sentencia de segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 357 de Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, a la luz de la interpretación que de aquel realizó la Sección Tercera, por medio de las sentencias de unificación del 9 de febrero de 2012, dictadas dentro de los expedientes con número 21060 y 20104. De modo que la apelación se entiende interpuesta únicamente en lo que fue desfavorable al recurrente (más aún cuando es apelante único) y exclusivamente por las razones que este exponga. Pero cuando sea palmario que el acto demandado infringió normas superiores e imperativas, como sería el caso de haber trasgredido preceptos contenidos en normas constitucionales o convencionales en materia de derechos humanos, es necesario que el juez de lo contencioso administrativo controle esta decisión administrativa y la retire del ordenamiento jurídico, pese a que el apelante no haya sustentado su impugnación en dicho aspecto.

¹² Citó las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) Del 3 de febrero de 2000. Exp. 10399 y (ii) del 14 de septiembre de 2000. Exp. 12962.

¹³ Ver: Supra. núm. 2.3.

Ello ocurre, puntualmente, cuando el acto administrativo fue proferido por una autoridad incompetente para ello. La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación¹⁴ ha manifestado explícitamente que, en materia de actos administrativos, la falta de competencia es el vicio máximo y, por ello, el juzgador que lo encuentre configurado debe retirarlo oficiosamente del tráfico jurídico, entre otras razones –vale agregar– porque la competencia de las entidades para emitir actos administrativos pertenece al núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Más allá de estas excepciones, al conocer de la apelación de un fallo declarativo de la nulidad de actos administrativos, el juez, por regla general, debe ceñirse a lo expuesto por la parte recurrente, toda vez que la impugnante, al no controvertir las motivaciones del fallo que deriven en la invalidez de los actos demandados, asintió en que la presunción de legalidad que lo cobija se afectara por dichas razones. Por ende, no podrán ser analizados nuevamente en segunda instancia¹⁵.

En este caso, al descartarse en esta instancia la prosperidad del restablecimiento del derecho solicitado inicialmente por la parte demandante, quien no apeló, subsiste la pretensión contencioso objetiva de nulidad sobre dos aspectos de la nulidad que sí fueron objeto de pronunciamiento de la recurrente por lo que, dado el carácter público de esta pretensión, la Sala estudiará únicamente estos dos aspectos.

3.5. Régimen jurídico de la convocatoria pública 001 de 2010 y del acto demandado. Aplicación de principios constitucionales vinculantes a la administración departamental

3.5.1.- Aunque no fue un tema específicamente tratado por las partes, ni por el fallo de instancia, la Sala estima necesario precisar que el régimen jurídico que cobijaba la constitución de una sociedad de economía mixta, en asocio con un operador privado, que se encargaría del alumbrado público y la semaforización de San Andrés era exclusivamente de derecho privado. Así lo dispone el artículo 97 de la Ley 489 de 1998:

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

Es decir que, en estricto rigor, el procedimiento de selección adelantado por el Departamento en este asunto no se regulaba por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino que se sometía a un régimen excepcional.

¹⁴ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Rad. 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024). En ese punto, la Sala citó las sentencias del 11 de mayo de 1999, exp. n.º 10.196; y del 15 de abril de 2010, exp. n.º 18.292

¹⁵ Esto no desconoce que recientemente la Sección Quinta de esta Corporación estableció como regla jurisprudencial aplicable en asuntos de nulidad electoral, bajo el régimen procesal de las Leyes 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y 1564 de 2012 (Código General del Proceso), que es deber del juez *“resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral. // Lo anterior, con independencia de que el primer cargo que se analice resulte suficiente –a juicio del juez de primera instancia– para decretar la nulidad del acto electoral, en consideración a que, en el sub examine el a quo no se pronunció en la sentencia que puso fin a la instancia sobre todos los cargos planteados en las demandas acumuladas, impidiendo que, en virtud del principio de limitación del ad quem, esta Sección lo pudiera hacer.”* (Sentencia del 26 de septiembre de 2017. Rad. 25000-23-4100-000-2015-02491-01 acumuladas 2015-02753 y 2015-02342).

En todo caso, conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹⁶, el proceso de selección del socio privado para constituir una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta se rige por los principios de la función administrativa y de gestión fiscal.

3.5.2.- Por otra parte, es necesario precisar que las manifestaciones unilaterales de voluntad de la administración, en el marco del procedimiento de selección que dio lugar a las resoluciones controvertidas, se profieren en el ejercicio de competencias administrativas asignadas por la Constitución y la Ley, y tienen naturaleza de **acto administrativo y no de acto de derecho privado**, lo que no riñe con la naturaleza y régimen jurídico del **acto de constitución y del contrato de sociedad** como tales, que son de carácter eminentemente privado.

En efecto, entre la autorización para crear una empresa mixta que preste¹⁷ el servicio de alumbrado público¹⁸ y de semaforización -incluido en este-¹⁹, otorgada por el concejo municipal o la asamblea departamental en ejercicio de facultades constitucionales expresas²⁰, y la constitución de la sociedad²¹, la entidad pública puede tomar múltiples decisiones, como la consistente en declarar que ninguno de los participantes cumple con los requisitos mínimos para completar la asociación (declaratoria de desierta). Dicha decisión no se encuentra legalmente excluida o despojada del carácter unilateral, generador de efectos jurídicos y expresivo del poder público que caracteriza y cualifica al acto administrativo, ni del deber genérico que la Constitución prevé para el Estado en general²², y en particular para las entidades territoriales, consistente en asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes.

¹⁶ "ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

¹⁷ Decreto 2424 de 2006 – Artículo 4 – inciso 1: "Artículo 4°. Prestación del Servicio. Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público."

¹⁸ Vale aclarar que, en palabras de la jurisprudencia de la Sección, "si bien el servicio de alumbrado público pertenece a la categoría de servicio público, no tiene el carácter de domiciliario, ya que presenta características propias que lo hacen diferente de aquél, como son las atinentes a que se presta con el objeto de proporcionar la iluminación de las vías públicas, bienes de uso público y demás espacios de libre circulación dentro del perímetro urbano y rural del municipio, y no se presta como pasa con el servicio público domiciliario en el domicilio del interesado." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 2004. Rad. 19001-23-31-000-2003-00012-01(25147)).

¹⁹ Comisión de Regulación de Energía y Gas. Resolución 043 del 23 de octubre de 1995. Artículo 1: "**Definiciones.** Para efectos de la presente resolución se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: **Servicio de alumbrado público.** Es el servicio público consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular." (Subraya la Sala).

²⁰ Constitución Política de Colombia – Artículos 300 – numeral 7 y 315 numeral 6.

²¹ Esto es, el momento a partir del cual surge la sociedad a la vida jurídica, lo que incluye los presupuestos formales y sustanciales respectivos (incluido el contrato de sociedad).

²² Constitución Política de Colombia. Artículo 365 – inciso primero: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional."

3.5.3.- Adicionalmente, es pertinente anotar cómo la división entre requisitos habilitantes y factores evaluables que otorgan puntaje, instaurada por las leyes de contratación pública vigentes con posterioridad a la Constitución de 1991 (particularmente, los artículos 25 numeral 15, 30 numerales 7 y 8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007), pese a no estar reflejada explícitamente en las leyes atinentes a la prestación del servicio de alumbrado público, expresan principios superiores que también resultan vinculantes cuando la administración acude a la asociación con particulares para prestar indirectamente esta clase de servicios.

A este respecto, la jurisprudencia ha desarrollado la incidencia de varios principios constitucionales en la exigencia de defectos subsanables e insubsanables de las propuestas en la contratación pública. Dada su importancia se reproduce en toda su extensión:

“... la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanan” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o revertir la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo

pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación.

(...) En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”.

No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa –se trata de un típico concepto jurídico indeterminado-, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía.

Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones -, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas.

(...) El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”.

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -¡debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de 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., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.”²³

Nótese cómo la jurisprudencia, en el pronunciamiento citado, evidencia que los cambios legales en los cuales se modificó el excesivo ritualismo que rondaba la gestión contractual del Estado no vinieron solamente del pensamiento del legislador, sino que tuvieron su génesis en lo plasmado en la Carta Política por el constituyente primario, sobre todo en el catálogo de principios que rigen la actividad administrativa, y de los cuales las entidades públicas nunca se despojan, en ninguna de sus múltiples expresiones.

De modo que, desentrañando el propósito del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, los principios que explican y sustentan la posibilidad de subsanar ofertas para contratar dependiendo de si los aspectos a corregir son esenciales o no para la comparación de las propuestas. No en términos idénticos a los del estatuto contractual general²⁴, pero sí a través de mínimos proporcionados y razonables respecto del objeto del contrato (v. gr. la prestación del servicio público), teniendo como principios orientadores los de legalidad, igualdad de trato entre los participantes u oferentes, transparencia, buena fe y prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, entre muchos otros.

Así que, en la formulación de invitaciones o de convocatorias públicas para ofertar, la administración debe formular reglas de participación que no sacrifiquen el análisis sustancial de las propuestas por el cumplimiento de exigencias rituales, ni tampoco puede aplicarlas de modo irreflexivo e inflexible, sino que del principio de la prevalencia del fondo sobre las formalidades ha de entenderse *“que no cualquier desviación de la oferta, en relación con el pliego, justifica su rechazo, porque si bien literalmente deben sujetarse a todos y cada uno de los requisitos contenidos en el pliego, tampoco puede aplicarse implacable y fríamente esta disposición a cualquier requisito omitido o cumplido imperfectamente, pues se sabe que la desviación frente a algunos aspectos del pliego no constituyen causa para rechazar la oferta”*²⁵.

A partir de estas premisas, la Sala analizará las causales de rechazo que le competen.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad. 13001-23-31-000-1999-00113-01(25804)

²⁴ Particularmente presente al desarrollar el principio de economía, según el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993: *“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.”*

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986).

3.6. Análisis sobre el rechazo de la oferta debido a la inasistencia a los sitios de obra por parte de un ingeniero con poder debidamente diligenciado que represente a la UT Alumbrado

3.6.1.- Para rechazar la oferta de la UT Alumbrado, el Departamento tuvo en cuenta que a la diligencia de visita al sitio de las intervenciones acudió un ingeniero (Gerardo Watson Cantillo) con un documento que no reunía las condiciones de ser un poder para representar a una de las unidades temporalmente (SUTEC) por lo que, en su criterio, se debía aplicar la regla de rechazo o exclusión de la propuesta contenida en el numeral 3.2.3.1. de las condiciones de participación.

3.6.2.- Si bien es cierto que la regla contenida en el mencionado segmento de las condiciones de participación era clara, toda vez que establecía de forma puntual la inasistencia a la visita conducía, como consecuencia jurídica, al rechazo de la oferta, vale indagar cuál era, en aras de la consecución del mejor socio para la administración, el propósito de establecer que no acudir al sitio de las obras daba lugar a la exclusión de la convocatoria.

3.6.3.- Téngase en cuenta que el cambio de mentalidad y de objetivos que irradia la evaluación de propuestas, descrita anteriormente²⁶, también impacta en la confección de supuestos de rechazo y en las decisiones que conducen al apartamiento de las ofertas, toda vez que estas, además de ceñirse estrictamente a causales establecidas en el ordenamiento jurídico, necesariamente han de referirse a *“defectos, omisiones o circunstancias esenciales y de carácter impeditivo que permiten deducir razonadamente que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva”*²⁷.

3.6.4.- Dentro de las reglas para participar en un procedimiento de selección, es habitual encontrar pautas establecidas a fin de que quienes quieran proponer conozcan, como parte de las condiciones del negocio, el o los lugares físicos en donde el mismo será ejecutado. Esto no sólo tiene trascendencia durante el procedimiento precontractual, sino que incide en las etapas posteriores a este, a tal punto que, si el contratista desde esta etapa conocía de las situaciones que presentaba el terreno en donde se construiría la obra o se prestaría el servicio, resulta improcedente cualquier reclamación posterior fundada en situaciones de las que, con la visita realizada al sitio de las obras, debía estar informado²⁸. En este orden de ideas, proporcionar a los posibles oferentes la oportunidad de visitar los lugares en que se ejecutará el contrato, así como la asistencia los mismos, es una expresión diáfana del deber precontractual

²⁶ Fundamento jurídico 3.5.3.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Rad. 070012331000199700581 (17113).

²⁸ Por ejemplo, la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 16 de marzo de 2012 (Rad. 17001-23-31-000-1999-00855-01(22826)) fundamentó parcialmente la negativa de conceder pretensiones por desequilibrio económico del contrato a un contratista que en la visita al sitio de las obras dijo haber comprendido la disponibilidad y abastecimiento de materiales de río, gravilla y arena necesarios para ejecutar un contrato de obra en el sitio donde se realizaría la construcción, pero que en reclamación posterior alegó el incremento de costos de obtención de dichos elementos.

de información, manifestación a su vez de la buena fe objetiva en la formación de los contratos²⁹.

Pero, pese a la importancia de la visita de obras, no es comprensible que, para acceder a la misma y satisfacer sus propósitos y, con ello, transmitir la información relevante para confeccionar la propuesta, para proyectar expectativas y estructurar el precio de la oferta, se requiera un poder con expresas facultades de representación, entendido como el fenómeno por medio del cual una persona (representante) realiza actos jurídicos en nombre de otra (representado) sobre la cual se producirán efectos jurídicos. Esto es así ya que en realidad con la formulación de la oferta, y no en las etapas previas, cuando la participante se obligaría a cumplir con lo pactado. Tanto así que si un asistente a la visita decidía no participar, la visita no generaría deber o ligamen alguno.

3.6.5.- De cualquier manera, llegando al extremo de suponer que el poder con representación era imperativo para acudir a la visita, nótese que el numeral 1.16.3 de las condiciones de participación³⁰ resaltaban cómo la presentación de la propuesta constituía “prueba” de que el oferente se informó lo suficiente como para formularla. De manera que, exigir la presentación personal del poder para participar en la visita al lugar de ejecución del contrato era un contrasentido incluso respecto de las mismas reglas de participación.

3.6.6.- En consecuencia, además de no ser un aspecto relevante para la comparación de la oferta que impidiera su subsanación posterior a la presentación de la misma, la exigencia de poder con presentación personal para asistir a la visita del lugar en el que se ejecutaría el contrato tampoco era una cualidad del oferente que hiciera inexorable la consecuencia jurídica del rechazo. En definitiva, la Sala concluye que se trataba una regla desproporcionada que fue aplicada de forma irreflexiva por la administración, contrariando los principios de transparencia, economía, buena fe, prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades y, en definitiva, de buena administración³¹ que rigen la actividad contractual. La ilegalidad de los actos motivados por este aserto debe así mantenerse.

3.7. Análisis sobre el rechazo de la propuesta por el término de duración de una de las sociedades que integraban la UT Alumbrado

3.7.1.- La administración departamental sostuvo que, por deber legal, todas las sociedades que conformaron la UT Alumbrado debían tener la misma duración que la empresa de servicios públicos mixta que se conformaría y un año más, esto es, 26 años a partir de su constitución e inscripción. Como la empresa Soluciones de Ingeniería

²⁹ Sobre el deber precontractual de información en la contratación estatal, ver: Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Rad. 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043).

³⁰ “La presentación de la propuesta por parte del proponente, constituye prueba de que estudió, inspeccionó y consideró todas y cada una de las circunstancias de prestación del servicio de Alumbrado Público y Semaforización, objeto de éste proceso de selección. De la misma manera, significa que el proponente valoró y analizó cuidadosamente las especificaciones, formularios y demás documentos de este proceso”.

³¹ Sobre el concepto y alcance de este principio en la contratación pública, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera: (i) Subsección C, Sentencia del 10 de octubre de 2016, Rad. 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813), y (ii) Subsección B, Sentencia del 1º de marzo de 2018, Rad. 25000-23-26-000-2006-00214-01 (38711).

Ltda. no cumplía con esa condición, puesto que su duración estaba plasmada en el certificado de existencia y representación legal hasta el 2024 (13 años a lo sumo, contados desde 2011), la oferta presentada por dicha sociedad como parte de la referida UT debía ser rechazada.

El deber legal se sustentó en el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual:

“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más. (Subraya la Sala)

3.7.2.- La Sala concuerda con la decisión de primera instancia, sobre este punto de la *litis*, que derivó en la declaración de la nulidad por falsa motivación de los actos demandados, basándose en que esta causal contrarió el derecho. Pero se permite discrepar de los argumentos allí vertidos.

3.7.2.1.- En primer lugar, recuerda esta Subsección que, por expresa disposición legal, el mencionado artículo de la Ley 80 de 1993 no era aplicable a este procedimiento de selección, por tratarse de un régimen especial, como se mencionó anteriormente.³²

3.7.2.2.- Salvando lo anterior, la Sala considera que el término de duración de las sociedades sí tiene relevancia, porque se refiere a las cualidades del oferente. Esto, no obstante, no impide que el proponente tenga el derecho a subsanarlo, antes de celebrar el contrato con la entidad pública, mediante una reforma del contrato de sociedad. Por ende, el rechazo de la oferta no operaba de plano y el Departamento actuó de forma irregular al no conceder esta oportunidad.

Con todo, cabe advertir que la duración de la sociedad es tratada en nuestro ordenamiento jurídico como un requisito de forma del contrato de sociedad (en este caso, limitada) de acuerdo con el artículo 110 numeral 9 del Código de Comercio. Sin embargo, el supuesto en el que se disuelve la sociedad y pierde la personería jurídica solo opera si este término *“no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración”*³³. Luego, con mayor razón debía concedérsele la oportunidad para prorrogar la duración de la sociedad y, únicamente en el evento en que se incumpliera este requisito – partiendo de la base de que fuera necesario, bajo el régimen de la Ley 80– tendría lugar la desestimación de la oferta.

3.7.2.3.- Además, según la doctrina³⁴, el período de duración de la sociedad parte de la concepción según la cual *“es necesario calcular de manera anticipada el plazo requerido para lograr los fines propuestos por los asociados. Así, se considera que estos no están necesariamente interesados en ligar su voluntad y su patrimonio de*

³² Fundamento jurídico 3.5.1.

³³ Código de Comercio. Artículo 218 numeral 1.

³⁴ Reyes Villamizar. Francisco. *“Derecho Societario”* Tomo I – Reimpresión. Ed. Temis. Bogotá D.C. 2004, p. 126-127.

manera permanente, sino por un término definido en el contrato social". Sin embargo, como lo expone el mismo autor, con el avance del tráfico mercantil, esta exigencia se ha devenido anacrónica, puesto que la sumisión de la existencia de la sociedad a un determinado lapso de duración debiera corresponder a la voluntad de las partes y no a una exigencia legal. Muestra de ello es que el artículo 19.2 de la Ley 142 de 1994 permite que la duración de las empresas de servicios públicos domiciliarios pueda tener una duración indefinida.

3.7.3. En consecuencia, era irrelevante e innecesario contar con un término social concreto en el momento de la presentación de la propuesta. Como se trata de un negocio jurídico regido preponderantemente por el derecho privado, si la sociedad limitada indicada antes se hubiera disuelto por cumplimiento del plazo social, esto no daba al traste con la sociedad conformada, sino que permitía negociar válidamente su porcentaje de participación accionaria bajo el régimen de negociación propio del derecho mercantil y de las empresas de servicios públicos domiciliarios³⁵. Es decir, ni la prestación del servicio ni el propósito de la convocatoria pública de oferentes se verían seriamente truncados si se hubiese celebrado el contrato con una empresa que tuviera esa situación. Por lo tanto, el rechazo de la oferta no era la decisión jurídicamente procedente para el supuesto fáctico planteado por la administración.

En suma, los actos demandados adolecen de falsa motivación, por los dos supuestos aquí analizados, y se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

3.8. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 25 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

³⁵ Según el inciso primero artículo 17 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones. Así mismo, el artículo 19.15 de la ley en mención señala que en lo allí no regulado las empresas "*se registrarán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas*". Como la negociación de acciones del accionista privado no es un aspecto regulado por la Ley 142 de 1994, ello se remite al estatuto mercantil, específicamente en los artículos 379-3 y 403 a 418.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado