

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN / PRESUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

[S]i bien en el [...] pliego de condiciones se dispuso que las propuestas se descalificarían si se llegara a comprobar inexactitud en el contenido de alguno de los documentos que se consideraron esenciales (entre ellos el certificado de existencia y representación), lo cierto es que, al menos en el curso de la licitación y antes de la adjudicación, esa circunstancia no se comprobó y, en todo caso, de haberse siquiera conocido, la administración no podía rechazar de plano la propuesta, pues, en los términos del numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, su deber era solicitar al proponente las aclaraciones y explicaciones que estimara pertinentes. Así las cosas, a pesar de que es cierto que existe una irregularidad en relación con la información contenida en el certificado de existencia y representación que [la sociedad] aportó al proceso de selección, específicamente en lo que concierne a la inscripción de una medida cautelar de embargo respecto de su razón social, se concluye que esta circunstancia no da lugar a declarar la nulidad del acto de adjudicación, puesto que no se demostró que aquélla obedeciera a actuaciones fraudulentas o malintencionadas del proponente y, por tanto, como no se desvirtuó la presunción de buena fe que ampara sus actuaciones, no pueden entenderse vulnerado tal principio constitucional [...].

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES / PRESUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE / CARGA DE LA PRUEBA

[L]a buena fe debe presumirse en todas las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas; por ello, si, como en este caso ocurre, la legalidad del acto se basa, entre otras cosas, en el desconocimiento de ese principio constitucional, corresponde a quien así lo alega desvirtuar la referida presunción.

EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / INFORME DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

[E]l documento que contiene el informe de evaluación de las propuestas no puede ser demandado, pues no contiene la decisión definitiva de la administración, la cual queda consignada en el acto de adjudicación [...]. Con todo, la Sala considera pertinente mencionar que los informes de evaluación deben contener la información suficiente para que los proponentes puedan elaborar y sustentar las observaciones que consideren pertinentes en relación con la calificación de sus propuestas [...]. Además, si el proponente que ahora funge como demandante consideraba que lo consignado en la evaluación era insuficiente, así debió manifestarlo dentro del término dispuesto para presentar las observaciones al informe, pero no lo hizo, lo cual permite suponer, de manera razonada, que estuvo conforme con su contenido.

MATRÍCULA MERCANTIL / RENOVACIÓN DE LA MATRÍCULA MERCANTIL / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

[L]a Sala reitera que no está probado que [la sociedad] hubiere incumplido el deber legal de renovar su matrícula mercantil [...]; en todo caso, es oportuno advertir que el incumplimiento de ese deber de los comerciantes no afecta su capacidad para continuar desarrollando su objeto contractual, aunque sí los expone a la imposición de sanciones pecuniarias.

FUENTE FORMAL: LEY 727 DE 2014 - ARTÍCULO 31

REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL / PRUEBA IDÓNEA

En cuanto a la vigencia exigida en el pliego de condiciones respecto del certificado de existencia [...] aun si el certificado no hubiere satisfecho esta exigencia del pliego de condicione[s], tal circunstancia no daba lugar, como lo sugiere la parte actora, a que la propuesta fuera rechazada por la administración, pues, aunque ese documento constituye prueba idónea respecto de unos requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección, no es necesario para la comparación de las propuestas (inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993); en todo caso, si existieran dudas frente a la información consignada en dicho certificado, lo procedente no era rechazar la propuesta, sino, en los términos del numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitar al consorcio proponente las aclaraciones y explicaciones que se estimaran indispensables e, incluso, que aportara un certificado más reciente [...].

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 25 NUMERAL 15 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 30 NUMERAL 7

EMBARGO / RAZÓN SOCIAL DE LA EMPRESA / CAPACIDAD CONTRACTUAL

[E] embargo de la razón social de [la sociedad mercantil] no le impedía participar en el proceso de selección, puesto que se trata de una medida cautelar que tiene por objeto sacar un bien del comercio, pero no elimina per se la capacidad para contratar con el Estado y aunque tampoco se desconoce que, eventualmente, ese embargo pudiera llegar a afectar la capacidad financiera del proponente, lo cierto es que ese supuesto (que no está probado en el proceso) resulta irrelevante en este caso, ya que en la licitación pública [...] ese no fue un factor de evaluación jurídica ni de ponderación de las propuestas [...].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03392-01(43333)

Actor: MAURICIO ALBEIRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por medio de la cual se despacharon negativamente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

El 18 de octubre de 1996², por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Mauricio Albeiro Hernández Hernández solicitó que, previa citación de la parte demandada y del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe tal como obra en la demanda):

“Que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0767 del 18 de julio de 1996, proferida por la Gobernadora de Cundinamarca (...), por medio del cual se adjudica una licitación pública Parcialmente al Consorcio ‘INTERINMUEBLES’ – ‘SEGURIDAD MARSHALL LTDA de la licitación pública SOP.03.96, la siguiente parte:

‘PALACIO DE SAN FRANCISO’: aseo, vigilancia, cafetería y mantenimiento, todo por la suma de CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL PESOS (\$164.052.000.00) M/cte, conforme a las cantidades, precios, condiciones, plazos, requisitos y demás aspectos establecidos en la oferta presentada por el adjudicatario y en el pliego de condiciones.

Y ADJUDICAR PARCIALMENTE a la Unión Temporal ‘SERVICONFORT LTDA’ – ‘TACITA DE PLATA LTDA’, de la Licitación Pública SOP. 03.96. la siguiente parte:

CASA DE LA CULTURA: aseo, vigilancia, cafetería y mantenimiento, todo por un valor de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$145.510.440) Mcte, conforme a las cantidades, precios, condiciones, plazos, requisitos y demás aspectos establecidos en la oferta presentada por el adjudicatario y en el pliego de condiciones.

¹ La demanda obra a folios 3 a 19 del cuaderno 1.

² Folio 19 del cuaderno 1.

“SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento de los derechos que le asisten a mi poderdante, con la expedición del acto cuya nulidad se pretende, se condene a la GOBERNACION DE CUNDINAMARCA, el monto de los perjuicios morales y materiales sufridos con la expedición del acto cuya nulidad se pretende.

“TERCERO: Las condenas se actualizarán en su valor al momento de su pago, siguiendo para ello los métodos empleados por el Consejo de Estado para tales casos y los establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

“CUARTO: A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término establecido por el artículo 176 de C.C.A. previa la comunicación a que se refiere el precepto citado.

“QUINTO: Las condenas devengarán intereses corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que la reconozca y moratorios después de pasado dicho término”³.

1.1. Hechos

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora narró que, mediante resolución 372 del 21 de mayo de 1996, el departamento de Cundinamarca ordenó la apertura de la licitación pública SOP 0396, cuyo objeto consistió en la “Administración de Inmuebles –Prestación de Servicios en instalaciones pertenecientes al Departamento de Cundinamarca (Edificio Nemqueteba: aseo, vigilancia, cafetería, mantenimiento y ascensoristas. Palacio de San Francisco: aseo, vigilancia, cafetería, mantenimiento. Casa de la Cultura aseo, vigilancia, cafetería y mantenimiento. Inmueble ubicado en la calle 13 No. 59-41: aseo, vigilancia, cafetería y mantenimiento”⁴.

Señaló que el señor Mauricio Hernández Hernández se presentó al proceso de selección en unión temporal con Vinter Ltda. y que también se presentaron las uniones temporales Eser Ltda. – Americana de Vigilancia Ltda. y Serviconfort Ltda. – Tacita de Plata Ltda., así como los consorcios Amvip Ltda. – Administremos Aseo al Instante Ltda. e Interinmuebles – Seguridad Marshall Ltda.

Dijo que a la propuesta que presentó la unión temporal de la que hizo parte el demandante se le bajó el puntaje, con fundamento en que no anexó

³ Folios 3 y 4 del cuaderno 1.

⁴ Folios 4 y 5 de cuaderno 1.

certificación de la facturación por el doble de la base fijada por el departamento.

Afirmó que, en contra de lo dispuesto en la ley 80 de 1993, el departamento, mediante resolución 767 del 18 de julio de 1996, adjudicó el contrato a dos proponentes, pues entregó la administración de algunos de los bienes al consorcio Interinmuebles –Seguridad Marshall Ltda. y la de los otros a la unión temporal Serviconfort Ltda. – Tacita de Plata Ltda.

Manifestó que la adjudicación se hizo “a sabiendas de la existencia de un engaño a la administración con la presentación de un certificado de cámara y comercio sin vigencia y antes de la adjudicación la administración conoció que el certificado actualizado de una de las compañías a las cuales le adjudicó en el que aparecía el embargo y no renovación de la matrícula mercantil dese 1994, contrariando lo establecido en el artículo 22.2 de la Ley 80 de 1993”⁵ y agregó que los informes de evaluación no fueron motivados en forma detallada y precisa y, además, “fueron modificados por ordenes (sic) superiores que impidieron una selección objetiva y transparente como lo establece el artículo 24 de la ley 80 de 1993”⁶.

1.2. Normas violadas y concepto de violación⁷

La parte demandante afirmó que, con la expedición de la resolución 767 del 18 de julio de 1996, se violaron los artículos 1, 2, 6, 25 y 29 de la Constitución Política y 36, 84 y 85 del decreto 01 de 1984, así como la ley 80 de 1993.

Al desarrollar el concepto de violación, dijo que la propuesta presentada por la unión temporal de la que hizo parte se ajustó a lo exigido en el pliego de condiciones, el cual consideró bien elaborado, pues contenía reglas justas, claras y completas; pero, según aseveró, la administración las desconoció, pues hizo la adjudicación en forma distinta a la prevista en el pliego, ya que no tuvo en cuenta en forma objetiva las evaluaciones de las propuestas y sí la hizo “repartiendo el contrato arbitrariamente desconociendo los principio (sic) de contratación y adjudicación expuestos, lo mismo que se desconoce el propósito de la licitación de acuerdo a (sic) lo presupuestado si terminaría adjudicando parcialmente el

⁵ Folio 6 del cuaderno 1.

⁶ Ídem.

⁷ Folios 6 a 14 del cuaderno 1.

contrato y contratando directamente lo que supuestamente se adjudicó, como efectivamente lo hizo con ESER LTDA y el suscrito⁸, con fundamento en lo cual consideró que se vulneró el deber de selección objetiva.

2. Actuación procesal

La demanda fue admitida por auto del 17 de febrero de 1997⁹ y fue notificada al Ministerio Público¹⁰ y al departamento de Cundinamarca¹¹.

Posteriormente, mediante auto del 4 de mayo de 2000¹², se ordenó citar como litisconsortes necesarios a Interinmuebles Ltda., Seguridad Marshall Ltda., Serviconfort Ltda. y Tacita de Plata Ltda., a quienes les fue designado curador ad litem¹³.

3. La contestación de la demanda

3.1. El departamento de Cundinamarca¹⁴ contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos, negó otros y, respecto de los demás, dijo que no le constaban y que debían probarse.

Como fundamento de su oposición, expresó que la resolución 767 de 1996 se expidió conforme a derecho, pues se ajustó a todas las normas de contratación estatal, a sus principios orientadores y al contenido del pliego de condiciones y, por tanto, la escogencia se hizo teniendo en cuenta los ofrecimientos más favorables para la administración.

⁸ Folio 14 del cuaderno 1.

⁹ Folio 90 del cuaderno 1.

¹⁰ Reverso folio 99 del cuaderno 1.

¹¹ Folio 93 del cuaderno 1.

¹² Folios 192 y 193 del cuaderno 1.

¹³ Mediante memorial que obra a folio 200 de cuaderno 1, el apoderado de la parte actora solicitó que se emplazara a Interinmuebles Ltda. y a Seguridad Marshall Ltda., pues desconocía su ubicación exacta, petición a la que accedió el tribunal a través de auto del 22 de junio de 2001 (folio 202 del cuaderno 1); posteriormente, en memorial que obra a folio 230 del mismo cuaderno, el apoderado de la parte actora solicitó que se librara edicto emplazatorio respecto de todos los litisconsortes, a lo cual accedió el a quo mediante auto del 26 de febrero de 2004 (folio 232 del cuaderno 1); finalmente, como surtido el emplazamiento no fue posible notificar a las sociedades, por auto del 20 de mayo de 2004, les fue designado curador ad litem (folio 237 de cuaderno 1).

¹⁴ Folios 105 a 111 del cuaderno 1.

Agregó que el demandante debió presentar sus observaciones a los informes de evaluación en el plazo dispuesto en el numeral 2.14 del pliego de condiciones.

Finalmente, propuso la excepción que denominó "AUSENCIA DE ILEGALIDAD DEL ACTO MATERIA DE IMPUGNACIÓN"¹⁵.

3.2. Tacita de Plata Ltda., a través de curador ad litem, contestó la demanda para manifestar que se atiene a lo que resulte probado en el proceso¹⁶.

3.3. Serviconfort Ltda., a través de curador ad litem, contestó la demanda para señalar que la adjudicación se ajustó plenamente a las exigencias legales y, además, que la parte demandante omitió presentar observaciones en el momento oportuno¹⁷.

3.4. Seguridad Marshall Ltda., a través de curador ad litem, contestó la demanda para manifestar que se acoge a lo que resulte probado en el proceso¹⁸.

3.5. Interinmuebles Ltda., a través de curador ad litem, contestó la demanda para oponerse a sus pretensiones, con fundamento en que carecen de fundamentos de hecho y de derecho y presentó las excepciones de "Ineptitud sustantiva de la demanda"¹⁹, porque no se expusieron los motivos de violación de las normas invocadas en los fundamentos de hecho y "falta de legitimación en la causa por activa", porque la persona natural que demanda no es la "persona jurídica"²⁰ que participó en el proceso de selección.

4. La sentencia impugnada²¹

Mediante providencia del 26 de octubre de 2011, la Subsección B, de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró no probadas las excepciones propuestas por Interinmuebles Ltda. y negó las pretensiones de la demanda.

¹⁵ Folio 110 del cuaderno 1.

¹⁶ Folio 252 del cuaderno 1.

¹⁷ Folios 252 a 258 y folio 345 del cuaderno 1.

¹⁸ Folios 365 y 366 del cuaderno 1.

¹⁹ Folio 369 del cuaderno 1.

²⁰ Folio 370 del cuaderno 1.

²¹ Folios 381 a 387 del cuaderno principal.

Frente a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, señaló que del texto mismo del libelo es posible establecer que el fundamento legal del concepto de violación los constituyen los artículos 22.2 y 24.7 de la ley 80 de 1993 y, en relación con la falta de legitimación en la causa por activa, manifestó que el demandante demostró que le asistía interés en el asunto, por haber sido afectado negativamente con el acto de adjudicación y agregó que, si bien el actor participó en el proceso de selección en unión temporal con otra persona, lo cierto es que entre los integrantes de esa unión no existe un litisconsorcio necesario en la causa por activa.

Después de referirse a los hechos que se encuentran probados en el proceso, el tribunal se pronunció en relación con "La presunta irregularidad en el certificado de existencia y representación de" Seguridad Marshall Ltda., frente a lo cual señaló que no cumplió con el tiempo máximo de expedición requerido en el pliego de condiciones y, además, que analizados los certificados correspondientes a esta sociedad, uno del 23 de julio y el otro del 16 de enero de 1996, se pudo determinar que el 17 de julio de 1995 se inscribió el oficio 806 del Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá, según el cual, en un proceso ejecutivo adelantado en contra de esa persona jurídica, se decretó el embargo de su razón social, por lo cual en el certificado del 23 de julio de 1996, que fue el que se aportó al proceso de selección, esa anotación debía aparecer registrada y, sin embargo, no lo está.

No obstante, el tribunal expresó que el demandado fue informado de esta inconsistencia el 13 de agosto de 1996, es decir, después de que se expidió la resolución de adjudicación 767 del 18 de julio de ese mismo año, situación que, consideró, impide predicar la ilegalidad de tal acto administrativo, puesto que, en virtud del principio de buena fe, el departamento lo debía tener como auténtico y veraz, además de que, si hubiera tenido conocimiento de esa situación antes de la adjudicación, habría tenido que pedir explicaciones al proponente.

En todo caso, el a quo razonó que la eliminación de la propuesta era jurídicamente improcedente, pues el hecho de que el certificado contuviera la mencionada irregularidad no daba lugar, per se, a que se abriera paso esa consecuencia, por cuanto en el numeral 2.3 del pliego de condiciones, para el caso de los consorcios y las uniones temporales, la exigencia del certificado de existencia y representación se estableció para al menos uno de los integrantes y, por este motivo, según dijo, con que uno solo de ellos lo acreditara la exigencia se

debía entender cumplida, tal como ocurrió en este caso, porque la otra sociedad que conformó el consorcio (Interinmuebles Ltda.) sí satisfizo el requisito.

Agregó que, como en el pliego de condiciones no se contempló como factor de calificación o verificación la capacidad financiera de los proponentes, la anotación sobre el embargo de la razón social de Seguridad Marshall Ltda. era inane frente a la evaluación de las propuestas, lo cual, según dijo, confirma que la inconsistencia era insuficiente para eliminar la oferta del consorcio del que hizo parte esa sociedad.

Adicionalmente, consideró el tribunal que, si bien la omisión de contemplar en el pliego de condiciones la capacidad financiera como requisito de la evaluación constituye un claro desconocimiento de la ley 80 de 1993 (art. 22.3), lo cierto es que no podía declarar la nulidad del acto de adjudicación con base en este aspecto, pues los cargos de la demanda no se refirieron a él y, por tanto, abordarlo implicaría el desconocimiento del derecho de defensa de la parte demandada.

El tribunal consideró que tampoco se configuró la nulidad del acto de adjudicación por falta de motivación, puesto que en él se resolvieron todas las observaciones formuladas, en el sentido de desestimarlas y confirmar lo conceptuado en el informe de evaluación, lo cual estimó suficiente para demostrar la motivación detallada y precisa de las razones que sustentaron la adjudicación.

Por último, agregó que, si aún en gracia de discusión se admitiera declarar la nulidad del acto de adjudicación, lo cierto es que la parte demandante no demostró que su propuesta fuera la mejor.

5. El recurso de apelación²²

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y, como fundamento de éste, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que no es posible sostener que, en virtud del principio de buena fe, la administración debía tener como auténticos y veraces los documentos que le fueron presentados en el proceso de selección y que, por

²² Folios 389 a 405 del cuaderno principal.

ello, el acto de adjudicación no estaba viciado de nulidad, puesto que en el proceso se demostró que “existió un documento falso, que se engañó a la administración, que un adjudicatario cometió fraude procesal”; además, señaló que, como el acto no podía ser revocado por el departamento, pues de tales circunstancias conoció con posterioridad a su expedición, la vía adecuada para retirarlo del mundo jurídico es la judicial.

Agregó que no es aceptable lo manifestado por la entidad demandada en su contestación, en cuanto a que estudió razonadamente cada una de las propuestas, como lo acostumbra hacer, es decir, con honestidad y transparencia y que, por ello, escogió la que era más conveniente, pues, según afirmó el recurrente, con ello desconoce “la cantidad de sentencias en contra del departamento, precisamente por no tener en cuenta documentos aportados, por falta de honestidad y transparencia en la contratación, denuncias penales y procesos disciplinarios a funcionarios de ese departamento precisamente por hechos como los que el (sic) menciona como que siempre acostumbra hacer la administración del departamento”²³.

Pidió que se evalúe la sentencia y se defina si la resolución 767 de 1996 es nula, por haberse proferido a pesar de que el departamento conocía de las irregularidades de unos de los proponentes adjudicatarios, pues “la realidad es que existió un engaño a la administración y la administración lo conoció y (sic) sin embargo, se premió con la adjudicación”²⁴.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante auto del 23 de marzo de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2011 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁵. A través de proveído del 11 de mayo de 2012 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo²⁶.

6.1. De esta oportunidad hizo uso la parte actora para insistir en los argumentos que sustentan sus pretensiones y para agregar que en el proceso se demostró,

²³ Folio 394 del cuaderno principal.

²⁴ Folio 394 del cuaderno principal.

²⁵ Folio 411 del cuaderno principal.

²⁶ Folio 414 del cuaderno principal.

específicamente con el dictamen pericial, que sí se vulneraron los criterios de adjudicación establecidos por el artículo "33 del Decreto 222 de 1.983"²⁷ y los previstos en el pliego de condiciones y, por ende, también se demostró que se infringieron las normas en que debían fundarse, especialmente al haberse teniendo en cuenta un certificado de existencia y representación sin vigencia.

Además, señaló que no se cumplió con lo dispuesto en los artículos "268 a 286 del decreto 222 de 1983"²⁸, que consagran la protección a la industria y al trabajo nacional y se pretermitió el requisito previo de la consulta al INCOMEX dispuesta en el artículo 272 del estatuto contractual, lo cual también generó la nulidad del acto de adjudicación y dijo que hubo falsa motivación, porque quienes resultaron adjudicatarios no eran quienes habían presentado las mejores propuestas²⁹.

6.2. La parte demandada se pronunció en esta oportunidad para insistir en los argumentos de su defensa y para señalar que la demanda es inepta, porque no se pretendió la nulidad del contrato³⁰.

6.3. El Ministerio Público intervino para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia. Para sustentar su petición, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia apelada³¹.

II. CONSIDERACIONES

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2011 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ciento sesenta y cuatro millones cincuenta y

²⁷ Folio 429 del cuaderno principal.

²⁸ Ídem.

²⁹ Folios 424 a 4313 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 416 a 423 del cuaderno principal.

³¹ Folios 432 a 440 del cuaderno principal.

dos mil pesos (\$164'052.000), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación -10 de noviembre de 2011³²- para que el asunto fuera apelable era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda -18 de octubre de 1996³³-, ascendía a setenta y un millones sesenta y dos mil quinientos pesos (\$71'062.500).

2. Acción ejercida y oportunidad de la misma

El artículo 77 de la ley 80 de 1993, vigente ya para el momento en que se presentó la demanda -18 de octubre de 1996-, reguló lo concerniente a la "normatividad aplicable a las actuaciones administrativas" y, en su parágrafo 1, dispuso que "El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo", código que, en su artículo 85, dice que, a través de esa acción, "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente" y en su artículo 136 – inciso primero- dispone que esta acción caduca al cabo de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

Así las cosas, como la parte actora pretende la nulidad del acto de adjudicación y, consecuentemente, que a título de restablecimiento del derecho se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor el valor de los perjuicios materiales y morales que se le habrían causado con ocasión de su expedición, la Sala concluye que la acción ejercida -la de nulidad y restablecimiento del derecho- es la adecuada para tramitar tales pretensiones y, además, como la demanda se presentó el 18 de octubre de 1996, esto es, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que se expidió la resolución 767 de 1996 -18 de julio de 1998-, se concluye que la demanda fue oportuna.

Se agrega a lo anterior que la parte actora no estaba obligada a demandar conjuntamente el acto de adjudicación y el contrato, pues, como acaba de

³² Folio 389 del cuaderno principal.

³³ El salario mínimo legal mensual vigente para 1996 era de \$142.125.

verse, las normas vigentes al momento de la presentación de la demanda no le imponían ese deber.

3. Legitimación de las partes

Sea lo primero señalar que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera de esta corporación, la legitimación en la causa es un presupuesto necesario para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado³⁴.

En relación con la parte actora, se encuentra acreditado este presupuesto, toda vez que, si bien la oferta para participar en la licitación pública en la que se produjo el acto administrativo demandado la presentó la unión temporal Mauricio Hernández Hernández y Vinter Ltda., al demandante le asiste un interés directo respecto de las pretensiones que propuso, por cuanto hizo parte de la referida figura asociativa; no obstante, en relación con las pretensiones resarcitorias se advierte que éstas deben entenderse limitadas a lo que le corresponderían de acuerdo con su participación en la unión temporal.

En relación con el departamento de Cundinamarca, se encuentra acreditada también su legitimación, por haber expedido el acto administrativo acusado. Lo mismo se predica respecto de la legitimación de las sociedades adjudicatarias, a quienes les asiste un interés directo respecto de lo que pueda resolverse en relación con la legalidad del acto de adjudicación.

4. El objeto de la apelación

³⁴ "Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado".

"Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa..." (se transcribe tal como obra en la providencia) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 17720).

Según se extrae de lo expuesto en el recurso de apelación, la parte actora insiste en la nulidad del acto de adjudicación, con fundamento en que se violaron los principios de la contratación estatal y el deber de selección objetiva, porque: a) la adjudicación del contrato se hizo a dos proponentes, b) la adjudicación que se hizo a favor del consorcio Interinmuebles Ltda. – Seguridad Marshall Ltda. se efectuó a pesar de que el certificado de existencia y representación de la segunda de las mencionadas sociedades no cumplió con la vigencia exigida en el pliego de condiciones y, además, no reportaba su información real; asimismo, insiste en que el acto de adjudicación es nulo por falta de motivación de los informes de evaluación y porque éstos “fueron modificados por ordenes (sic) superiores que impidieron una selección objetiva y transparente como lo establece el artículo 24 de la ley 80 de 1993”³⁵ y también reitera que su propuesta era la mejor para la administración y que, por ello, debió ser la adjudicataria.

Se precisa que, si bien en la etapa de alegatos de conclusión de esta instancia la parte demandante agregó que el acto de adjudicación era nulo, porque desconoció los artículos “268 a 286 del decreto 222 de 1983”³⁶, que consagran la protección a la industria y al trabajo nacional y porque pretermitió el requisito previo de la consulta al INCOMEX dispuesta en el artículo 272 de ese mismo decreto, la Sala no se pronunciará al respecto, pues hacerlo implicaría violar el debido proceso de la contraparte, ya que estos cargos no fueron expresados en la demanda y, por tanto, constituyen una variación de la causa petendi.

5. El caso concreto

5.1. La pretensión de nulidad de la resolución 767 del 18 de julio de 1996

Procede la Sala a estudiar los cargos con fundamento en los cuales la parte demandante considera que la resolución de adjudicación 767 de 1996 es nula.

5.1.1. Desconocimiento del pliego de condiciones, al haber adjudicado el objeto de la licitación pública SOP.03.96 a dos proponentes y no sólo al mejor³⁷

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

³⁷ Como el a quo no se pronunció en relación con este cargo de la demanda, corresponde a esta Sala hacerlo, pues, además de que en él insistió la parte actora en el recurso de apelación, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil “El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando

Considera la parte apelante que, al adjudicar el contrato a dos proponentes y no sólo al mejor, el departamento de Cundinamarca realizó la adjudicación en forma distinta a la prevista en el pliego de condiciones; por tanto, para establecer si al recurrente le asiste o no razón frente a este aspecto, la Sala procederá a analizar, en lo pertinente, lo dispuesto en el pliego que rigió el proceso de selección.

En el numeral 2.15 del capítulo II del pliego de condiciones, el departamento estableció:

"2.15 TÉRMINO DENTRO DEL CUAL SE HARÁ LA ADJUDICACIÓN UNA VEZ CERRADA LA LICITACIÓN Y PLAZO PARA LA FIRMA DEL CONTRATO UNA VEZ EFECTUADA AQUÉLLA

"(...)

"El Comité (sic) calificador evaluará las propuestas, calificará los aspectos jurídicos, técnicos y económicos contenidos en ella y establecerá un orden de elegibilidad. **Se considerarán equivalentes las propuestas que difieran máximo en dos por ciento (2%) del mayor puntaje obtenido. EL DEPARTAMENTO podrá adjudicar total o parcialmente esta licitación.**

"Si el adjudicatario no suscribe el contrato dentro del término que se haya señalado en el pliego de condiciones (...), el Departamento podrá adjudicar el contrato (...) a cualquiera de las propuestas consideradas equivalentes si las hubiere, o en su defecto al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para el Departamento"³⁸ (destaca la Sala).

Surge de lo anterior que en el pliego de condiciones se previó que se considerarían equivalentes las propuestas cuyo puntaje no difiriera en más del 2% frente al mayor de todos y, además, se contempló la posibilidad de que el objeto de la licitación no se adjudicara totalmente a un solo proponente: "El DEPARTAMENTO podrá adjudicar total o parcialmente esta licitación".

pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación".

³⁸ Folios 217 y 218 del cuaderno 7.

Ahora bien, consta en el proceso que, después de evaluadas las propuestas, el orden de elegibilidad y el puntaje obtenido por cada una de ellas quedó de la siguiente manera³⁹:

Consorcio Interinmuebles Ltda - Seguridad Marshall Ltda.	94,86
Unión temporal Serviconfor Ltda. – Tacita de Plata Ltda.	93,03
Unión temporal Eser Ltda. –American Vig. Ltda	91,08
Unión temporal Mauricio Hernández Hernández – Vinter Ltda.	80,00

Con base en los puntajes obtenidos, el comité evaluador señaló que, según lo dispuesto en el transcrito numeral 2.15 del pliego de condiciones, el puntaje para considerar equivalentes las propuestas era de 92,96 y en, consecuencia, concluyó que la única que podía entenderse equivalente a la que obtuvo el primer lugar en el orden de elegibilidad era la de la unión temporal Serviconfor Ltda. – Tacita de Plata Ltda., pues su puntaje fue de 93,03, mientras que el de las demás estuvo por debajo de aquélla otra cifra (92.96)⁴⁰.

Así las cosas, como mediante la resolución demandada (la 767 del 18 de julio de 1996) se adjudicó la licitación a las propuestas del consorcio Interinmuebles Ltda. – Seguridad Marshall Ltda. y de la unión temporal Serviconfor Ltda. – Tacita de Plata Ltda.⁴¹, las cuales -en los términos del pliego de condiciones- se consideran equivalentes y, además, en consideración a que en el mismo pliego se previó la posibilidad de que el objeto de la licitación no se adjudicara totalmente a un solo proponente, concluye la Sala que la adjudicación que se realizó en los mencionados términos no vulneró las reglas de la selección y, por este motivo, este cargo de nulidad no prospera.

5.1.2. Desconocimiento del pliego de condiciones en relación con lo dispuesto respecto de la vigencia del certificado de existencia y representación

A juicio de la parte actora, la propuesta que presentó el consorcio Interinmuebles Ltda. - Seguridad Marshall Ltda. no se ajustó a las reglas previstas en el pliego de condiciones, específicamente en lo relacionado con la vigencia del certificado

³⁹ Folio 127 del cuaderno 7 (la propuesta presentada por el consorcio AMVP – ADMINISTRACIÓN ASEO AL INSTANTE fue descalificada –folio 125 C.7-).

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Folios 1 a 5 del cuaderno 2 y 190 a 194 del cuaderno 5.

de existencia y representación de una de las sociedades que lo conformó y, por tanto, a dicho consorcio no podía adjudicarse el contrato.

En lo relacionado con el certificado de existencia y representación, en el numeral 2.3 del capítulo II del pliego de condiciones se dispuso lo siguiente:

"2.3 CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL

"Si los proponentes fueran personas jurídicas, deberán acreditar su existencia y representación mediante certificado de existencia y representación legal actualizado **con no menos de 90 días de expedición por parte de la Cámara de Comercio, a la fecha de cierre de la Licitación**, en caso de Uniones Temporales (sic) y Consorcios (sic) por lo menos uno de los proponentes debe acreditar dicho certificado ..."⁴².

Y en el numeral 2.4.1 de ese mismo capítulo se estableció que, entre otros, era documento esencial:

"Certificado de existencia y representación legal en caso de personas jurídicas, expedido por la Cámara de Comercio, en el cual conste: **Inscripción (sic), matrícula**, objeto social y facultades del representante legal, **de fecha no anterior a treinta (30) días calendario a la apertura de la Licitación (sic)**"⁴³.

En el numeral 2.12 del capítulo II se dispuso también que las propuestas se descalificarían, entre otros eventos (se transcribe como obra en el documento):

"1. Cuando no se ajusten a los pliegos de condiciones, Numeral (sic) 6 art. 30 ley 80. Una propuesta no se ajusta a los pliegos de condiciones **cuando carece de alguno de los documentos esenciales exigidos en el numeral 2.4:** documentos esenciales y formatos esenciales; **se compruebe inexactitud en su contenido**, no cumpla lo estipulado para cada uno de ellos y cuando no ofrezca las calidades fijadas en este pliego"⁴⁴ (destaca la Sala).

En cuanto a la vigencia exigida en el pliego de condiciones respecto del certificado de existencia y representación, observa la Sala que aquél contiene una inconsistencia, puesto que en el numeral 2.3 dispuso que dicho certificado debía tener más de 90 días de expedición con respecto a la fecha de cierre de la licitación, mientras que en el numeral 2.4.1 previó que su expedición debía ser mayor a treinta días calendario con respecto a la fecha de apertura de la licitación.

⁴² Folio 201 del cuaderno 7.

⁴³ Folio 202 del cuaderno 7.

⁴⁴ Folios 215 y 216 del cuaderno 7.

En todo caso, se encuentra que Seguridad Marshall Ltda. cumplió con ambos plazos fijados en el pliego de condiciones respecto de la expedición del certificado de existencia y representación, pues el que aportó fue expedido el 16 de enero de 1996⁴⁵, esto es, más de 90 días antes del cierre de la licitación, que tuvo lugar el 19 de junio de 1996⁴⁶, y también con más de 30 días calendario con respecto a la fecha de apertura de la licitación, que ocurrió el 7 de esos mismos mes y año⁴⁷.

Además, se advierte que, aun si el certificado no hubiere satisfecho esta exigencia del pliego de condicione, tal circunstancia no daba lugar, como lo sugiere la parte actora, a que la propuesta fuera rechazada por la administración, pues, aunque ese documento constituye prueba idónea respecto de unos requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección, no es necesario para la comparación de las propuestas (inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993)⁴⁸; en todo caso, si existieran dudas frente a la información consignada en dicho certificado, lo procedente no era rechazar la propuesta, sino, en los términos del numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, solicitar al consorcio proponente las aclaraciones y explicaciones que se estimaran indispensables e, incluso, que aportara un certificado más reciente y, por ende, tampoco es posible predicar por este aspecto la nulidad del acto administrativo demandado.

5.1.3. Vulneración del principio de transparencia

La parte recurrente considera que se vulneró el principio de transparencia, porque, según aseveró, Seguridad Marshall Ltda. engañó a la administración, pues el certificado de existencia y representación que aportó no contenía información acerca de un embargo de su razón social, medida cautelar que había sido inscrita con anterioridad a la fecha de expedición del mencionado certificado y que se mantenía en un certificado expedido con posterioridad y, además, tampoco contenía una anotación que señalaba que la sociedad no

⁴⁵ Folios 366 a 369 del cuaderno 5.

⁴⁶ Los noventa días anteriores a la fecha del cierre de la licitación pública iban hasta el 31 de enero de 1996 (folio 189 del cuaderno 7).

⁴⁷ los treinta días anteriores a la fecha de apertura iban hasta el 24 de abril de 1996 (folio 189 del cuaderno 7).

⁴⁸ Para determinar el alcance de lo dispuesto por el legislador en el citado inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, se puede consultar la sentencia proferida por esta subsección el 12 de noviembre de 2014 (exp. 29.855).

había renovado su matrícula mercantil desde 1994, esto es, desde antes de la expedición del certificado que aportó al proceso de selección.

Agregó el recurrente que la administración conoció de las incongruencias existentes en el certificado de existencia y representación de Seguridad Marshall Ltda. antes de la adjudicación del contrato, pero que hizo caso omiso de ellas.

Antes de resolver sobre este argumento de la demanda, la Sala considera oportuno señalar que, según lo dispone el numeral 2 del artículo 5 de la ley 80 de 1993, es deber de los contratistas obrar “con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales” y, así mismo, en virtud del principio de responsabilidad, consagrado en el artículo 26 de esa misma ley, éstos deben responder “por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa” (numeral 7), previsiones éstas que cobijan también a los participantes del proceso de selección, pues, según lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe ...”.

Ahora bien, por mandato de ese mismo artículo constitucional, la buena fe debe presumirse en todas las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas; por ello, si, como en este caso ocurre, la legalidad del acto se basa, entre otras cosas, en el desconocimiento de ese principio constitucional, corresponde a quien así lo alega desvirtuar la referida presunción.

Así las cosas, dado que la parte actora alega que Seguridad Marshall Ltda. engañó a la administración y, por tanto, su afirmación compromete la buena fe con la que esa sociedad debió actuar en el proceso de selección, para resolver este cargo de la demanda la Sala deberá tener en cuenta lo acabado de mencionar frente a este principio constitucional.

Consta en el proceso que en el certificado de existencia y representación que aportó Seguridad Marshall Ltda. a la licitación pública SOP.03.96, esto es, el expedido el 16 de enero de 1996⁴⁹, no aparecen las anotaciones a las que alude el demandante, es decir, las referentes a la inscripción de un embargo de la razón social de esa persona jurídica y la falta de renovación de su matrícula mercantil desde 1994.

⁴⁹ Folios 366 a 369 del cuaderno 5.

- En lo que concierne a la inscripción de la medida cautelar, con base en el contenido de los certificados de existencia y representación de Seguridad Marshall Ltda., expedidos el 23 de julio de 1996⁵⁰ y el 14 de agosto de ese mismo año⁵¹, se acreditó que, el 17 de julio de 1995 (esto es, aproximadamente 6 meses antes de la expedición del certificado que fue aportado por esa sociedad al proceso de selección – el del 16 de enero de 1996-) se inscribió el oficio 806 del Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá, por medio del cual se comunicó que en un proceso ejecutivo adelantado en contra de "Seguridad Industrial Marshall Ltda."⁵² se decretó el embargo de su razón social.

Si bien es cierto que se probó, entonces, que en el certificado de existencia y representación que presentó Seguridad Marshall Ltda. en el proceso de selección no reposa la información referida al embargo de su razón social (el cual habría sido inscrito antes de la expedición del mencionado certificado), considera la Sala que esta circunstancia no es suficiente para desvirtuar la presunción de buena fe que asiste a la mencionada sociedad, pues no se acreditó que hubiere ocultado o alterado intencionalmente la referida información, ya que se desconocen cuáles fueron las razones que dieron lugar a que se configurara la referida inconsistencia, que pudieron obedecer, incluso, a un error de la cámara de comercio que expidió ese certificado; al respecto, la Sala echa de menos que, siendo esa cámara la indicada para absolver la dudas que sobre dicho documento pudieran recaer, el demandante, que es a quien corresponde desvirtuar la presunción de buena fe de las actuaciones de Seguridad Marshall Ltda., no hubiera solicitado que se le oficiara para que certificara o informara lo que le pudiera constar al respecto.

En todo caso, aunque la Sala no desconoce que se configuró una situación que pudiera ser calificada al menos de irregular, no puede pasar por alto que el embargo de la razón social de Seguridad Marshall Ltda. no le impedía participar en el proceso de selección, puesto que se trata de una medida cautelar que tiene por objeto sacar un bien del comercio, pero no elimina *per se* la capacidad para contratar con el Estado y aunque tampoco se desconoce que, eventualmente, ese embargo pudiera llegar a afectar la capacidad financiera

⁵⁰ Folios 82 y 83 del cuaderno 7.

⁵¹ Folios 86 y 87 del cuaderno 7.

⁵² Folio 84 del cuaderno 7.

del proponente⁵³, lo cierto es que ese supuesto (que no está probado en el proceso) resulta irrelevante en este caso, ya que en la licitación pública SOP.03.96 ese no fue un factor de evaluación jurídica ni de ponderación de las propuestas⁵⁴, por lo cual, además, se genera una seria duda en cuanto a la afirmación del demandante respecto de que Seguridad Marshall Ltda. engañó a la administración, pues, en esas condiciones, no es claro que la actuación ilegal y fraudulenta que se le endilga a esta sociedad le hubiera podido reportar algún beneficio en el proceso de selección, que pudiera motivar tal comportamiento.

Por otra parte, no se demostró que la administración hubiere vulnerado el principio de transparencia, pues no se acreditó que el departamento hubiere conocido de la inconsistencia que existió en el certificado de existencia y representación que Seguridad Marshall Ltda. aportó al proceso de selección en relación con la inscripción de un embargo de su razón social y que, aun así, hubiera hecho caso omiso de ello o que hubiere ocultado esa información a los demás proponentes.

Al respecto, lo que encuentra probado la Sala es que el departamento de Cundinamarca tuvo conocimiento de las irregularidades u omisiones que contenía el certificado de existencia y representación de Seguridad Marshall Ltda. días después de la adjudicación; en efecto, de ello da cuenta la comunicación dirigida a la Gobernadora del departamento de Cundinamarca, radicada en la gobernación el 13 de agosto de 1996 (aproximadamente un mes después de

⁵³ Se refiere a las "condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato" (Colombia Compra Eficiente, "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", pág.12).

⁵⁴ Al respecto, debe recordarse que, en el artículo 29 de la ley 80 de 1993 –vigente para la época en que se adelantó la licitación pública SOP.03.96–, se preveía que la selección del contratista debía ser objetiva (igual que en la actualidad, art. 5 de la ley 1150 de 2007) y que, por ello, se debía hacer a favor del ofrecimiento que fuera más favorable para la administración, el cual se determinaba por factores que ese mismo artículo enunció en forma no taxativa: el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos, el plazo, el precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, sin mencionar la capacidad financiera, la cual, por tanto, según los criterios de la entidad, podía ser o no considerada para la evaluación de las propuestas.

Se advierte, sin embargo, que, según lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 80 de 1993 –vigente para la época de la licitación pública SOP.03.96– todas las personas naturales o jurídicas que aspiraran a celebrar con las entidades estatales los contratos a los que se refería ese artículo debían estar clasificadas y calificadas en el Registro Único de Proponentes, para lo cual debían reportar (igual que en la actualidad), entre otra información, lo relacionado con la capacidad financiera; sin embargo, como se verá, en este caso, por tratarse de un contrato de prestación de servicios, la inscripción en el RUP no era exigible a los proponentes.

proferido el acto de adjudicación -18 de julio de 1996-), en la que el señor Mauricio Hernández Hernández expresó:

“Por circunstancias que usted desconocía y que el día miércoles **7 de agosto de 1996**, en horas de la tarde, en presencia de los doctores ... le puso en conocimiento **que se ha dictado la Resolución (sic) número 767 del 18 de julio de 1996** adjudicando la licitación de la referencia, (sic) a una empresa que había cometido un acto ilícito al presentar en su propuesta un documento falso y que para comprobar lo anterior le entregué el mencionado miércoles una copia con la cual se demuestra dicha irregularidad ...”⁵⁵.

Además, al ser cuestionados los testigos Mauricio Bohórquez Lara (quien dijo haber intervenido en la evaluación jurídica de las propuestas)⁵⁶, Rubén Eduardo Hernández Bejarano (quien dijo haber intervenido en la evaluación técnicas de las propuestas)⁵⁷ y Jorge Francisco Diago Casasbuenas (quien dijo haber intervenido en la evaluación jurídica de las propuestas)⁵⁸, ninguno de ellos expresó haber tenido conocimiento de la existencia de un certificado de existencia y representación en el que se reportara el embargo de la razón social de Seguridad Marshall Ltda.

En ese contexto, si bien en el numeral 1 del numeral 2.12 del capítulo II del pliego de condiciones se dispuso que las propuestas se descalificarían si se llegara a comprobar inexactitud en el contenido de alguno de los documentos que se consideraron esenciales (entre ellos el certificado de existencia y representación), lo cierto es que, al menos en el curso de la licitación y antes de la adjudicación, esa circunstancia no se comprobó y, en todo caso, de haberse siquiera conocido, la administración no podía rechazar de plano la propuesta, pues, en los términos del numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, su deber era solicitar al proponente las aclaraciones y explicaciones que estimara pertinentes.

Así las cosas, a pesar de que es cierto que existe una irregularidad en relación con la información contenida en el certificado de existencia y representación que Seguridad Marshall Ltda. aportó al proceso de selección, específicamente en lo que concierne a la inscripción de una medida cautelar de embargo respecto de su razón social, se concluye que esta circunstancia no da lugar a declarar la nulidad del acto de adjudicación, puesto que no se demostró que aquélla

⁵⁵ Folio 88 del cuaderno 7.

⁵⁶ Folio 66 del cuaderno 2.

⁵⁷ Folio 96 del cuaderno 2.

⁵⁸ Folio 99 del cuaderno 2.

obedeciera a actuaciones fraudulentas o malintencionadas del proponente y, por tanto, como no se desvirtuó la presunción de buena fe que ampara sus actuaciones, no pueden entenderse vulnerado tal principio constitucional, ni los artículos 5 –inciso segundo- y 26 –numeral 7- de la ley 80 de 1993.

Adicionalmente, tampoco procede la declaración de nulidad de la resolución 767 del 18 de julio de 1996, porque no se probó que la inconsistencia que se presentó en el certificado de existencia y representación que aportó Seguridad Marshall Ltda. al proceso de selección hubiera tenido incidencia en la adjudicación, esto es, que, de haberse conocido, hubiera dado lugar al rechazo de la propuesta presentada por el consorcio del que aquella sociedad hizo parte o que hubiere afectado la calificación que a éste se le otorgó y tampoco se acreditó que el departamento hubiera comprobado la referida inconsistencia en el curso de la licitación o, al menos, que hubiera tenido conocimiento de ella, por lo cual no pueden entenderse vulnerados el principio de transparencia ni tampoco el numeral 1 del numeral 2.12 del capítulo II del pliego de condiciones, sobre causales de descalificación de las propuestas.

En consecuencia, por el aspecto que se viene estudiando en este aparte no hay lugar a declarar la nulidad solicitada.

- En lo que concierne a la anotación de falta de renovación de la matrícula mercantil de Seguridad Marshall Ltda. desde 1994, que no aparece en el certificado de existencia y representación que esa sociedad aportó al proceso de selección (el expedido el 16 de enero de 1996), se advierte que a folios 56 y 57 del cuaderno 7 obra un "CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL", presuntamente de dicha sociedad, expedido el 27 de junio de 1996 y aportado al proceso por la parte demandada⁵⁹, en el que se consignó "ATENCIÓN ESTA SOCIEDAD NO HA CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE RENOVAR MATRICULA MERCANTIL DESDE 1994"; sin embargo, la Sala no puede tener por acreditada esta información, pues el documento que la contiene no obra completo en el expediente, no tiene firma de quien supuestamente lo expidió y la información en él comprendida no ha sido reconocida por la sociedad a la que se refiere y, además, en los otros certificados de existencia y representación de Seguridad

⁵⁹ A través de memorial SOPJ-OJ del 4 de junio de 1999, la Directora de la oficina jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, dando cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 24 de noviembre de 1997 (folios 113, 114 y 135 del cuaderno 1), remitió al proceso los referidos documentos (folio 1 del cuaderno 7).

Marshall Ltda. que obran en el expediente (los expedidos el 16 de enero de 1996, el 23 de julio de 1996 y el 14 de agosto del mismo año, aportados también por la parte demandada⁶⁰) no aparece esa anotación.

Así las cosas, como la parte actora no probó que el contenido del certificado de existencia y representación que aportó Seguridad Marshall Ltda. al proceso de selección se hubiera alterado por no contener la anotación que supuestamente señalaba que esa sociedad no había renovado su matrícula mercantil desde 1994, no puede tenerse por desvirtuada la presunción de buena fe que ampara las actuaciones de esa sociedad, ni vulnerados los artículos 5 –inciso segundo- y 26 –numeral 7- de la ley 80 de 1993, el principio de transparencia ni el numeral 1 del numeral 2.12 del capítulo II del pliego de condiciones, sobre causales de descalificación de las propuestas.

En consecuencia, tampoco por este aspecto procede la nulidad del acto de adjudicación.

5.1.4. Violación del artículo 22.2 de la ley 80 de 1993⁶¹

La parte actora alegó que se vulneró el artículo 22.2 de la ley 80 de 1993, porque, según aseveró, desde 1994 Seguridad Marshall Ltda. no había renovado su matrícula mercantil.

Al respecto, la Sala reitera que no está probado que Seguridad Marshall Ltda. hubiere incumplido el deber legal de renovar su matrícula mercantil⁶², pues ninguna de las pruebas que obran en el proceso dan cuenta de esa circunstancia; en todo caso, es oportuno advertir que el incumplimiento de ese

⁶⁰ Folios 82 y 83, 86 y 87 del cuaderno 7.

⁶¹ Se reitera que, como el a quo no se pronunció en relación con este cargo de la demanda, corresponde a esta Sala hacerlo, pues además de que en él insistió la parte actora en el recurso de apelación, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, "El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación".

⁶² Código de Comercio: "ARTÍCULO 33. <RENOVACIÓN DE LA MATRÍCULA MERCANTIL - TÉRMINO PARA SOLICITARLA>. La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año. El inscrito informará a la correspondiente cámara de comercio la pérdida de su calidad de comerciante, lo mismo que cualquier cambio de domicilio y demás mutaciones referentes a su actividad comercial, a fin de que se tome nota de ello en el registro correspondiente. Lo mismo se hará respecto de sucursales, establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro".

deber de los comerciantes⁶³ no afecta su capacidad para continuar desarrollando su objeto contractual⁶⁴, aunque sí los expone a la imposición de sanciones pecuniarias⁶⁵.

Además, observa la Sala que la parte demandante confunde el registro mercantil con el registro de proponentes, que es al que se refiere el artículo 22.2 de la ley 80 de 1993, puesto que, el primero, que es al que alude el demandante, tiene por objeto "llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad"⁶⁶, mientras que el segundo "tiene por objeto la inscripción, la clasificación y la calificación de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993"⁶⁷.

Con todo, frente al registro de proponentes, la Sala debe mencionar que, en los incisos primero y sexto de artículo 22 de la ley 80 de 1993 –vigentes para la época en que se adelantó la licitación pública SOP.03.96- se dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 22. DE LOS REGISTROS DE PROPONENTES

"Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.

"(...)

"No se requerirá de este registro, ni de calificación ni clasificación, en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; **contratos de prestación de servicios** y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional" (se destaca).

⁶³ Código de Comercio, artículo 33.

⁶⁴ Actualmente, "Las sociedades comerciales y demás personas jurídicas que hayan incumplido la obligación de renovar la matrícula mercantil o el registro, según sea el caso, en los últimos cinco (5) años, quedarán disueltas y en estado de liquidación" (artículo 31 de la ley 727 de 2014).

⁶⁵ Decreto 2153 de 1992, artículo 11, vigente para la época de la licitación pública SOP.03.96.

⁶⁶ Artículo 26 del Código de Comercio.

⁶⁷ Artículo 1 del decreto 856 de 1994, vigente para la época de la licitación pública SOP.03.96.

En el numeral 2.1 del capítulo 2 del pliego de condiciones que rigió la licitación pública SOP.03.96 se dijo, expresamente, que "EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA SECRETARIA DE OBRAS, (sic) contratará por la modalidad de **contrato de prestación de servicios** el objeto de la presente"⁶⁸ (se destaca) y, en el numeral 1.14 del capítulo I, describió el objeto de la licitación, así:

"DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN

"El objeto de la licitación, (sic) consiste en la PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASEO, VIGILANCIA, CAFETERÍA, MANTENIMIENTO Y ASCENSORISATAS EN LAS INSTALACIONES DEL EDIFICIO NEMQUETEBA ...

"El objeto de la licitación, (sic) consiste en la PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASEO, VIGILANCIA, CAFETERÍA, MANTENIMIENTO EN LAS INSTALACIONES DEL PALACIO DE SAN FRANCISCO ...

"El objeto de la licitación, (sic) consiste en la PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASEO, VIGILANCIA, CAFETERÍA, MANTENIMIENTO EN LAS INSTALACIONES DE LA CARRERA 7°. No. 7-56 ..."⁶⁹.

Mediante adendo 1, el objeto se amplió a "la prestación del servicio en la calle 13 No. 59-41 e incluir 1 vigilante de 24 horas y para aseo 2"⁷⁰.

Así las cosas, como el contrato que se pretendía adjudicar a través de la licitación pública SOP.03.96 era de prestación de servicios, no era necesario que los proponentes estuvieran inscritos en el registro de proponentes y, por ello, tampoco que hicieran la renovación en los tiempos y términos del artículo 22.2 de la ley 80 de 1993 que la parte actora consideró vulnerado, pues, para la época en que se adelantó ese proceso de selección, la ley no exigía el cumplimiento de este requisito para esa clase de contratos.

En consecuencia, como no se vulneró el artículo 22.2 de la ley 80 de 1993, tampoco por este cargo procede declarar la nulidad de la resolución 767 del 18 de julio de 1996.

5.1.5. Falta de motivación del informe de evaluación

La parte demandante adujo que el acto de adjudicación es nulo por falta de motivación del informe de evaluación.

⁶⁸ Folio 501 de cuaderno 7.

⁶⁹ Folios 495 a 499 del cuaderno 7.

⁷⁰ Folios 186 y 187 del cuaderno 5.

Precisa la Sala que el documento que contiene el informe de evaluación de las propuestas no puede ser demandado, pues no contiene la decisión definitiva de la administración, la cual queda consignada en el acto de adjudicación, en este caso, en la resolución 767 del 18 de julio de 1996, la cual fue debidamente motivada, ya que, además de que se ajusta a la calificación obtenida por las propuestas en el proceso de evaluación, en ella se consignaron las razones por las cuales no se acogieron las observaciones presentadas por los oferentes frente a la calificación de sus propuestas.

Con todo, la Sala considera pertinente mencionar que los informes de evaluación deben contener la información suficiente para que los proponentes puedan elaborar y sustentar las observaciones que consideren pertinentes en relación con la calificación de sus propuestas, lo cual, infiere la Sala, se cumplió en este caso, pues, según consta en el proceso, los participantes de la licitación presentaron observaciones puntuales frente a las razones por las cuales fueron asignados sus respectivos puntajes⁷¹.

Además, si el proponente que ahora funge como demandante consideraba que lo consignado en la evaluación era insuficiente, así debió manifestarlo dentro del término dispuesto para presentar las observaciones al informe, pero no lo hizo, lo cual permite suponer, de manera razonada, que estuvo conforme con su contenido.

En consecuencia, este cargo de nulidad del acto adjudicación tampoco prospera.

5.1.6. Violación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva⁷²

La parte demandante aseveró que los informes “fueron modificados por ordenes (sic) superiores que impidieron una selección objetiva y transparente como lo establece el artículo 24 de la ley 80 de 1993”⁷³.

⁷¹ Folios 140 a 143 del cuaderno 7.

⁷² Se advierte que, como el a quo no se pronunció en relación con este cargo de la demanda, corresponde a esta Sala hacerlo, pues, además de que en él insistió la parte actora en el recurso de apelación, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil “El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación”.

⁷³ Ídem.

Al respecto, debe decirse que no obra prueba alguna en el expediente que soporte esta afirmación; en cambio, el señor Rubén Eduardo Hernández Bejarano, quien rindió su testimonio dentro del presente proceso y manifestó haber calificado el componente técnico de las propuestas, al ser cuestionado acerca de "si hubo alguna precisión (sic) u órdenes superiores para que fueran modificados los informes de evaluación" señaló (se transcribe como obra en el testimonio):

"Se nos solicitó por parte de la secretaria privada ..., la revaluación de la propuesta correspondiente a Eser Ltda. y American Vig Ltda., **pero en el estudio técnico se ratificó el concepto que se había dado inicialmente** (...). Recuerdo que no fue del agrado de la secretaria general nuestro punto de vista pero tampoco pasó a mayores y después al cabo de los diez días prescindieron de mis servicios pero no puedo afirmar que fue a consecuencia de este estudio"⁷⁴ (se destaca).

Acá debe aclararse o precisarse que el consorcio al que se refiere el testigo no resultó adjudicatario en el proceso de selección.

El señor Mauricio Bohórquez Lara, quien dijo haber intervenido en la calificación jurídica de las propuestas, al ser cuestionado sobre el mismo asunto contestó (se transcribe como obra en el testimonio):

"Yo creo que la secretaria privada de la gobernadora muy habilidosamente, **pues no tengo pruebas, ni puedo lanzar juicios**, ella estuvo muy pendiente de esa licitación, caso extraño que anteriores licitaciones nunca había visitado nuestras dependencias, pero en esta licitación en particular nos visitaba todos los días, tanto así que me excluyó del proceso de evaluación por ordenes del Secretario de Obras, inducido por ella. **Todo lo anterior sobre oídas**, pues ese manejo a nivel mas alto, **no puedo manifestar si lo hizo**, y si lo hizo pues quedó entre ella y el secretario de Obras, pero los hechos lo indican que hubo mucha manipulación por parte de ella, mucho interés en ésta licitación"⁷⁵.

De lo relatado por este testigo y por el señor Rubén Eduardo Hernández Bejarano únicamente es posible establecer que la secretaria privada de la Gobernadora estuvo al tanto del proceso de selección, lo cual, en sí mismo, no constituye una situación irregular y, además, nada de lo dicho por los dos testigos permite establecer que se hubieren generado presiones indebidas al grupo evaluador de las propuestas que hubieren influido en el resultado y, si bien el señor Hernández Bejarano indicó que la mencionada secretaria solicitó que se evaluara nuevamente la propuesta de uno de los participantes (el consorcio Eser Ltda. y

⁷⁴ Folio 96 del cuaderno 2.

⁷⁵ Folio 67 del cuaderno 2.

American Vig Ltda.), también señaló que su calificación se mantuvo y, en todo caso, debe reiterarse que la propuesta de dicho consorcio no resultó favorecido con la adjudicación del contrato, a lo cual se agrega que lo manifestado por el señor Bohórquez Lara son meras inferencias y apreciaciones subjetivas que carecen de sustento en las foliaturas, de hecho él afirma que no tiene pruebas, que no puede lanzar juicios y que su información proviene de oídas, pero no dice cuál es o fue su fuente.

En consecuencia, no se probó que los informes de evaluación hubieran sido alterados para favorecer a un determinado proponente o para desfavorecer a otro; por ende, no es posible tener por acreditada la violación del deber de selección objetiva y tampoco el desconocimiento del principio de transparencia y, por esta razón, no procede la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución de adjudicación 767 del 18 de julio de 1996 y, por tanto, la pretensión encaminada a que se declare su nulidad no puede prosperar, como tampoco lo pueden hacer las pretensiones de restablecimiento del derecho, por ser consecuenciales.

6. Condena en costas

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

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 26 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TECERO: En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de

origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA